

HÉCTOR OLASOLO

MANUEL ALBERTO RESTREPO MEDINA

Directores Académicos

GABRIELA VELÁSQUEZ MEDINA

JUAN JOSÉ ROMERO MORALES

Coordinadores

22

LAS RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN Y SU DIMENSIÓN TRANSNACIONAL DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO

PARTE III

**Respuestas en materia de vigilancia,
fiscalización y responsabilidad
patrimonial y sancionatoria**



tirant
lo blanch

**PERSPECTIVAS
IBEROAMERICANAS
SOBRE LA JUSTICIA**

**LAS RESPUESTAS A LA
CORRUPCIÓN Y SU DIMENSIÓN
TRANSNACIONAL DESDE EL
DERECHO ADMINISTRATIVO**

Parte III

**Respuestas en materia de vigilancia, fiscalización
y responsabilidad patrimonial y sancionatoria**

Volumen 22

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

*Catedrática de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO

*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro en retiro de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación
y miembro de El Colegio Nacional*

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU

*Catedrática de Derecho Penal
de la Universidad Jaume I de Castellón*

MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho Procesal de la UNED

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

*Catedrática de Derecho Civil
de la Pontificia Universidad Católica de Chile*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Juez de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos*

Investigador del Instituto

de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

OWEN FISS

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho
de la Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Valencia*

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA

*Catedrática de Historia del Derecho
de la Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

*Catedrático de Filosofía del Derecho
y Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER

*Catedrática de Derecho Constitucional
e Internacional en la Universidad de Colonia
(Alemania) Miembro de la Comisión de Venecia*

HÉCTOR OLASO ALONSO

*Catedrático de Derecho Internacional
de la Universidad del Rosario (Colombia)
y Presidente del Instituto Ibero-Americano
de La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

CONSUELO RAMÓN CHORNET

*Catedrática de Derecho Internacional
Público y Relaciones Internacionales
de la Universidad de Valencia*

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España*

ELISA SPECKMAN GUERRA

*Directora del Instituto de Investigaciones
Históricas de la UNAM*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política
de la Universidad de Mainz (Alemania)*

Fueron miembros de este Comité:

Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón

Procedimiento de selección de originales, ver página web:
www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

LAS RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN Y SU DIMENSIÓN TRANSNACIONAL DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Parte III

Respuestas en materia de vigilancia,
fiscalización y responsabilidad
patrimonial y sancionatoria

Volumen 22

Directores

MANUEL ALBERTO RESTREPO MEDINA
HÉCTOR OLASOLO

Coordinadores

JUAN JOSÉ ROMERO MORALES
GABRIELA VELÁSQUEZ MEDINA
SOFÍA LINARES BOTERO



tirant lo blanch
Valencia, 2025

Copyright © 2025

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia

Directores:

HÉCTOR OLASOLO
CAROL PRONER

© VV.AA.

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 978-84-1056-839-6
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

Directores de la colección:

HÉCTOR OLASOLO

Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos); Catedrático de Derecho Internacional en la Universidad del Rosario (Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en Derecho Internacional, la Clínica Jurídica Internacional (CJI), el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección International Law Clinic Reports (ILCR); Coordinador General de las Redes de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional.

CAROL PRONER

Directora para América Latina del Instituto Joaquín Herrera Flores (Brasil); Codirectora de la Maestría en Derechos Humanos, Multiculturalidad y Desarrollo, Universidad Pablo Olavide y Universidad Internacional de Andalucía (España); Profesora de Derecho Internacional de la Universidad Federal de Río de Janeiro (Brasil).

Nota

El presente trabajo se inscribe dentro del Proyecto de Investigación “La respuesta del derecho público comparado para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de las dinámicas de comportamiento del narcotráfico marítimo y de la respuesta ofrecida por el derecho internacional” (2020-2023), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 71848, financiado con recursos procedentes del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación Francisco José de Caldas (Colombia) y la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia). Este proyecto forma parte del Programa de Investigación “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2023), cuyo investigador principal es el profesor Héctor Olasolo (Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 70593 y ejecutado por la Universidad del Rosario y la Pontificia Universidad Javeriana. Las obras colectivas de este Programa, que son realizadas a través de la Red de Investigación Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional (creada para la ejecución del Programa 70593) cuentan con financiación externa para su publicación del Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos).

Agradecimientos

A la Dirección de Investigación e Innovación y las Facultades de Jurisprudencia y Estudios Internacionales, Políticos y Urbanos de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), así como a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia), al IIH (Países Bajos) y al Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (Minciencias) por la financiación recibida para desarrollar este proyecto.

A la Editorial Tirant lo Blanch y al IIH (Países Bajos), por haber hecho posible la creación de la Red de Investigación Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional.

A Valentina Ramírez Barrera, Pedro Montaña Vélez y Ana María Martínez Agudelo, por su apoyo en la edición de la presente obra colectiva.

Índice

Directores Académicos	15
Coordinadores	16
Autores.....	17
Abreviaturas.....	19
Presentación.....	25
<i>Héctor Olasolo (Colombia/España)</i>	
<i>Manuel Alberto Restrepo Medina (Colombia)</i>	

1. RESPUESTAS EN MATERIA DE VIGILANCIA Y FISCALIZACIÓN

Capítulo 1. El control interno.....	49
<i>Manuel Alberto Restrepo Medina</i>	
Capítulo 2. El control fiscal.....	99
<i>Diana Carolina Valencia-Tello</i>	

2. RESPUESTAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y SANCIONATORIA

2.1. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS AGENTES ESTATALES

Capítulo 3. La responsabilidad fiscal en la gestión de recursos públicos...	227
<i>Indira Latorre González</i>	

Capítulo 4. La acción de repetición contra los agentes del Estado	263
<i>Eliana Andrea Duitama Pulido</i>	

2.2. SANCIONES

Capítulo 5. Las sanciones administrativas	329
<i>Jessica Murillo Mena</i>	

Capítulo 6. La regulación de las faltas y las sanciones disciplinarias: especial atención a la necesidad de reducir los ámbitos de discrecionalidad en su aplicación	383
<i>Jessica Murillo Mena</i>	

3. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Capítulo 7. Conclusiones.....	435
<i>Manuel Alberto Restrepo Medina</i>	
<i>Héctor Olasolo</i>	

Capítulo 8. Recomendaciones para América Latina y Colombia	463
<i>Manuel Alberto Restrepo Medina</i>	
<i>Héctor Olasolo</i>	

Directores Académicos

Manuel Alberto Restrepo Medina (Colombia)

Doctor en derecho. Magister en derecho administrativo. Magister en estudios políticos. Diplomado en Estudios Avanzados (DEA) en derecho procesal. Especialista en legislación financiera. Abogado. Profesor emérito y titular de carrera académica y director de la escuela doctoral, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Público, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Investigador asociado Minciencias. Miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Héctor Olasolo (España/Colombia)

Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU.). Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos). Profesor Titular de Carrera Académica de Derecho Internacional en la Universidad del Rosario (Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en DI, la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección International Law Clinic Reports (ILCR). Coordinador General de las Redes de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional; Investigador Senior Minciencias (Colombia). Investigador Principal del Programa 70593 y del Proyecto 70817 de Minciencias sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9724-0163>.

Coordinadores

Juan José Romero Morales (Colombia)

Abogado de la Universidad del Rosario (Colombia). Consultor del Programa de Investigación 70593 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (MinCiencias) sobre “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2024). Se ha desempeñado como asistente de investigación en la Universidad del Rosario, ha trabajado como abogado asesor y litigante en casos relacionados con Derecho Penal Corporativo y fue practicante en la Sala de Reconocimiento de Verdad de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia.

Gabriela Velásquez Medina (Colombia)

Abogada de la Universidad del Rosario (Colombia). Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Externado (Colombia). Consultora del Programa de Investigación 70593 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (MinCiencias) sobre “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2024).

Sofía Linares Botero (Colombia)

Profesional en Derecho de la Universidad del Rosario y consultora del Programa de Investigación 70593 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (MinCiencias) sobre “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2024). Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5805-2944>.

Autores

Duitama Pulido, Eliana Andrea (Colombia)

Estudiante Doctoral de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Magister en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo, especialista en Derecho Médico y en Gestión Pública e Instituciones Administrativas, abogada, diplomada en “Transformación digital. Tecnología y sus aplicaciones”, “Alta dirección e innovación en servicios jurídicos”, “El nuevo sistema de investigación y enjuiciamiento” y en “conciliación, negocios y solución de conflictos”.

Latorre González, Indira (Colombia)

Abogada y magister en derecho administrativo de la Universidad del Rosario. Máster en ciencias jurídicas y Ph.D. en derecho de la Universidad Pompeu Fabra. Profesora principal de carrera académica, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Público, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia).

Murillo Mena, Jessica (Colombia)

Doctoranda en Derecho (Universidad del Rosario). Magíster en Derecho Administrativo (Universidad del Rosario). Especialista en Derecho Administrativo (Universidad Libre). Conciliadora certificada y Diplomada en Docencia universitaria del Derecho (Universidad Libre). Abogada (Universidad Libre). Profesora universitaria y Asistente graduado, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Público, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia).

Olasolo, Héctor (España/Colombia)

Ver sección de directores académicos.

Restrepo Medina, Manuel Alberto (Colombia)

Ver sección de directores académicos.

Valencia Tello, Diana Carolina (Colombia)

Profesora asociada, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Público, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Post-Doctorado de la Universidad de la Coruña (España). Maestría, Doctorado y Post-Doctorado de la Universidad Federal del Paraná (Brasil). Especialista en Derecho Administrativo y Derecho Ambiental de la Universidad del Rosario. Se ha desempeñado como Subdirectora Administrativa del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Coordinadora del Fondo de Paz – Presidencia de la República de Colombia y Abogada del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Abreviaturas

ACIJ	Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia
ADB	Banco de Desarrollo Asiático
AFT	Oficina de Alcohol, Tabaco, Armas de Fuego y Explosivos
AGN	Auditoría General de la Nación de Argentina
AGNU	Asamblea General de las Naciones Unidas
APE	Agencia de Participaciones del Estado
APEC	Foro de Cooperación Económica Asia Pacífico
ASF	Auditoría Superior de la Federación de México
BACRIM	Bandas criminales
BGC	Barómetro Global de Corrupción
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
BM	Banco Mundial
BRT	Business Roundtable
CAF	Corporación Andina de Fomento
CAN	Comisión de Alto Nivel Anticorrupción
CCA	Código Contencioso Administrativo
CE	Constitución Española
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CFR	Código de Reglamentos Federales
CGRP	Contraloría General de la República
CGR	Contraloría General de la República de Chile
CICC	Convención Interamericana Contra la Corrupción
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIEEMG	Comisión Interministerial de Estudio de Exportaciones de Material Bélico
CIFTA	Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros Materiales Relacionados
CITEL	Comisión Interamericana de Telecomunicaciones

CLAD	Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo
CNA	Comisión Nacional de Lucha contra la Corrupción
CNP	Conselho Nacional do Ministério Público
CNUCC	Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción
CNUDOT/UNTOC	Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional
CODE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
CONFIS	Consejo Superior de Política Fiscal
CONPES	Consejo Nacional de política Económica y Social
Co	SocialGov Community of Practice
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
COT	Crimen Organizado Transnacional
CPACA	Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo
CREI	Comisión de Revisión Estratégica e Innovación
DAFP	Departamento Administrativo de la Función Pública
DGFIP	Dirección General de Finanzas Públicas
DGPTN	Dirección Nacional de Crédito Público y Tesoro Nacional
DINI	Dirección Nacional de Inteligencia
DOT	Delincuencia Organizada Transnacional
EBEP	Estatuto Básico del Empleado Público
EE. UU.	Estados Unidos de América
EFS	Entidades de Fiscalización Superior o Entidad Fiscalizadora Superior
EMPACT	European multidisciplinary platform against criminal threats
ENI	Estrategia Nacional de Integridad
EPACA	Asociación Europea de Consultores de Asuntos Públicos
EPE	Empresa pública del Estado

FARA	Foreign Agents Registration Act
FCPA	Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero
FIDE	Fundación para la investigación sobre el derecho y la empresa
FIA	Facilitación del Impacto de la Auditoría
FOIA	Ley de Libertad de Información
GAGAS	Generally Accepted Government Auditing Standards
GAO	Grupo Armado Organizado
GAO	General Accounting Office
GCA	Gun Control Act
GDO	Grupo Delictivo Organizado
GEALC	Red de Gobierno Electrónico de América Latina y el Caribe
GRECO	Grupo de Estados contra la Corrupción
GTCT	Grupo de Trabajo Especializado en la Lucha contra la Corrupción Transnacional
IDI	Iniciativa para el Desarrollo de la INTOSAI
IGAE	Supervisión General de la Administración del Estado
IGF	Inspección general de finanzas
ILDA	Iniciativa Latinoamericana por los Datos Abiertos
INA	Iniciativa Nacional Anticorrupción
INTOSAI	Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores
IPC	Índice de Percepción de la Corrupción
ISG	Investor Stewardship Group
LDA	Lobbying Disclosure Act
LOCGR	Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de Chile
LOTIC	Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de España
LPA	Licencias, permisos y autorizaciones
LRF	Ley de Responsabilidad Fiscal de Brasil

LTABG	Transparència, accés a la informació pública i bon govern
MECI	Modelo Estándar de Control Interno de Colombia
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
MESICIC	Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción
MiPymes	Micro, pequeñas y medianas empresas
MoM	Ministerio de Modernización
OA	Oficina Anticorrupción
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OCEX	Órganos de Control Externo de las comunidades autónomas
OCI	Órganos de Control Institucional
ODS	Objetivos de Desarrollo Sostenible
OEA	Organización de Estados Americanos
OFAC	Oficina de Control de Activos Extranjeros del Departamento del Tesoro
OGP	Alianza para el Gobierno Abierto/Open Government Partnership
OLACEFS	Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores
OLAF	Oficina Europea de Lucha contra el Fraude
ONG	Organización no gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OSCE	Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado
PACcTO	Programa de Asistencia contra el Crimen Transnacional Organizado-Europa/Latinoamérica
PACO	Portal Anticorrupción de Colombia
PDN	Plataforma Digital Nacional
PIDA	Programa Interamericano de Datos Abiertos para Prevenir y Combatir la Corrupción
PND	Plan Nacional de Desarrollo

PNDA	Plataforma Nacional de Datos Abiertos
PNSP	Programa Nacional de Seguridad Pública
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
PTA	Plataforma Tecnológica de Alerta
RENAGI	Registro Nacional de Gestión de Información
RISP	Reutilización de la Información del Sector Público
ROC	Registro electrónico obligatorio de cabildeo
SEACE	Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado
SECOP	Sistema Electrónico para la Contratación Pública
SEPI	Sociedad Estatal de Participaciones Industriales
SGC	Sistema de Gestión de Calidad
SIC	Superintendencia de Industria y Comercio
SIGEN	Sindicatura General de la Nación de Argentina
SINA	Sistema de Inteligencia Nacional
SINAD	Sistema Nacional de Atención de Denuncias
SIPAR	Sistema de Información para la Participación Ciudadana
SMLMV	Salarios mínimos legales mensuales vigentes
SNC	Sistema Nacional de Control de Perú
SNA	Sistema Nacional Anticorrupción
SNARM	Sistema Nacional de Armas
SUCAMEC	Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil
SUIT	Sistema Único de Información de Trámite
SUSP	Sistema Único de Seguridad Pública
TCU	Tribunal de Cuentas de la Unión de Brasil
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TI	Transparencia Internacional
TIC	Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación
TJUE	Tribunal de Justicia de la UE
TUE	Tratado de la Unión Europea

TUPA	Texto Único de Procedimientos Administrativos
UE	Unión Europea
UNCAC	Alianza Anticorrupción
UNDOC	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
UNTOC/CNUDOT	Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional
USAID	Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional
USC	Código de los Estados Unidos
VFM	Value For Money

Presentación

1. EL PROGRAMA DE INVESTIGACIÓN 70593 Y LA RED SOBRE RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

El programa de investigación 70593, desarrollado entre agosto de 2020 y febrero de 2024, se ha dirigido a elaborar una estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en América Latina en general, y en Colombia en particular, la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT), a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales (el Programa 70593). Su investigador principal ha sido el profesor Héctor Olasolo (España/Colombia), quien se desempeña como profesor titular de carrera en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia internacional (IIH) (Países Bajos).

El Programa 70593 ha sido financiado por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (Minciencias), y ha sido ejecutado por la Universidad del Rosario como entidad ejecutante y por la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia) como entidad coejecutante. El Programa 70593 ha contado además con el apoyo institucional y financiero del IIH.

El Programa 70593 ha estado compuesto por los siguientes tres proyectos de investigación que se han dirigido a analizar:

(1) Las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de la simulación de sistemas sociales: Proyecto 71861, cuyos investigadores principales han sido Angela Lucia Noguera Hidalgo (Colombia) y Oscar Julián Palma Morales (Colombia), ambos adscritos a la Facultad de Estudios Internacionales, Políticos y Urbanos (FEIPU) de la Universidad del Rosario;

(2) Las respuestas a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado desde el derecho público comparado: Proyecto 71848, cuyos investigadores principales han sido Norberto Hernández Jiménez (Colombia), adscrito a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana y Vanessa Andrea Suelst Cock (Colombia), adscrita a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

(3) Las respuestas a la corrupción asociada al COT desde el derecho internacional: Proyecto 70817, cuyo investigador principal ha sido el profesor Héctor Olasolo.

El Proyecto 71861 ha buscado específicamente establecer una aproximación para la comprensión de las dinámicas de adaptación y flexibilidad del narcotráfico marítimo en las Américas, incluyendo la corrupción asociada al mismo, a través de la utilización de instrumentos de simulación de sistemas sociales. Ha abordado este fenómeno desde las perspectivas teóricas de “organizaciones como sistemas sociales” y de “sistemas complejos adaptativos”. Estas perspectivas han permitido analizar y explicar el comportamiento flexible, adaptable y evolutivo del sistema organizacional transnacional de narcotráfico marítimo, más allá del paradigma de organizaciones jerarquizadas, rígidas y centralizadas, que caracteriza el estudio de las estructuras del narcotráfico. Así mismo, el Proyecto 71861 ha buscado entender las lógicas del comportamiento de los actores en la cadena de tráfico marítimo de narcóticos, las tareas que desempeñan, sus prácticas de corrupción, la distribución, los modos de transporte, y sus rutas. Todas estas variables están sujetas a continuos procesos de cambio impuestos por las condiciones del contexto.

El Proyecto 71848 se ha dirigido a diseñar una estrategia para América Latina en general, y Colombia en particular, de respuesta a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a partir de las experiencias del derecho público comparado y de una adecuada comprensión de las dinámicas de comportamiento del sistema de narcotráfico marítimo en Colombia y América Latina. Este proyecto se ha centrado, en primer lugar, en analizar el alcance y limitaciones que ofrece el derecho público colombiano, especialmente a través del derecho constitucional, electoral, administrativo, financiero, tributario, penal y procesal penal para responder al fenómeno de la

corrupción asociada al crimen transnacional organizado. Sobre esta base, se han explorado los mecanismos que ofrecen las experiencias de derecho público comparado en diversos Estados de la región, como Argentina, Brasil, Chile, México y Perú (así como en Estados no latinoamericanos como España, Estados Unidos e Italia), con el fin de determinar qué medidas sería aconsejable adoptar en el derecho interno colombiano para incrementar el nivel de eficacia en la lucha contra dicho fenómeno. Al realizar el análisis, se ha prestado particular atención a las medidas propuestas desde el derecho internacional, con el fin de favorecer la construcción de una respuesta integrada que incremente su eficacia.

Finalmente, el Proyecto 70817 ha buscado especialmente diseñar una estrategia de respuesta a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a partir del derecho internacional y de una adecuada comprensión de las dinámicas de comportamiento del sistema de narcotráfico marítimo en Colombia y América Latina, prestando particular atención a la respuesta ofrecida desde el derecho público comparado. Por un lado, el Proyecto ha estudiado las posibilidades que ofrece el Derecho Penal Transnacional y el Derecho Internacional Penal para abordar el fenómeno de la corrupción asociada al COT. En este contexto, se ha analizado si la creación de una institución de ámbito regional para promover la coordinación entre las autoridades nacionales y mejorar su cooperación en materia de prestación de ayuda judicial mutua y ejecución de peticiones de extradición, reforzaría la eficacia de las medidas que el derecho público comparado aconseja adoptar en el derecho interno colombiano. Así mismo, se ha estudiado si dicha eficacia pudiera también verse reforzada por la utilización de algunos de los mecanismos de aplicación del Derecho Internacional Penal, como sería la creación de una Corte Latino-Americana y del Caribe contra el crimen transnacional organizado (con inclusión, o no, de una agencia supranacional de recogida y análisis de información).

El Programa 70593 y los Proyectos 71861, 71848 y 70817 han sido desarrollados entre agosto de 2020 y febrero de 2024, con base en cinco elementos principales siguientes:

1. En primer lugar, para desarrollar el Programa 70593 y los Proyectos 71861, 71868 y 70817, se conformó a partir del 28 de agosto

de 2020 la red de investigación sobre respuestas a la corrupción asociada al COT (la Red). La Red está conformada por alrededor de 300 investigadores de América Latina, Europa y Norteamérica, agrupados en los siguientes grupos de investigación: (a) criminología; (b) narcotráfico marítimo y dinámicas de la ciudad-puerto; (c) derecho constitucional electoral; (d) derecho administrativo; (e) derecho disciplinario en los sectores justicia y seguridad; (f) derecho privado; (g) derecho financiero y tributario; (h) derecho penal; (i) derecho procesal penal; (j) cooperación internacional en materia penal; (k) derecho internacional penal; (l) derecho internacional de los derechos humanos; y (m) relaciones internacionales y política exterior. La Red está también conformada por un Comité de Recomendaciones sobre Propuestas relativas a las Estrategias de Actuación en América Latina, el cual fue creado en septiembre de 2020, y cuya composición se puede consultar más abajo.

Desde su conformación, los grupos de investigación que conforman la Red han estado trabajando durante tres años y medio en el desarrollo del Programa 70593 y sus tres Proyectos, lo que ha permitido su progresiva consolidación. Su composición y actividades se pueden consultar en el Documento Final de Recomendaciones del Programa 70593, que será objeto de publicación una vez hayan sido publicadas las obras colectivas preparadas por los grupos de investigación de la Red.

Lo anterior ha permitido analizar el fenómeno objeto de estudio desde: (a) la criminología; (b) las particulares dinámicas de las organizaciones del COT dedicadas al narcotráfico marítimo que operan en el entorno de la ciudad-puerto; (c) las relaciones internacionales; y (d) la política exterior.

Además, con base en los hallazgos realizados sobre el fenómeno objeto de estudio, se han analizado las respuestas que pueden adoptarse frente al mismo desde el derecho público comparado (derecho constitucional, electoral, administrativo, disciplinario, privado, financiero, tributario, penal, procesal penal, y cooperación jurídica no judicial) e internacional (cooperación judicial internacional, derecho internacional de los espacios marítimos, derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional penal y arbitraje de tratados de inversión).

2. En segundo lugar, la pluralidad e interdisciplinariedad de los integrantes de los grupos de investigación de la Red, han permitido desarrollar toda una serie de seminarios internacionales (apropiación social del conocimiento) celebrados en Colombia y fuera de Colombia sobre las distintas temáticas estudiadas por el Programa 70593 y sus tres Proyectos, y cuyas grabaciones se pueden visionar en los siguientes enlaces del micrositio del Programa:

- Seminario Internacional 1: Introducción al Programa 70593: Redes del Crimen Organizado y Respuesta del Derecho Público e Internacional: <https://www.iberamericaninstituteofth Hague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-1-introduccion-al-programa-70593-redes-del-crimen-organizado-transnacional-y-respuesta-integrada-desde-el-derecho-publico-comparado-e-internacional>
- Seminario Internacional 2: Teoría Evolutiva, Narcotráfico Marítimo y Puertos: <https://www.iberamericaninstituteofth Hague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-ii-teoria-evolutiva-narcotrafico-maritimo-y-puertos>.
- Seminario Internacional 3: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Penal: <https://www.iberamericaninstituteofth Hague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-iii-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-penal>.
- Seminario Internacional 4: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Procesal Penal: <https://www.iberamericaninstituteofth Hague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-4-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-procesal-penal>.
- Seminario Internacional 5: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Administrativo: <https://www.iberamericaninstituteofth Hague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-penal-internacional>.
- Seminario Internacional 6: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Disciplinario en Justicia y Seguridad: <https://www.iberamericaninstituteofth Hague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional>.

ternacional-6-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-disciplinario-en-justicia-y-seguridad.

– Seminario Internacional 7: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Constitucional y Electoral: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-7-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-constitucional-7-electoral>.

– Seminario Internacional 8: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Tributario, Financiero y Cambiario: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-8-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-tributario-financiero-y-cambiario>.

– Seminario Internacional 9: Definición, Manifestaciones, Causas y Consecuencias de la Corrupción y el Crimen Organizado Transnacional: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-9-definicion-manifestaciones-causas-y-consecuencias-de-la-corrupcion-asociada-al-crimen-organizado-transnacional>.

– Seminario Internacional 10: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Casos Estudios de Colombia y la Amazonía Brasileña: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-10-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-casos-estudios-de-colombia-y-la-amazonia>.

– Seminario Internacional 11: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Privado: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-11-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-privado>.

– Seminario Internacional 12: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde la Cooperación Internacional: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-12-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-la-cooperacion-internacional>.

– Seminario Internacional 13: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Internacional Penal: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/>

red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-13-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-internacional-penal.

– Seminario Internacional 14: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde la Política Exterior en América Latina: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-14-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-la-politica-exterior-en-america-latina>.

– Seminario Internacional 15: Corruption and Transnational Organized Crime: Responses from the US Foreign Policy: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-15-corruption-and-transnational-organized-crime-responses-from-the-us-foreign-policy>.

– Seminario Internacional 16: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde los Derechos Humanos: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-16-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-los-derechos-humanos>.

– Seminario Internacional 17: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho de los Espacios Marítimos: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-17-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-internacional-de-los-espacios-maritimos>.

– Seminario Internacional 18: Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional: Resultados del Programa 70593 de Minciencias y de los Proyectos 70817, 71848 y 71861: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-18-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-organizado-transnacional>.

– Seminario Internacional 19: Resultados del Proyecto 71848-Respuestas desde el derecho público comparado a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-19-resultados-del-proyecto-71848-respuestas-desde-el-derecho-publico-comparado>.

– Seminario Internacional 20: Resultados del Proyecto 71861-Aproximación a la comprensión del comportamiento de las redes de narcotráfico marítimo, incluyendo las prácticas de corrupción asociadas al mismo,

desde el marco evolutivo: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-20-narcotrafico-maritimo-y-sistemas-sociales-resultados-del-proyecto-71861-minciencias>.

– Seminario Internacional 21: Presentación en La Haya: Resultados Programa 70593 y Proyectos 70817, 71848 y 71861: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-21-presentacion-en-la-haya-resultados>

3. En tercer lugar, se ha elaborado (y enviado al Centro Internacional de Investigación y Análisis Contra el Narcotráfico Marítimo (CMCON)) el concepto técnico (con número de referencia I-2024-71861) titulado “sobre el modelo de simulación elaborado mediante el software NetLogo 5.0 para reflejar la dinámica social de la ciudad-puerto desde una perspectiva basada en agentes y la incidencia del fenómeno de la corrupción en el narcotráfico marítimo” (el concepto técnico), el cual ha sido desarrollado en el marco de la colaboración mantenida con el CMCON durante la ejecución del Proyecto 71861.

Con el fin de proporcionar una aproximación que permita comprender las complejas dinámicas organizativas de la ciudad-puerto desde una perspectiva de sistemas sociales y la incidencia del fenómeno de la corrupción en el narcotráfico marítimo, el Proyecto 71861 ha elaborado un modelo de simulación mediante el software NetLogo 5.0. La simulación proporciona un escenario para el diseño y la construcción de espacios de experimentación, donde se exploran las actividades realizadas por las organizaciones criminales que utilizan terminales portuarias y estrategias de reclutamiento para llevar a cabo las actividades relacionadas con el narcotráfico. Este enfoque ofrece a investigadores y responsables de la gestión una perspectiva diferente para comprender los mecanismos de toma de decisiones en este contexto.

El concepto técnico explica cómo se ha elaborado dicho modelo de simulación, así como su funcionamiento y los resultados y las limitaciones que presenta, reflejando, en particular, como el narcotráfico marítimo se manifiesta como un sistema social complejo y adaptativo en el contexto de la ciudad-puerto, y cómo esta comprensión puede brindarnos una visión más clara de su funcionamiento.

4. En cuarto lugar, los grupos de investigación de la Red, además de completar las 3 obras colectivas esperadas (una por Proyecto), han completado cada uno de ellos, al menos, una obra colectiva adicional. Esto ha permitido ampliar disciplinaria y temáticamente el análisis del objeto de estudio, y ha favorecido la elaboración de los Documentos Finales de Recomendaciones de cada Proyecto, y del Programa, desde una perspectiva notablemente más interdisciplinar de lo previsto en un primer momento.

De esta manera, para finales de febrero de 2024 se han completado 25 obras colectivas, todas ellas aceptadas para publicación como libros de investigación, tras el correspondiente proceso de evaluación anónima, por la editorial internacional Tirant lo Blanch (España). Temáticamente, las obras colectivas se pueden clasificar de la siguiente manera:

A. Análisis del Fenómeno Objeto de Estudio (Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional):

- El fenómeno del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina. Parte I. La corrupción pública y privada y su medición (Proyecto 70817).
- El fenómeno del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina. Parte II. La corrupción pública y privada asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 70817).
- El fenómeno del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina. Parte III. Experiencias en la Amazonía y Colombia (Proyecto 70817).
- Dinámicas de adaptación del narcotráfico marítimo y la ciudad puerto (Proyecto 71861).

B. Respuestas desde el Derecho Público Comparado:

- Respuestas a la corrupción desde el derecho constitucional. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde el derecho electoral. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción y su dimensión transnacional desde el derecho administrativo. Parte I. Medidas transversales de prevención (Proyecto 71848).

- Respuestas a la corrupción y su dimensión transnacional desde el derecho administrativo. Parte II. Medidas particulares de prevención (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción y su dimensión transnacional desde el derecho administrativo. Parte III. Respuestas en materia de vigilancia, fiscalización y responsabilidad patrimonial y sancionatoria (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción transnacional desde el derecho administrativo. Parte IV. Cuestiones relativas al marco deontológico y al sistema disciplinario de los funcionarios del sector justicia y de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (Proyecto 70817).
- Respuestas a la corrupción desde el derecho financiero y tributario y la cooperación internacional no judicial. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde la parte general del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Personas físicas (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde la parte general del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte II: Personas jurídicas (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde la parte especial del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I: Cohecho, malversación, tráfico de influencias, abuso de funciones, prevaricato, enriquecimiento ilícito y administración desleal (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde la parte especial del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte II: Financiación ilegal de partidos políticos y campañas electorales, delitos tributarios, lavado de activos, delitos de favorecimiento real y delitos de obstrucción a la justicia (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde el derecho procesal penal. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Modelos institucionales de prevención, incentivos y protección de alertadores, denunciantes y testigos y participación y protección de las víctimas (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde el derecho procesal penal. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte II. Las actuaciones de investigación (Proyecto 71848).

C. Respuestas desde el Análisis Comparado de Otras Áreas del Derecho

- Respuestas a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional desde el derecho privado, la cooperación internacional en materia civil, la regulación de mercados ilícitos y el arbitraje de tratados de inversión (Proyecto 70817).

D. Respuestas desde el Derecho Internacional

- Respuestas a la corrupción transnacional desde la cooperación internacional en materia penal (Proyecto 70817).
- Respuestas a la corrupción desde el derecho internacional de los derechos humanos: especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Las respuestas desde el sistema universal de derechos humanos (Proyecto 70817).
- Respuestas a la corrupción desde el derecho internacional de los derechos humanos: especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Las respuestas desde los mecanismos regionales de protección de los derechos humanos (Proyecto 70817).
- Respuestas a la corrupción transnacional desde el derecho internacional penal. parte I. Mecanismos de aplicación y cooperación internacional (Proyecto 70817).
- Respuestas a la corrupción transnacional desde el derecho internacional penal. Parte II. Cuestiones Sustantivas y Procesales (Proyecto 70817).

E. Respuestas desde las Relaciones Internacionales y la Política Exterior

- Respuestas a la corrupción transnacional desde la política exterior de los Estados latinoamericanos (Proyecto 70817).
- Respuestas a la corrupción transnacional a la luz de los ejes de acción de las organizaciones regionales y subregionales en América Latina y de la actuación de los Estados latinoamericanos en el marco de la CNUDOT y la CNUCC (Proyecto 70817).

Así mismo, además de publicar (o ser aceptados para publicación) los artículos de investigación esperados (cuatro en el Proyecto 71861, tres en el Proyecto 70817 y dos en el Proyecto 71848), los grupos de investigación de la Red han publicado (o han sido aceptados para publicación) otros artículos en materias muy relevantes para el estudio del fenómeno de la corrupción asociada al COT, tales como:

A. Una mayor comprensión del fenómeno objeto de estudio:

- La distinción entre corrupción institucional y organizacional, y la creciente importancia de las redes complejas de corrupción (Proyecto 70817).
- La naturaleza y funcionamiento de las organizaciones del COT como proceso evolutivo de conocimiento, con especial referencia a las perspectivas para su aplicación en el estudio del narcotráfico (Proyecto 71861).

– La naturaleza y funcionamiento de las compañías militares y de seguridad privadas (Proyecto 71848).

B. Una comprensión territorial de los problemas presentados por ciertas políticas públicas antidroga aplicadas en las últimas décadas:

– El impacto en los territorios de las políticas públicas antidroga basadas en la securitización, con particular atención al caso del Guaviare (Colombia) (Proyecto 71848).

C. El análisis de ciertos mecanismos anticorrupción internacionales que operan en los ámbitos regional y nacional:

– Las bases teóricas y las técnicas de investigación de las investigaciones realizadas desde el derecho internacional con una perspectiva crítica (Proyecto 70817).

– Los mecanismos anticorrupción de naturaleza regional, como la Sección Especializada en Derecho Internacional Penal de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (Proyecto 70817).

– Los mecanismos internacionales anticorrupción que operan dentro de los sistemas nacionales para los cuales se establecen, con particular atención a las fortalezas y debilidades de las Comisiones y Misiones de Apoyo Internacionales, como mecanismo anticorrupción a la luz de las experiencias centroamericanas (Proyecto 70817).

5. Finalmente, en quinto lugar, los resultados generados por los grupos de investigación de la Red han permitido desarrollar unos Documentos Finales de Recomendaciones de cada uno de los tres Proyectos, y del Programa 70593, comprehensivos, detallados e interdisciplinarios (apropiación social del conocimiento). En particular, el Documento Final de Recomendaciones del Programa, construido con base en los Documentos Finales de Recomendaciones de los Proyectos 70817, 71848 y 71861, recoge una estrategia de respuesta integrada desde el derecho público, comparado e internacional para enfrentar en América Latina en general, y en Colombia en particular, la corrupción asociada al COT, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales. Esta estrategia se ha elaborado de acuerdo al siguiente índice temático:

A. Identificación del problema: conclusiones y recomendaciones sobre el fenómeno de la corrupción transnacional desde las perspectivas criminológicas

Capítulo 1. Conclusiones sobre los distintos tipos de manifestaciones del fenómeno de la corrupción transnacional: actos individuales de corrupción, situaciones de macro-corrupción, captura del Estado y corrupción institucional y redes complejas de corrupción.

Capítulo 2. Conclusiones relativas a los estudios de casos de la Amazonía.

Capítulo 3. Recomendaciones frente a las manifestaciones del fenómeno de la corrupción transnacional que van más allá de actos individuales corruptos.

B. Dinámicas de adaptación del narcotráfico marítimo y la ciudad puerto

Capítulo 4. Observaciones sobre las redes de narcotráfico en las ciudades puerto y las respuestas al fenómeno.

Capítulo 5. Recomendaciones de políticas públicas para enfrentar de manera más efectiva las redes de narcotráfico marítimo en las ciudades puerto.

C. Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho constitucional y electoral

Capítulo 6. Conclusiones y recomendaciones relativas al derecho constitucional.

Capítulo 7. Conclusiones y recomendaciones relativas al derecho electoral.

D. Recomendaciones en materia de derecho administrativo

Capítulo 8. Recomendaciones relativas a las medidas transversales de prevención.

Capítulo 9. Recomendaciones relativas a las medidas específicas de prevención.

Capítulo 10. Recomendaciones relativas a las medidas sobre vigilancia, fiscalización y responsabilidad patrimonial y sancionatoria.

E. Recomendaciones en materia de derecho disciplinario

Capítulo 11. Recomendaciones sobre el marco deontológico y el sistema disciplinario de los funcionarios del sector justicia y de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

F. Recomendaciones en materia de financiero y tributario

Capítulo 12. Recomendaciones sobre derecho financiero y tributario y cooperación jurídica internacional no judicial

G. Conclusiones y recomendaciones relativas a las nuevas tecnologías, las estrategias regulatorias de los mercados ilícitos y la tributación de los ingresos derivados de actividades al margen de la ley

Capítulo 13. Conclusiones y recomendaciones sobre mecanismos anticorrupción en materia de asuntos financieros: Fintech, Regtech, KYC, AML/CFT, Blockchain y acciones de transparencia.

Capítulo 14. Conclusiones y recomendaciones sobre seguridad digital, intervenciones estatales en el mercado y medidas tributarias: especial atención a los problemas de corrupción, crimen organizado y evasión de impuestos en el comercio ilícito de oro y drogas.

H. Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho privado, recuperación de activos ilícitos, cooperación jurídica internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes en materia civil y arbitraje de tratados de inversión

Capítulo 15. Conclusiones y recomendaciones sobre liderazgo ético y acciones colectivas para la transparencia en los negocios.

Capítulo 16. Conclusiones y recomendaciones sobre recuperación de activos ilícitos, cooperación jurídica internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes en materia civil.

Capítulo 17. Conclusiones y recomendaciones sobre el tratamiento de la corrupción en el arbitraje de tratados de inversión.

I. Recomendaciones en materia de derecho penal

Capítulo 18. Recomendaciones relativas al tratamiento de las personas naturales en la parte general del derecho penal.

Capítulo 19. Recomendaciones relativas al tratamiento de las personas jurídicas en la parte general del derecho penal.

Capítulo 20. Recomendaciones relativas al tratamiento de la corrupción pública y privada en la parte especial del derecho penal I.

Capítulo 21. Recomendaciones relativas al tratamiento de la corrupción pública y privada en la parte especial del derecho penal II.

J. Recomendaciones en materia de derecho procesal penal

Capítulo 22. Recomendaciones relativas a los modelos institucionales de prevención, los incentivos, y protección de alertadores, denunciantes y testigos y la participación y protección de las víctimas.

Capítulo 23. Recomendaciones relativas a las actuaciones de investigación.

K. Conclusiones y recomendaciones sobre la cooperación jurídica internacional en materia penal

Capítulo 24. Conclusiones y recomendaciones en materia de cooperación jurídica internacional en el ámbito penal.

L. Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho internacional penal

Capítulo 25. Conclusiones sobre el desconocimiento de la amplia extensión y el carácter organizado de la corrupción transnacional en su definición en los tratados internacionales anticorrupción

Capítulo 26. Conclusiones y recomendaciones relativas a los mecanismos de aplicación del derecho internacional penal y la cooperación internacional.

Capítulo 27. Conclusiones y recomendaciones sobre cuestiones sustantivas y procesales en materia de derecho internacional penal.

LL. Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho internacional de los derechos humanos

Capítulo 28. Sistema universal de protección de los derechos humanos.

Capítulo 29. Sistemas regionales de protección de los derechos humanos.

M. Conclusiones y recomendaciones en materia de política exterior de los Estados latinoamericanos y de ejes de acción de las organizaciones de ámbito regional en América Latina.

Capítulo 30. Conclusiones y recomendaciones sobre la política exterior de los Estados latinoamericanos.

Capítulo 31. Conclusiones y recomendaciones sobre los ejes de acción de las organizaciones regionales y subregionales en América Latina y la actuación de los Estados latinoamericanos en el marco de las Convenciones de Palermo y Mérida.

2. EL GRUPO DE INVESTIGACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO

La presente obra colectiva ha sido elaborada por el grupo de investigación de derecho administrativo (el Grupo) de la Red en ejecución del Proyecto 71848 cuyo objeto es proponer medidas en el

derecho interno colombiano y para la región desde la perspectiva disciplinar que ofrece el derecho administrativo que puedan servir para incrementar el nivel de eficacia en la lucha contra la corrupción asociada al crimen transnacional organizado.

El Grupo es coordinado por el profesor Manuel Alberto Restrepo Medina (Colombia), quien se desempeña como profesor en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y por el profesor Héctor Olasolo (España/Colombia), quien dirige a su vez el Programa 70593 y el Proyecto 70817. Desde el comienzo de sus trabajos a finales de agosto de 2020, el Grupo ha contado con la coordinación administrativa de Gabriela Velásquez Medina (Colombia), Juan José Romero Morales (Colombia), Ana María Martínez Agudelo (Colombia) y Sofía Linares Botero (Colombia), adscritos, y ha estado conformado por los siguientes investigadores que participan como autores en la presente obra colectiva:

1. Aprile, Natalia Soledad (Argentina): Universidad del Rosario (Colombia).
2. Díaz Perilla, Viviana Esned (Colombia): Abogada.
3. Duitama Pulido, Eliana Andrea (Colombia): Universidad del Rosario (Colombia).
4. Duque Botero, Juan David (Colombia): Abogado.
5. Latorre González, Indira (Colombia): Universidad del Rosario (Colombia).
6. Murillo Mena, Jessica (Colombia): Universidad del Rosario (Colombia).
7. Nieto Rodríguez, María Angélica (Colombia): Universidad del Rosario (Colombia).
8. Restrepo Medina, Manuel Alberto (Colombia): Universidad del Rosario (Colombia).
9. Rojas Villamil, Héctor David (Colombia): Universidad del Rosario (Colombia).
10. Valencia Tello, Diana Carolina (Colombia): Universidad del Rosario (Colombia).

Desde su establecimiento en agosto de 2020, el Grupo ha realizado diversos encuentros virtuales de carácter interno para debatir sobre el desarrollo de las investigaciones y garantizar la cohesión de todos los trabajos que hoy ven la luz en esta obra. Además, el 12 de octubre de 2022 se celebró un panel presencial y por acceso remoto abierto a todo el público para dar a conocer los resultados parciales de las investigaciones del Grupo y avanzar las primeras conclusiones, como parte del I Seminario Internacional sobre Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho Administrativo, realizado los días 11 y 12 de octubre de 2022. El panel a cargo del Grupo de Derecho Administrativo abordó los temas de integridad y generación de valor público y gobernanza de los intereses privado y contó con la participación de los investigadores María Angélica Nieto Rodríguez, Héctor David Rojas Villamil y Manuel Alberto Restrepo Medina¹.

Así mismo, las conclusiones preliminares, intermedias y finales del Grupo han sido presentadas en el III (2021), IV (2022) y V (2023) Congresos de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario y la X Semana Iberoamericana de la Justicia Internacional, celebrada del 2 al 9 de junio de 2023 en La Haya (Países Bajos)², en concreto, en el VII Seminario de Pensamiento Ibero-Americano sobre la Justicia Internacional³, desarrollado el 8 de junio de 2023 en la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas.

Por último, las conclusiones y recomendaciones finales del Grupo han sido también expuestas en el Seminario Internacional de Presentación de Resultados del Proyecto 71848 celebrado el 15 de agosto de

¹ El panel se puede ver desde el enlace https://fb.watch/ghvcm4jx_h/ (inicia en el minuto 4:10).

² Para mayor información sobre la X Semana Ibero-Americana de la Justicia internacional, *vid.*: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/actividades/semana-iberoamericana-de-la-justicia-internacional-y-los-derechos-humanos>.

³ Para mayor información sobre el VII Seminario de Pensamiento Ibero-Americano sobre la Justicia internacional, *vid.*: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/actividades/seminario-de-pensamiento-iberoamericano>.

2023 en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (vid. supra Seminario Internacional 19).

3. SOBRE LA PRESENTE OBRA COLECTIVA

La obra que presentamos busca contribuir, desde la perspectiva disciplinar que ofrece el derecho administrativo, al logro del objetivo del Proyecto 71848 de proponer medidas en el derecho interno de los países de América Latina, y de Colombia en particular, que puedan servir para incrementar el nivel de eficacia en la lucha contra la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT). Por ello, sus contenidos parten de la comprensión del alcance y la relevancia del fenómeno analizado y de la conciencia de la insuficiencia que hasta el momento han tenido las respuestas estatales desde el derecho para confrontarlo.

Así, el punto de inicio de los trabajos adelantados lo constituye el entendimiento aceptado por la academia y las instituciones internacionales interesadas de que la corrupción en el ámbito público consiste en el abuso del cargo o función pública para la obtención de un beneficio o ganancia privada en detrimento de los recursos públicos (Banco Mundial). Hoy ese abuso, más que una conducta individual, cada vez más corresponde a un fenómeno organizado por una red de relaciones sociopolíticas mafiosas que se sirve de la cooptación, e incluso captura, del Estado por parte de políticos, particulares y funcionarios para apropiarse de los recursos públicos (Rodríguez & Reyes, 2023).

La corrupción puede llegar al extremo de alcanzar un carácter sistémico para la preservación del *status quo* de quienes detentan ilícitamente el poder político y controlan las instituciones públicas, como en el caso de Guatemala, o más frecuentemente, como señala Castresana (2021), cuando corporaciones económicas y financieras, en no pocas ocasiones multinacionales, así como grupos criminales organizados, financian sistemáticamente de manera encubierta e ilegal a los partidos políticos, sobornan a los altos funcionarios, manipulan la información a través de los medios de comunicación y las redes sociales que controlan, y con ello consiguen adjudicaciones de contratos en licitaciones amañadas y cooptan los mecanismos de adopción de decisiones de las instituciones democráticas.

Como consecuencia y siguiendo a Manrique (2021), la corrupción afecta el disfrute y el goce efectivo de los derechos fundamentales de la población, al distraer recursos destinados a la atención de sectores básicos para la vida digna de las personas y deteriorar la calidad democrática del funcionamiento de las instituciones. Estas prácticas no solo configuran delitos, sino que son antiéticas, inmorales e inconstitucionales, lo que debilita y deslegitima la institucionalidad y el Estado de derecho. Lo anterior ocasiona la entrada de la criminalidad al sistema político y constituye la principal amenaza a la estabilidad y al orden de los países.

Frente a este enorme reto, la respuesta habitual y casi que automática desde el Estado ha sido la de privilegiar el enfoque punitivo, creando nuevos delitos y circunstancias de agravación de las penas y reduciendo los beneficios y subrogados penales para los autores de estas conductas, sin que, como en el caso de los fenómenos de tráfico ilícito de drogas, de armas o de personas, esta estrategia haya servido siquiera para contener, ya no para reducir o dismantelar esas mafias y desincentivar esos comportamientos, derivando más bien en lo que se ha dado en denominar el populismo punitivo.

Una respuesta más adecuada para la confrontación de este fenómeno requiere una aproximación inter y transdisciplinaria, con el aporte de disciplinas extra jurídicas y el involucramiento de ámbitos jurídicos diferentes y eventualmente complementarios del derecho penal. Si, justamente, uno de los actores centrales para que la corrupción se presente es la participación activa y pasiva de los servidores públicos y la principal fuente que la alimenta son la contratación pública y el otorgamiento de licencias y permisos, resulta pertinente preguntarse por las respuestas que desde el régimen jurídico aplicable a la estructura y actividad administrativa del Estado se podrían proponer para contribuir al propósito señalado. En esa medida, el objetivo de esta obra colectiva es responder a la pregunta de si el derecho administrativo puede, y de qué manera, contribuir al abordaje del fenómeno de la corrupción y de su incidencia transnacional.

Justamente, por esa incidencia, como lo evidencian casos como el de Odebrecht, la respuesta a este fenómeno requiere ser abordada, al menos, tanto nacional como regionalmente, por lo cual un balance de lo que se ha realizado hasta la fecha desde el derecho adminis-

trativo para proponer lo que se podría hacer en adelante, demanda conocer las experiencias de otros sistemas jurídicos distintos del propio, para desde ese conocimiento tener una perspectiva más amplia que permita plantear recomendaciones a esos mismos niveles.

Conforme a lo anterior, el análisis regional incluye, además del caso colombiano, los casos de Argentina, Brasil, Chile, México y Perú, porque por su tamaño, población y peso político y económico tienen una particular relevancia en la región. En cuanto a los países de referencia del orden internacional se tomaron los casos de EE.UU., por ser el país de mayor influencia sobre la región desde, al menos, el final de la II Guerra Mundial y España, por la estrecha relación política, económica, cultural y jurídica que mantiene con los países latinoamericanos y, además, porque ambos países son miembros de organizaciones internacionales de integración en la que participan los países latinoamericanos en su conjunto.

Para definir la estructura y el contenido del presente volumen se partió de la consideración de que en el fomento de la integridad pública radica parte importante del éxito de una política anticorrupción, por lo cual, es necesario contar con diseños institucionales que permitan, por un lado, verificar en qué medida los principios de la ética pública son tenidos en cuenta por la administración a la hora de gestionar los recursos, y, por otro, recurrir, cuando se adviertan desviaciones, al ejercicio de las competencias de investigación y sanción de las autoridades administrativas. Así mismo, se requiere también reforzar, estructural y operativamente, la adecuada utilización de la potestad administrativa sancionatoria, la cual puede llegar a recaer sobre personas naturales y jurídicas vinculadas a estructuras organizadas para defraudar al erario, que pueden ser funcionales a los intereses de los grupos involucrados con el COT.

A la luz de lo anterior, el presente volumen se ha dividido en dos partes. En la primera, se ha estudiado la facultad de vigilancia y fiscalización sobre el uso adecuado de los recursos públicos, a través de los capítulos 1 y 2 sobre control interno y control externo o fiscal, mientras que en la segunda parte se han analizado los mecanismos para la determinación de responsabilidades en el campo administrativo, tanto desde la perspectiva pecuniaria o patrimonial como desde la órbita sancionatoria. Desde la primera perspectiva, se han aborda-

do en los capítulos 3 y 4 los mecanismos relativos a la responsabilidad fiscal en la gestión de los recursos públicos y la acción de repetición contra los agentes del Estado, mientras que desde la segunda se ha examinado en los capítulos 5 y 6 la regulación de las faltas y las sanciones administrativas y disciplinarias.

Cada uno de estos ámbitos se aborda en un capítulo separado y en cada uno de ellos la organización de los contenidos corresponde a la misma estructura: primero se verifica una explicación del alcance del objeto específico materia de análisis, planteando su relevancia como escenario de especial afectación por la corrupción y la necesidad de contar con estrategias específicas de prevención, luego se realiza la presentación del estado del arte sobre cada ámbito en los instrumentos internacionales, los países de referencia de fuera de la región (EE.UU. y España), los países de la región (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú) y el caso colombiano, para concluir con un balance del estado actual de la cuestión y la formulación de un conjunto de recomendaciones al respecto.

Al finalizar el análisis de los seis ámbitos del ejercicio de la actividad administrativa estudiados, se presentan dos capítulos (7 y 8) que destacan las principales conclusiones alcanzadas y realizan una serie de recomendaciones para la región en general, y para Colombia en particular.

En Bogotá (Colombia), a 13 de noviembre de 2023,

HÉCTOR OLASOLO
MANUEL ALBERTO RESTREPO MEDINA

1. RESPUESTAS EN MATERIA DE VIGILANCIA Y FISCALIZACIÓN

Capítulo 1

El control interno

MANUEL ALBERTO RESTREPO MEDINA*

1. INTRODUCCIÓN

El control interno busca promover la eficiencia, eficacia, transparencia y economía en las operaciones de las entidades públicas, la calidad de los servicios públicos que presta y cuidar y resguardar los recursos y bienes del Estado contra cualquier forma de pérdida, deterioro, uso indebido y actos ilegales, en general, contra todo hecho irregular o situación perjudicial que pudiera afectarlos (Mendoza-Zamora, *et. al.*, 2018).

La implementación y fortalecimiento de un adecuado control interno promueve la adopción de decisiones frente a desviaciones de indicadores, la mejora de la ética institucional, al disuadir de comportamientos ilegales e incompatibles, el establecimiento de una cultura de resultados y la implementación de indicadores que la promuevan, la aplicación, eficiente, de los planes estratégicos, directivos y planes operativos de la entidad, así como la documentación de sus procesos y procedimientos, la adquisición de la cultura de medición de resultados por parte de las unidades y direcciones, la reducción de pérdidas por el mal uso de bienes y activos del Estado, la efectividad de las operaciones y actividades, el cumplimiento de la normativa y la salvaguarda de activos de la entidad (Martillo, 2008).

* Doctor en derecho. Magister en derecho administrativo. Magister en estudios políticos. Diplomado en Estudios Avanzados (DEA) en derecho procesal. Especialista en legislación financiera. Abogado. Profesor emérito y titular de carrera académica y director de la escuela doctoral, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Público, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Investigador asociado Minciencias. Miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

En razón de esos propósitos, Poch (2002) indica que las funciones del control interno son:

1. Proteger los recursos de la organización, buscando su adecuada administración ante posibles riesgos que los afecten.
2. Garantizar la eficacia y la eficiencia en todas las operaciones promoviendo y facilitando la correcta ejecución de las funciones y actividades definidas para el logro de la misión de la organización.
3. Velar porque todas las actividades y recursos de la organización estén dirigidos al cumplimiento de los objetivos de la entidad.
4. Garantizar la correcta evaluación y seguimiento de la gestión organizacional.
5. Asegurar que los registros y la información generada como producto de las actividades realizadas por la organización, sean elaborados y presentados de manera oportuna y que dicha información sea confiable.
6. Definir y aplicar medidas para prevenir los riesgos, así como también detectar y corregir errores que se presenten en la organización y que puedan afectar el logro de sus objetivos.
7. Garantizar que el Sistema de Control Interno (SCI) disponga de sus propios mecanismos de verificación y evaluación.

Como se advierte de estas referencias acerca del contenido y alcance del control interno, su propósito principal es el de promover la consecución o el logro de las metas y los objetivos institucionales de las entidades públicas, mediante una gestión eficiente de los recursos asignados para su cumplimiento, que neutralice los factores de riesgo que puedan impedir su realización, por lo cual, sin haber sido concebido como un instrumento de lucha contra o de prevención de la corrupción, en la medida en que esta última es un elemento de riesgo en la administración de los recursos públicos, en forma indirecta la adecuada implementación de los componentes del SCI debería terminar por servir para su prevención.

En ese orden de ideas, muchas prácticas corruptas son a la vez causa y consecuencia de deficiencias en los SCI institucionales, ya

que la corrupción prospera donde la toma de decisiones se ha visto comprometida por conflictos de intereses y por la interferencia política por la debilidad de sus controles en detectar y gestionar adecuadamente esos factores de riesgo.

De conformidad con lo anterior, se puede cuestionar la efectividad que ha tenido el desarrollo institucional de los SCI para contribuir a la prevención de la corrupción, frente a la denuncia cada vez más frecuente de casos relacionados con la apropiación indebida o la malversación de los recursos públicos, así como las manifestaciones que se hacen más recurrentes en la opinión pública sobre su trascendencia y rechazo.

Esta reflexión lo que muestra es que la crisis ética de eficacia y eficiencia de la administración pública lo es también de su sistema de controles, por lo cual, si se siguen realizando los mismos controles no se obtendrán resultados diferentes. Como lo señala Miaja Fol (2019), “[...] todos sabemos que, si en el presupuesto hay un crédito que lo ampare, es perfectamente posible construir una infraestructura innecesaria; y que un contrato amañado puede tener una tramitación formal impecable y ser fiscalizado de conformidad, porque el amaño estará siempre fuera del expediente”.

En ese orden de ideas, en el marco del objeto del conjunto de esta obra, el presente capítulo se ocupará de caracterizar el control interno desde los referentes internacionales que le han dado origen, para luego exponer su configuración en los sistemas de referencia no latinoamericanos (EE. UU. y España) y latinoamericanos (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú), así como su desarrollo específico en el caso colombiano, teniendo como ejes de comparación de este con sus pares regionales el objeto del control interno, sus objetivos específicos, sus componentes o elementos configurativos y el diseño orgánico para su ejercicio, con la finalidad de identificar sus fortalezas y debilidades para plantear propuestas concretas para América Latina y Colombia encaminadas a resolver las críticas a su disfuncionalidad para prevenir y detectar a tiempo el riesgo de desviación o apropiación indebida de los recursos públicos.

2. LA CONFIGURACIÓN DE LOS ACTUALES SISTEMAS DE CONTROL INTERNO A PARTIR DE REFERENTES INTERNACIONALES DE ACEPTACIÓN UNIVERSAL Y REGIONAL

El diseño contemporáneo del modelo de control interno que se aplica por parte de las administraciones públicas en el mundo corresponde al denominado modelo COSO¹, que tiene sus orígenes en una investigación llevada a cabo en 1987, promovida por las principales asociaciones de auditores y contadores de Estados Unidos, sobre las causas y posibles soluciones a los reportes fraudulentos de información financiera de las empresas cotizantes en las bolsas de valores, en la cual se encontró que las discrepancias entre los auditores internos, externos y los administradores de esas empresas acerca del entendimiento del control interno estaba impidiendo que sirviera como herramienta idónea para prevenir y detectar tempranamente el fraude (Treadway, *et. al.*, 1987: 48).

Esta situación llevó a la formulación de diferentes propuestas metodológicas, dentro de las cuales el informe titulado “El control interno, marco integrado” (COSO, 1992) supuso la aparición de un nuevo paradigma que replanteaba el concepto de control interno y la forma de abordarlo, aportando un completo marco conceptual y metodológico, que llegaría a constituirse en el fundamento de los regímenes de control interno en el sector público, enfocado primordialmente en la gestión de riesgos.

El informe referido se estructuraba en torno a una definición del control interno y la identificación de cinco componentes que eran objeto de estudio detallado a lo largo del informe.

COSO define el control interno como “[...] un proceso llevado a cabo por el consejo de administración, la dirección y el resto del personal de una entidad, diseñado con el objetivo de proporcionar un

¹ COSO es la sigla de *Committee of Sponsoring Organizations of Treadway Commission*, el cual está conformado por cinco instituciones representativas en Estados Unidos en el campo de la contabilidad, las finanzas y la auditoría interna: American Accounting Association (AAA), American Institute of Certified Public Accountants (AICPA), Financial Executive Institute (FEI), Institute of Internal Auditors (IIA), Institute of Management Accountants (IMA).

grado de seguridad razonable en cuanto a la consecución de objetivos relacionados con las operaciones, la información y el cumplimiento”.

Para COSO, el control interno consta de cinco componentes que están presentes en todos los niveles de la organización y afectan a todos sus objetivos:

1. Entorno de control, constituido por el conjunto de normas internas, estructuras organizativas, procesos, valores culturales y pautas de conducta que definen la forma en que funciona una organización.
2. Evaluación de riesgos, que es la existencia de un proceso (formalizado o no) mediante el que la organización identifica riesgos que pueden afectar a la consecución de sus objetivos. Para que la evaluación de riesgos sea completa es necesario que la organización haya definido todos sus objetivos.
3. Actividades de control, que es el conjunto de actuaciones establecidas para mitigar los riesgos previamente identificados y sobre los que la organización quiere actuar.
4. Información y comunicación. La información es necesaria para saber si se están produciendo desviaciones en la consecución de los objetivos y adoptar medidas correctoras. La comunicación es el vehículo para transmitir la información y las medidas adoptadas.
5. Supervisión. Los componentes del control interno conforman un sistema que debe ser supervisado para comprobar si funciona correctamente o hay aspectos que deben corregirse.

En la medida en que los componentes del control interno que COSO identifica están presentes en todas las organizaciones con mayor o menor intensidad, más o menos formalizados, a veces sin que la propia organización tome conciencia de su presencia, pero contribuyendo a reforzar su funcionamiento para que la organización pueda alcanzar sus objetivos, este marco conceptual se ha convertido en un modelo de aproximación al control interno aceptado internacionalmente, al punto de que instituciones y organizaciones internacionales, como la Unión Europea (UE), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) o la Federación

Internacional de Contadores (IFAC) emiten sus recomendaciones en esta materia basadas en el modelo COSO².

En septiembre de 2004, el Comité COSO publicó el *Enterprise Risk Management-Integrated Framework* y sus aplicaciones técnicas asociadas (COSO-ERM, o COSO II), en el cual se amplía el concepto de control interno, y se proporciona un enfoque más completo y extenso sobre la identificación, evaluación y gestión integral del riesgo. Este nuevo enfoque no sustituye COSO I sino que lo incorpora como parte de él, y permite a las compañías mejorar sus prácticas de control interno o decidir encaminarse hacia un proceso más completo de gestión de riesgo.

En 2013 se publicó una actualización (COSO, 2013) en la que cada uno de los cinco componentes del control interno se desarrolla a través de diversos principios, que representan los conceptos fundamentales asociados a ese componente. En total, se identifican diecisiete principios cuya aplicación permite a una organización disponer de un control interno eficaz, de la siguiente manera:

2.1. Componente 1: entorno de control

Según el Marco Integrado de Control Interno de COSO, el entorno de control es el “Conjunto de normas, procesos, y estructuras que constituyen la base sobre la que se desarrolla el control Interno de la organización” y “tiene una influencia muy relevante sobre el

² Como lo refieren De la Cruz y Garcés, aunque los informes de la Comisión Treadway se orientaban a la empresa privada, se comenzaron a hacer extensivos a la administración pública a partir del esfuerzo realizado por las organizaciones internacionales que agrupan a las Entidades de Fiscalización Superior de los diversos Estados y, especialmente, a partir de la gestión del Instituto Internacional de Auditores Internos, que ha creado un marco internacional para la práctica de auditoría interna, considerado transversalmente como el referente internacional en la materia. Es un hecho que los estudios que han servido de base al desarrollo de los controles internos de la administración surgen del informe COSO y este, a su vez, de los estudios que sobre empresas, corporaciones y fusiones privadas se realizaron, vinculados principalmente a la sociología y psicología. Y, pese a las grandes diferencias que pueden existir entre las organizaciones del sector privado y las del sector público, hay factores que son asimilables; entre ellos, la confianza y el riesgo.

resto de los componentes”. En el entorno de control hay que valorar especialmente el compromiso con la integridad y los valores éticos, y las tareas de formación y comunicación de este compromiso a lo largo y ancho de toda la organización, en todos sus niveles; así como la capacidad de validar su cumplimiento. COSO aconseja identificar responsabilidades y asegurar las competencias, con el fin de evitar conflictos de interés entre el personal con responsabilidades de control interno:

Principio 1. La organización demuestra compromiso con la integridad y los valores éticos.

Principio 2. El órgano de gobierno demuestra independencia de la dirección y supervisa el desempeño del SCI.

Principio 3. La dirección establece, con la supervisión del órgano de gobierno, las estructuras, líneas de reporte y niveles de autoridad y responsabilidad apropiados para lograr los objetivos.

Principio 4. La organización demuestra compromiso con la estrategia para atraer, desarrollar y retener a profesionales competentes.

Principio 5. La organización evalúa el rendimiento y define la responsabilidad de las personas en relación con el control interno. Aplica la responsabilidad por la rendición de cuentas.

2.2. Componente 2: evaluación de riesgos

Las organizaciones gestionan los riesgos que amenazan sus objetivos. Por tanto, la definición de unos objetivos claros es el primer paso para evaluar los riesgos. Los objetivos claros de una organización deben abarcar obligaciones, compromisos de cumplimiento presupuestario y de legalidad; objetivos estratégicos, de información, y aquellos que la dirección determina idóneos para el cumplimiento de su misión y visión. El siguiente paso tras la identificación de objetivos es identificar y evaluar los riesgos con un proceso dinámico e interactivo:

Principio 6: La organización define los objetivos con suficiente claridad para identificar y evaluar los riesgos relacionados;

Principio 7: La organización identifica los riesgos para lograr los objetivos en todos los niveles, y los analiza para determinar cómo se gestionan;

Principio 8: La organización, al evaluar los riesgos para conseguir los objetivos, considera la probabilidad de fraude; y

Principio 9: La organización identifica y evalúa los cambios que pueden afectar significativamente al SCI.

2.3. Componente 3: actividad de control

Según COSO la actividad de control la forman “[...] las acciones establecidas a través de políticas y procedimientos que contribuyen a garantizar que se llevan a cabo las instrucciones de la dirección para mitigar los riesgos que incidan en el cumplimiento de los objetivos”. En las áreas donde no existe la segregación de funciones, la dirección debe implantar actividades de control alternativas:

Principio 10: La organización define y desarrolla actividades de control que contribuyen a mitigar los riesgos hasta niveles aceptables para el logro de los objetivos;

Principio 11: La organización define y desarrolla actividades de control sobre la tecnología en la entidad para apoyar la consecución de los objetivos; y

Principio 12: La organización implementa las actividades de control con políticas que establecen las líneas generales del control interno y con procedimientos que concretan dichas políticas.

2.4. Componente 4: información y comunicación

Según el Marco Integrado, este es el “[...] proceso continuo de proporcionar, compartir y obtener la información necesaria”. Por tanto, solo existe si se interactúa con el resto de los componentes. Sea interna o externa, la información debe ser relevante y de calidad, fluyendo en todas las direcciones y niveles;

Principio 13: La organización obtiene, genera y utiliza información de calidad relevante para respaldar el funcionamiento del control interno;

Principio 14: La organización comunica internamente información necesaria para respaldar el funcionamiento del control interno, incluidos los objetivos y las responsabilidades sobre dicho control; y

Principio 15: La organización se comunica con terceros sobre asuntos que afectan al funcionamiento del control interno.

2.5. Componente 5: supervisión

Cada uno de los componentes del control interno debe ser evaluado para determinar si funciona adecuadamente. Los órganos de gobierno deben promover la supervisión acorde con la evaluación de riesgos:

Principio 16: La organización selecciona, desarrolla y realiza evaluaciones continuas y/o independientes para determinar si los componentes del SCI existen y funcionan; y

Principio 17: La organización evalúa y comunica las deficiencias de control interno oportunamente a las partes responsables de aplicar medidas correctivas, incluida la alta dirección y el consejo.

De manera complementaria al modelo COSO, en el año 2013 el Instituto de Auditores Internos (IIA por su sigla en inglés) desarrolló un modelo teórico denominado las tres líneas de defensa, cuyo objeto es gestionar de manera sencilla y eficaz la gestión de riesgos y control, de manera que este y aquella están distribuidos dentro de toda la entidad sin incurrir en duplicación de esfuerzos y sin omitir ninguna faceta de la gestión institucional. El modelo establece las funciones y deberes relacionados con la gestión de riesgos mediante la asignación de roles a los diferentes niveles de la organización, de la siguiente manera:

Primera línea de defensa: Gestión operativa-medios de control interno. Los gerentes de negocio y control poseen y gestionan los riesgos y son

responsables de implementar acciones correctivas para abordar el proceso y las deficiencias de control. La gestión operativa se encarga del mantenimiento efectivo de controles internos, ejecutar procedimientos de riesgo y el control sobre una base del día a día. La gestión operativa identifica, evalúa, controla y mitiga los riesgos, orienta el desarrollo e implementación de políticas y procedimientos internos y asegura que las actividades sean compatibles con las metas y objetivos.

Segunda línea de defensa: la administración de riesgos y funciones de cumplimiento. El control y la gestión de riesgos, las funciones de cumplimiento, seguridad, calidad y otras similares facilitan y supervisan la implementación de prácticas de gestión de riesgos eficaces por parte de la gerencia operativa y ayudan a los responsables de riesgos a distribuir la información adecuada sobre riesgos hacia arriba y hacia abajo en la organización.

Tercera línea de defensa: Auditoría interna. La función de auditoría interna, a través de un enfoque basado en el riesgo, proporcionará aseguramiento sobre la eficacia de gobierno, gestión de riesgos y control interno a la alta dirección de la organización, incluidas las maneras en que funciona la primera y segunda líneas de defensa.

El IIA pone de presente que este modelo puede generar un debate permanente sobre qué tareas específicas deben ser cumplidas por cada dependencia y cuáles por la oficina de control interno, problema que puede existir en cualquier organización, independientemente de si se utiliza un marco de gestión de riesgos formal, pues aunque este puede ser efectivo para identificar los tipos de riesgos que las entidades deben controlar, no consideran cómo deberían ser asignadas y coordinadas las tareas específicas dentro de la organización.

Teniendo en cuenta esa diversidad de atribuciones funcionales, el desafío consiste en coordinarlas eficaz y eficientemente, de manera que no existan brechas en la cobertura de los controles ni duplicaciones innecesarias. El modelo de las Tres Líneas de Defensa procura mejorar las comunicaciones en la gestión de riesgos y control mediante la aclaración de las funciones y deberes esenciales relacionados en cualquier organización, independientemente de su tamaño o complejidad. Aún en entidades donde no existe un marco o sistema de gestión de riesgos formal, el modelo puede aumentar la claridad respecto a los riesgos y los controles y ayudar a mejorar la efectividad de los sistemas de gestión de riesgos.

Como se refirió anteriormente, el control de la gerencia operativa es la primera línea de defensa en la gestión de riesgos; las varias funciones de supervisión de riesgos, controles y cumplimiento establecidas por la administración son la segunda línea de defensa; y el aseguramiento independiente es la tercera. Cada una de estas líneas juega un papel distinto dentro del marco amplio de gobernabilidad de la organización.

Se advierte que la alta dirección no figura entre las tres líneas de este modelo, pero su funcionalidad requiere de su activo involucramiento, de manera que ayude a asegurar que las líneas de defensa puedan operar adecuadamente, mediante la fijación de los objetivos de la entidad, la definición de estrategias para alcanzarlos y el establecimiento de procesos para gestionar mejor los riesgos en el cumplimiento de esos objetivos. Así, el modelo se implementa mejor con el apoyo activo y guía de la alta dirección de la organización.

3. SISTEMAS NO LATINOAMERICANOS DE REFERENCIA: ESPAÑA Y ESTADOS UNIDOS

3.1. España

En España los órganos de control interno de las Administraciones públicas, compuestos generalmente por las intervenciones estatales, autonómicas y locales, están integrados en las mismas, aunque gozan de autonomía para el ejercicio de sus funciones. Su objetivo es aportar garantías sobre el cumplimiento de la legalidad y sobre la gestión eficiente de los recursos públicos.

La Ley General de Presupuesto (LGP) alude a tres tipos de controles: la función interventora, el control financiero permanente y la auditoría pública. Exceptuando esta última, que puede ser llevada a cabo por organismos tanto de la propia entidad como ajenos a ella, el control interno es realizado a través de la función interventora y del control financiero permanente.

El primero de estos mecanismos, fundamentalmente de carácter preventivo, persigue verificar que los actos de contenido

económico-financiero se adecuen a la normativa aplicable, advirtiéndolo, en su caso, sobre los incumplimientos. El control financiero permanente, por su parte, tiene como objetivo comprobar a posteriori, y desde una perspectiva más global, el funcionamiento económico-financiero de la entidad, por lo que tendrá que informar acerca de la adecuada presentación de la información financiera, del cumplimiento de las normas y directrices que sean de aplicación, así como de la economía, eficacia y eficiencia alcanzada en la gestión.

La concepción dada por la ley asigna a la función interventora la función de asegurar, mediante la revisión ex ante, el ajuste a la normativa de los actos del sector público que supongan el reconocimiento de derechos o la realización de gastos, así como los ingresos y pagos derivados de aquellos. Esta revisión no será obligatoria para los contratos menores, los gastos periódicos (una vez realizada la adecuada revisión del primero de ellos), los gastos menores de 5.000 euros realizados a través del procedimiento de caja fija o de fondos liberados a justificar por gastos en el extranjero, ciertos gastos relativos a los procesos electorales y las subvenciones asignadas nominativamente.

Como establece la propia LGP, la función interventora podrá realizarse mediante dos modalidades: intervención formal e intervención material. La primera de ellas comprueba el cumplimiento de los requisitos legales y documentales de las actuaciones públicas. Por su parte, la intervención material tiene como finalidad la comprobación de la aplicación real y efectiva de los fondos.

Así pues, la función interventora consistirá, según recoge el articulado de la propia ley, en: (a) la fiscalización previa de los actos que reconozcan derechos económicos y aprueben o comprometan gastos; (b) la intervención del reconocimiento de obligaciones y la comprobación de la inversión; (c) la intervención formal de la ordenación del pago; y (d) la intervención material del pago.

En cualquier caso, y aunque la función interventora es de aplicación al conjunto de la administración del Estado, incluidos los organismos autónomos y los organismos de la seguridad social, esta puede ser sustituida por la realización del control financiero permanente

en aquellos organismos autónomos cuya actividad lo justifique, si así lo acuerda el Consejo de Ministros a petición de la Intervención General de la Administración del Estado.

En cuanto al control financiero permanente supone la verificación continua de la situación y funcionamiento de las entidades públicas desde el punto de vista económico-financiero, comprobando el cumplimiento de la normativa y de los principios de buena gestión, con especial referencia a los de estabilidad presupuestaria y equilibrio financiero.

Ello supone la realización de una serie de actuaciones como son: la verificación del cumplimiento de la normativa y procedimientos de gestión económica donde no llega la función interventora; el seguimiento de la ejecución presupuestaria y de la consecución de los objetivos; el informe sobre la distribución de resultados; el seguimiento de los planes de tesorería; el análisis de operaciones y procedimientos, además de las recomendaciones oportunas que redunden en una mayor racionalidad económico-financiera, así como el resto de actuaciones asignadas a las intervenciones delegadas.

El control financiero permanente completa las actuaciones llevadas a cabo por la función interventora, consiguiéndose así un adecuado control interno. Entre las diferencias habría que señalar que, mientras que la función interventora está centrada en la Administración general, el control financiero permanente abarca al conjunto del sector público. El objeto del control financiero es el conjunto de las actuaciones, entretanto que la intervención analiza actos aislados.

Mientras que el objetivo último de la función interventora está en evitar la realización de actuaciones que no estén ajustadas a la legislación, el control financiero pretende evaluar la gestión del ente en su conjunto de cara a mejorar en las técnicas y procedimientos utilizados. Finalmente, incidir en que la función interventora vigila el cumplimiento del principio de legalidad, el control financiero permanente adicionalmente busca dejar de manifiesto la situación económico-patrimonial como resultado de la gestión realizada.

3.2. *Estados Unidos*

En los Estados Unidos, en virtud de la legislación vigente, el *Controller General* es quien se encarga de crear normas de control interno para su utilización en los órganos de la Administración norteamericana. Dichas normas se publicaron en 1983 por primera vez con el nombre de Normas de control interno de la administración pública federal (*Standards for Internal Controls in the Federal Government*) con el objeto de servir como criterio para el establecimiento y evaluación de los controles internos.

Con base en el informe COSO de 2013, dichas normas fueron actualizadas y se encuentran contenidas en el denominado Libro Verde (*Green Book*), en el cual se adoptan los 5 componentes y 17 principios subyacentes a los que se ha hecho referencia en el apartado anterior.

El Libro Verde proporciona a los administradores criterios para diseñar, implementar y operar el funcionamiento de un SCI efectivo; define los estándares a través de componentes y principios y explica por qué son parte integral del SCI de una entidad y aclara qué procesos de la gestión considera parte del control interno. Para el Libro Verde, en un SCI maduro y altamente efectivo, el control debería llegar a ser indistinguible de las actividades diarias del desempeño del personal.

A tono con el modelo COSO, las directrices contenidas en el Libro Verde definen una estructura de control interno que abarca la actitud, los métodos, los procedimientos y otras medidas de gestión que proporcionen una garantía razonable de que van a lograrse los siguientes objetivos:

1. Promover las operaciones metódicas, económicas, eficientes y eficaces y los productos y servicios de calidad, acorde con la misión que la institución debe cumplir.
2. Preservar los recursos frente a cualquier pérdida por despilfarro, abuso, mala gestión, errores, fraude e irregularidades.
3. Respetar las leyes, reglamentaciones y directivas de la dirección.

4. Elaborar y mantener datos financieros y de gestión fiables y presentarlos correctamente en los informes oportunos.

El Libro Verde contiene información adicional en la forma de atributos, los cuales están orientados a ayudar a organizar la aplicación material de los principios, al proveer explicaciones complementarias sobre los mismos para facilitar su diseño, implementación y operación, así como los requerimientos para su documentación, incluyendo ejemplos de procedimientos que podrían ser apropiados para cada entidad.

Sin embargo, el Libro Verde no prescribe de qué manera la dirección de las entidades públicas debe diseñar, implementar y operar el SCI, asunto que es responsabilidad de cada una de ellas porque no hay dos entidades iguales debido a sus diferencias en factores como la misión, el entorno regulatorio, el plan estratégico, el tamaño, la tolerancia al riesgo y la tecnología de la información.

3.3. Análisis comparado

Lo que hace al sistema de Estado Unidos referente en la materia es que ejemplifica en su país de origen la adopción del modelo COSO como paradigma del diseño institucional del control interno para el sector público, convirtiéndolo de esta manera en referente obligado para el resto del mundo, influencia de la cual no se escapan los países de su área natural de influencia.

Por su parte, el modelo de España resulta ser más ambicioso en su cobertura que el modelo COSO, al combinar el control ex ante con el control posterior, mediante el ejercicio de la función interventora y el control financiero permanente, cuya efectividad es luego comprobada mediante auditorías internas y externas, lo que debería servir para minimizar los riesgos y maximizar los resultados esperados de la administración en el uso de los recursos públicos.

En todo caso, ninguno de los dos sistemas está enfocado directamente en acciones preventivas de actos de corrupción y menos aún se ocupan de aquellos que puedan estar asociadas a la criminalidad organizada transnacional.

4. SISTEMAS LATINOAMERICANOS DE REFERENCIA: ARGENTINA, BRASIL, CHILE, MÉXICO Y PERÚ

4.1. *Argentina*

En Argentina, su régimen ha establecido un sistema dual de control: el interno del poder ejecutivo nacional, a cargo de un órgano de su pertenencia: la Sindicatura General de la Nación, y el externo del sector público nacional, a cargo de la Auditoría General de la Nación, órgano de asistencia técnica del Congreso de la Nación en su rol de órgano fiscalizador de la gestión del sector público nacional.

A partir del marco legal general de control interno establecido en la Ley 24.156, la Sindicatura General de la Nación ha definido al control interno como un proceso llevado a cabo por las autoridades superiores y el resto del personal de la entidad, diseñado con el objeto de proporcionar un grado de seguridad razonable en cuanto a la consecución de los objetivos organizacionales —tanto en relación con la gestión operativa, con la generación de información y con el cumplimiento de la normativa—, para lograr los siguientes objetivos:

1. Garantizar la aplicación de los principios de regularidad financiera, legalidad, economicidad, eficiencia y eficacia en la obtención y aplicación de los recursos públicos.
2. Sistematizar las operaciones de programación, gestión y evaluación de los recursos del sector público nacional.
3. Desarrollar sistemas que proporcionen información oportuna y confiable sobre el comportamiento financiero del sector público nacional útil para la dirección de las jurisdicciones y entidades y para evaluar la gestión de los responsables de cada una de las áreas administrativas.
4. Establecer como responsabilidad propia de la administración superior de cada jurisdicción o entidad del sector público nacional, la implantación y mantenimiento de un sistema contable adecuado a las necesidades del registro e información y acorde con su naturaleza jurídica y características operativas, un eficiente y eficaz SCI normativo, financiero, económico y de gestión sobre sus propias operaciones, comprendiendo la

práctica del control previo y posterior y de la auditoría interna y procedimientos adecuados que aseguren la conducción económica y eficiente de las actividades institucionales y la evaluación de los resultados de los programas, proyectos y operaciones de los que es responsable la jurisdicción o entidad.

5. Estructurar el sistema de control externo del sector público nacional.

Las normas generales de control interno establecen que sus elementos constitutivos son los mismos 5 componentes y 17 principios de la versión actualizada a 2013 del modelo COSO.

En relación con la estructura orgánica para el ejercicio del control interno, la acción institucional orientadora de la Sindicatura General de la Nación halla su necesario complemento en las Unidades de Auditoría Interna (UAI), que se crean en cada jurisdicción o entidad para compartir el control de las decisiones de cada uno de sus responsables máximos, a quienes corresponde establecer un adecuado SCI, que incluya tanto los instrumentos de control previo y posterior incorporados en el plan de organización y en los reglamentos y manuales de procedimiento, como la auditoría interna.

El control interno de las actividades del poder ejecutivo nacional reposa, pues, tanto en las UAI como en la Sindicatura General de la Nación, órgano normativo de supervisión y coordinación de ellas, que también se halla investido de la atribución de comprobar la efectiva puesta en práctica, por parte de los fiscalizados, de las recomendaciones efectuadas por dichas unidades de control. Le cabe, incluso, a la Sindicatura, la potestad de formular recomendaciones directamente a los organismos que se hallen en el ámbito de su competencia.

La gestión del órgano ejecutivo y sus resultados se hallan sujetos a la potestad controladora del poder legislativo de la nación, a cuyo organismo de asistencia técnica para la realización de tal mandato constitucional, la Auditoría General de la Nación, debe la Sindicatura General de la Nación facilitar el desarrollo de sus actividades, como lo dispone el art. 104 de la Ley 24.156.

Así mismo, de acuerdo con el art. 107 de la misma ley, la Sindicatura General de la Nación deberá informar a la Auditoría General de la Nación sobre la gestión cumplida por los entes bajo su fiscalización, sin perjuicio de atender consultas y requerimientos específicos formulados por el órgano externo de control.

Como se advierte del contenido de las normas citadas, las relaciones institucionales y funcionales entre las entidades encargadas del control interno y el control externo están referidas principalmente al suministro de información de aquella a esta para el cumplimiento de las funciones a cargo de la segunda, pero no hay una armonización normativa para el ejercicio de sus competencias, considerando la concepción legal de un sistema de control estructurado sobre dos ejes articuladores, con lo cual se pueden generar duplicidades innecesarias e inconvenientes, que pueden llevar incluso a pronunciamientos contradictorios.

4.2. Brasil

El art. 74 de la Constitución dispone que los poderes legislativo, ejecutivo y judicial mantendrán, de forma integrada, sistemas de control interno con la finalidad de evaluar el cumplimiento de las metas previstas en el plan plurianual, la ejecución de los programas de gobierno y de los presupuestos de la Unión; comprobar la legalidad y evaluar los resultados, en cuanto a su eficacia y eficiencia de la gestión presupuestaria, financiera y patrimonial de los órganos y entidades de la administración federal, así como de la aplicación de los recursos públicos por entidades de derecho privado; ejercer control de las operaciones de crédito, avales y garantías, así como de los derechos y haberes de la Unión; apoyar el control externo en el ejercicio de su misión institucional.

La Contraloría General de la Unión (CGU) es el órgano del Poder Ejecutivo Federal directamente vinculado a la Secretaría de la Presidencia de la República, responsable de las funciones de control interno, corrección, auditoría y prevención de la corrupción. Además de fiscalizar el uso de dineros públicos y promover auditorías, también es responsable de llevar a cabo acciones encaminadas a fo-

mentar la transparencia y prevenir la corrupción (Ley 10.683 del 28 de mayo de 2003).

El objetivo de la CGU no consiste sólo en detectar casos de corrupción, sino, además, anticipándose a ellos, en tratar de crear medios de prevenir que se produzcan. Ese órgano abarca también la función de corrección, que consiste en las actividades relacionadas con la investigación de posibles irregularidades cometidas por funcionarios públicos y la aplicación de las sanciones que correspondan. Además de su órgano central, establecido en el Distrito Federal, la CGU posee también representaciones en todas las demás unidades de la Federación brasileña, en virtud de las acciones descentralizadas que lleva a cabo.

El ejercicio del control interno, que está a cargo de la Secretaría Federal de Control Interno como órgano central del sistema, las unidades sectoriales (las secretarías de control interno de la Presidencia de la República, los Ministerios de Relaciones Exteriores y Defensa, la Abogacía General de la Unión y la auditoría interna del Banco Central de Brasil y los centros de control interno de los comandos militares) y las UAI de los órganos y entidades del poder ejecutivo federal como órganos auxiliares, debe seguir las orientaciones normativas de la CGU.

Conforme a la Instrucción Normativa MP/CGU núm. 01/2016 el control interno debe ejercerse conforme a las siguientes líneas de actuación:

- 1. Primeira linha, que compreende as atividades da gestão operacional relacionadas ao gerenciamento de riscos e de controles internos com vistas a fornecer segurança razoável quanto ao alcance dos objetivos institucionais.*
- 2. Segunda linha, que compreende as funções de gestão relativas ao assessoramento, à coordenação, à supervisão e ao monitoramento das atividades de gerenciamento de riscos e controles internos executadas no âmbito da primeira linha.*
- 3. Terceira linha, representada pela função de auditoría interna, que atua com base nos pressupostos de independência e objetividade, com o propósito de adicionar e proteger valor, melhorar as operações e contribuir para o alcance dos objetivos organizacionais, mediante prestação de serviços de avaliação e de consultoria sobre os processos de governança, gerenciamento de riscos e controles internos.*

El art. 50 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas establece que, en apoyo del control externo, los órganos integrantes del SCI deberán realizar auditorías a las cuentas de los responsables sobre su control, emitiendo informe, certificado de auditoría y opinión, así como alertar formalmente a las autoridades administrativas competentes para que promuevan procedimientos de rendiciones de cuentas especiales, siempre que tengan conocimiento de hechos que den lugar a su solicitud.

No obstante, en las normas de auditoría del Tribunal de Cuentas de la Unión, al explicar la relación entre el control externo y el control interno, se indica que, aunque este tiene el deber constitucional de apoyar el control externo, no hay una relación jerárquica entre ellos, sino que son controles complementarios, sin que en dichas normas se precise el alcance de esa complementariedad más allá de lo previsto en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal.

En todo caso, el órgano de control interno competente debe enviar o poner a disposición del Tribunal, en cada ejercicio, por medio de acceso a base de datos informatizada, la lista de los responsables y sus cambios, con indicación de la naturaleza de la responsabilidad de cada uno, además de otros documentos e informaciones necesarias, en la forma prescrita por el Tribunal.

Ahora bien, tanto la norma constitucional citada en precedencia como la Ley Orgánica disponen que los responsables del control interno, al tener conocimiento de cualquier irregularidad o ilegalidad, tienen la obligación de poner en conocimiento de ellas al Tribunal de Cuentas de la Unión, bajo pena de responsabilidad solidaria, la cual se hará efectiva si luego se advierte la omisión en una inspección o auditoría o en el juzgamiento de cuentas.

En la comunicación que se remita al Tribunal, el director del órgano competente indicará las providencias tomadas para evitar la ocurrencia de hechos semejantes.

Finalmente, las cuentas del gobierno federal, que son examinadas por el Tribunal, deben venir acompañadas del informe del órgano central del SCI del poder ejecutivo sobre la ejecución presupuestal y los demás informes exigidos por la legislación.

4.3. Chile

La Ley 10.336 de 1964 establece la organización de oficinas especiales de control por parte de los servicios sometidos a la fiscalización de la Contraloría General, de acuerdo con la naturaleza y modalidades propias de cada entidad, cuyos contralores, inspectores, auditores o empleados con otras denominaciones que tengan a su cargo estas labores quedan sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría General.

Según esa atribución, la Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado, Decreto-Ley 1.263 del 21 de noviembre de 1975, modificada mediante la Ley 20.255 de 2008, dispuso que los métodos y procedimientos de análisis y auditoría que apliquen las unidades de control interno y el servicio de tesorerías se sujetarán a las instrucciones que sobre la materia imparta la Contraloría General, a fin de mantener la uniformidad y coordinación del sistema de control financiero del Estado.

En función de lo anterior, el art. 1 de la Ley 19.817 de 2002, que adicionó el art. 21A a la Ley 10.336 de 1964, dispuso que el Contralor General establezca las normas que regularán la forma, el plazo y las modalidades de las auditorías que le corresponda efectuar al organismo fiscalizador, dentro de las cuales se incluirán aquellas con el objeto de evaluar los sistemas de control interno de los servicios y entidades.

Por otra parte, mediante el Decreto Supremo 12 de 1997, modificado por el Decreto Supremo 147 de 2005, ambos del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, se creó el Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno (CAIGG) como un órgano asesor del Presidente de la República en materias de auditoría interna, control interno y probidad administrativa.

Su función consiste en desarrollar una coordinación técnica de la actividad de las UAI de los servicios públicos dependientes o relacionados con el ejecutivo, apoyar la generación y mantenimiento de ambientes adecuados de control, elaborar documentación técnica, prestar orientación general y asesoría en tales materias, y efectuar un seguimiento permanente de los objetivos de control definidos en cada nivel de la Administración.

Acorde con sus atribuciones, el CAIGG ha determinado que el control interno se base en la aplicación del Marco COSO I emitido por la Organización COSO con el objetivo de proporcionar un grado de aseguramiento razonable en cuanto al logro de los objetivos relativos a las operaciones, información financiera y cumplimiento. Si bien el Decreto Supremo Núm. 12 no los especifica el CAIGG ha desarrollado su labor en torno a los cinco componentes del modelo COSO: ambiente de control, evaluación de riesgos, actividades de control, información y comunicación, y supervisión.

Las auditorías internas se basan en la aplicación de las normas de auditoría interna emitidas por el Colegio de Contadores de Chile a nivel nacional, y aquellas dictadas por *The Institute of Internal Auditors* a nivel internacional, todas las cuales deberán ser aplicadas al sector público para ayudar a los objetivos de cada organismo público y mejorar la eficacia de los procesos de gestión de riesgos, control y gobierno.

4.4. México

El control interno en México se encuentra regulado en el acuerdo por el que se emiten las disposiciones y el manual administrativo de aplicación general en materia de control interno, proferido por la Secretaría de la Función Pública, establecido como una responsabilidad administrativa de cada una de las instituciones del Estado, que hace parte de la ejecución del sistema de control, fiscalización y auditoría del Estado, cuya finalidad primordial consiste en crear las condiciones para el ejercicio del control externo a cargo de la Contraloría General del Estado (CGE) y constituye un proceso aplicado por la máxima autoridad, la dirección y el personal de cada institución.

El objeto del control interno entendido en ese contexto es proporcionar una seguridad razonable sobre la consecución de las metas y objetivos institucionales y la salvaguarda de los recursos públicos, así como para prevenir actos contrarios a la integridad. En correspondencia con el modelo COSO los elementos que conforman el SCI son ambiente de control; administración de riesgos; actividades de control; información, comunicación, supervisión y

mejora continua, a través de cuya implementación se pretenden lograr los siguientes objetivos: (a) eficacia, eficiencia y economía de las operaciones, programas y proyectos (operación); (b) confiabilidad, veracidad y oportunidad de la información financiera, presupuestaria y de operación (información); (c) cumplimiento: observancia del marco legal, reglamentario, normativo y administrativo aplicable a las Instituciones (cumplimiento); y (d) protección de los recursos públicos y prevención de actos de corrupción (salvaguarda).

Para los propósitos de esta obra, importa destacar que dentro del componente de la administración de riesgos del SCI, la regulación mexicana señala que debe considerarse la posibilidad de ocurrencia de actos de corrupción, fraudes, abuso, desperdicio y otras irregularidades relacionadas con la adecuada salvaguarda de los recursos públicos al identificar, analizar y responder a los riesgos asociados, principalmente a los procesos financieros, presupuestales, de contratación, de información y documentación, investigación y sanción, trámites y servicios internos así como externos.

La administración debe responder a los riesgos de corrupción, mediante el mismo proceso de respuesta general y acciones específicas para atender todos los riesgos institucionales analizados. Esto posibilita la implementación de controles anticorrupción en la institución. Dichos controles pueden incluir la reorganización de ciertas operaciones y la reasignación de puestos entre el personal para mejorar la segregación de funciones.

Para el ejercicio del control interno las instituciones del Estado podrán contar con una UAI cuando se justifique, que dependerá técnicamente de la CGE, que para su creación o supresión emitirá informe previo. El personal auditor, con las excepciones legales, será nombrado, removido o trasladado por el Contralor General del Estado y las remuneraciones y gastos para el funcionamiento de las UAI serán cubiertos por las propias instituciones del Estado a las que ellas sirven y controlan.

Con el fin de prestar asesoría y realizar la evaluación integral de la institución, el personal de auditoría interna de gestión deberá ser de carácter multidisciplinario. La auditoría interna se ejecutará de

acuerdo con las normas nacionales e internacionales de auditoría aplicables al sector público. Por disposición expresa del Contralor General del Estado o de la máxima autoridad que ejerza la representación legal de la Institución, la respectiva UAI ejecutará auditorías y exámenes especiales de conformidad con lo establecido en esta Ley.

Los auditores de esta unidad actuarán individual o colectivamente, con criterio independiente respecto a la operación o actividad auditada y no intervendrán en la autorización o aprobación de los procesos financieros, administrativos, operativos y ambientales. Los auditores de la CGE no efectuarán labores de auditoría en instituciones del Estado en las que hubieren prestado sus servicios dentro de los últimos cinco años, excepto en calidad de auditor interno. Tampoco auditarán actividades realizadas por su cónyuge, por sus parientes comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni cuando existiere conflicto de intereses.

La CGE prestará su asesoría y asistencia técnica a las UAI de gestión en donde orientará y coordinará la preparación de su Plan Anual de Trabajo, el cual deberá ser presentado a la CGE hasta el 30 de septiembre de cada año.

4.5. Perú

De acuerdo con el art. 7 de la Ley 27.785, el control interno, como parte del sistema de control gubernamental, comprende las acciones de cautela previa, simultánea y de verificación posterior que realiza la entidad sujeta a control, con la finalidad de que la gestión de sus recursos, bienes y operaciones se efectúe correcta así como eficientemente. Su ejercicio es previo, simultáneo y posterior.

El control interno previo y simultáneo compete exclusivamente a las autoridades, funcionarios y servidores públicos de las entidades como responsabilidad propia de las funciones que les son inherentes, sobre la base de las normas que rigen las actividades de la organización y los procedimientos establecidos en sus planes, reglamentos, manuales y disposiciones institucionales, los que contienen las po-

líticas y métodos de autorización, registro, verificación, evaluación, seguridad y protección.

El control interno posterior es ejercido por los responsables superiores del servidor o funcionario ejecutor, en función del cumplimiento de las disposiciones establecidas, así como por el órgano de control institucional según sus planes y programas anuales, evaluando y verificando los aspectos administrativos del uso de los recursos y bienes del Estado, al igual que la gestión y ejecución llevadas a cabo, en relación con las metas trazadas y resultados obtenidos.

Según la Ley 28.716, el SCI es el conjunto de acciones, actividades, planes, políticas, normas, registros, organización, procedimientos y métodos, incluyendo la actitud de las autoridades y el personal, para la consecución de los siguientes objetivos:

1. Promover y optimizar la eficiencia, eficacia, transparencia y economía en las operaciones de la entidad, así como la calidad de los servicios públicos que presta.
2. Cuidar y resguardar los recursos y bienes del Estado contra cualquier forma de pérdida, deterioro, uso indebido y actos ilegales, así como, en general, contra todo hecho irregular o situación perjudicial que pudiera afectarlos.
3. Cumplir la normatividad aplicable a la entidad y sus operaciones.
4. Garantizar la confiabilidad y oportunidad de la información.
5. Fomentar e impulsar la práctica de valores institucionales.
6. Promover el cumplimiento de los funcionarios o servidores públicos de rendir cuenta por los fondos y bienes públicos a su cargo y/o por una misión u objetivo encargado y aceptado.

Siguiendo al modelo COSO, esa regulación dispone que los componentes del SCI son el ambiente de control, la evaluación de riesgos, las actividades de control gerencial, las actividades de prevención y monitoreo, los sistemas de información y comunicación, adicionando como propios de la legislación peruana el seguimiento de resultados y los compromisos de mejoramiento.

Con posterioridad, la Ley 29.555 dispuso la incorporación progresiva de las plazas y del presupuesto del personal de los Órganos de Control Institucional (OCI) a la Contraloría General, con el objetivo de fortalecer la independencia del control gubernamental. Hasta antes de esta reforma, el OCI debía estar ubicado en el mayor nivel jerárquico de la estructura de la entidad, como la unidad especializada responsable de llevar a cabo el control gubernamental en ella, cuyo titular tenía la obligación de cautelar la adecuada implementación del órgano de auditoría interna y la asignación de recursos suficientes para la normal ejecución de sus actividades de control, de acuerdo con las disposiciones que sobre el particular dictara la Contraloría General.

El citado órgano mantenía una relación funcional con la Contraloría General, efectuando su labor de conformidad con los lineamientos y políticas que para tal efecto estableciera el organismo superior de control. El jefe del órgano de auditoría interna mantenía una vinculación de dependencia funcional y administrativa con la Contraloría General, en su condición de ente técnico rector del sistema, sujetándose a sus lineamientos y disposiciones. En el desempeño de sus labores, actuaba con independencia técnica dentro del ámbito de su competencia.

En todo caso, sigue siendo responsabilidad del titular de cada entidad fomentar así como supervisar el funcionamiento y confiabilidad del control interno para la evaluación de la gestión y el efectivo ejercicio de la rendición de cuentas, propendiendo a que este contribuya con el logro de la misión y objetivos de la entidad a su cargo. El titular de la entidad está obligado a definir las políticas institucionales en los planes y/o programas anuales que se formulen, los que serán objeto de las verificaciones a que se refiere la Ley 27.785.

4.6. Análisis comparado

Los sistemas de control interno de los países de referencia de la región tienen diseños institucionales que, en términos generales, se acercan a los componentes del modelo COSO, aunque, considerando las características de cada uno, es imposible establecer un patrón estandarizado entre ellos.

De los casos revisados en la región, el que se aparta de ese modelo es el de Brasil, el cual tiende a parecerse más al modelo de España, en la medida en que, en función de las finalidades del control interno definidas constitucionalmente, su regulación centra su ejercicio en la realización de actividades de auditoría y fiscalización, más que en la prevención y la gestión de riesgos, de tal manera que el control interno no es concebido como un sistema sino como una función de verificación y comprobación.

Dada su proximidad conceptual con el modelo COSO, ninguno de los casos analizados, incluyendo el de Brasil, a pesar de tener una aproximación diferente al control interno, tiene un foco particularmente dirigido a la prevención de la corrupción, incluyendo aquella ligada a la criminalidad organizada transnacional.

En todo caso, a juzgar por las características de los regímenes que fueron examinados: objeto del control interno, objetivos específicos, componentes o elementos configurativos y diseño orgánico para su ejercicio, podría afirmarse que se ha hecho una incorporación exitosa de las mejores prácticas internacionales en la materia, y en esa medida sus impactos deberían verse reflejados en el cumplimiento de los objetivos de sus administraciones públicas. Ello supondría que han desarrollado capacidades para contrarrestar los riesgos de corrupción, incompetencia e impunidad.

Sin embargo, las cifras sobre corrupción y los indicadores de desarrollo en esos países dejan entrever que el control interno no ha hecho lo suyo para prevenir la corrupción, el despilfarro y la mala gestión, dando lugar a que el sector público sea percibido como un lastre para el desarrollo y competitividad de la economía, situación que invita a proponer cambios en la manera en que este control es ejercido.

El principal problema parecería ser el carácter formalista con que se ha asumido el ejercicio del control, centrado en aplicarse a las verificaciones de listas de chequeo de cumplimiento de procedimientos de gestión, desatendiendo a los resultados y los impactos generados con la utilización de los recursos públicos, lo cual es producto del mantenimiento de la racionalidad burocrática inherente a la degeneración del modelo weberiano de administración pública.

Como señala Serrano (2016):

[...] existe evidencia para explicar esta problemática como una inadecuación o anacronicidad entre un modelo administrativo de corte burocrático racional que sobreabunda en el legalismo, busca controlar la invariancia de los resultados y disciplinar los comportamientos. Este modelo desemboca en una pérdida general de eficacia y, desafortunadamente, en saldos negativos en aquellas mismas materias que se supone que están siendo controladas.

Esta conclusión lleva a afirmar que la manera como se ha implementado el control interno en los países de la región, a pesar de que su diseño normativo e institucional responde a las mejores prácticas reconocidas internacionalmente, no ha logrado el propósito de identificar y gestionar los riesgos que impiden el logro de los objetivos y las metas institucionales, y esa disfunción ha hecho que tampoco se haya avanzado en el frente de la prevención de la corrupción, a pesar de que la misma se encuentra incorporada como uno de los principios del modelo COSO en el componente de la administración de riesgos. En el apartado de conclusiones y recomendaciones se pondrán algunas alternativas para superar estas disfuncionalidades.

5. EL SISTEMA COLOMBIANO

Desde la expedición de la Ley 87 de 1993 se tiene definido al control interno como el sistema integrado por el esquema de organización y el conjunto de los planes, métodos, principios, normas, procedimientos y mecanismos de verificación y evaluación adoptados por una entidad, con el fin de procurar que todas las actividades, operaciones y actuaciones, así como la administración de la información y los recursos, se realicen de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes dentro de las políticas trazadas por la dirección y en atención a las metas u objetivos previstos.

La definición legal deja en claro que el control interno recae sobre la planeación y la gestión de la administración pública. Por ello, el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, al propiciar un modelo administrativo más efectivo, no solamente dispuso integrar en un solo Sistema de Gestión los Sistemas de Gestión de Calidad y de Desarrollo.

llo Administrativo, sino que ordenó que aquel se articulara con los Sistemas Nacional e Institucional de Control Interno, de tal manera que permita el fortalecimiento de los mecanismos, métodos y procedimientos de control en los organismos y entidades del Estado.

En ese orden de ideas, ese Sistema de Gestión tiene por objeto dirigir la gestión pública al mejor desempeño institucional y a la consecución de resultados para la satisfacción de las necesidades y el goce efectivo de los derechos de los ciudadanos, en el marco de la legalidad y la integridad. Para lograr ese objeto, se ha diseñado un marco de referencia, denominado Modelo Integrado de Planeación y Gestión (MIPG), cuya finalidad es la de generar resultados que atiendan los planes de desarrollo y resuelvan las necesidades y problemas de los ciudadanos, con integridad y calidad en el servicio³.

Como quiera que el MIPG está orientado a la promoción del mejoramiento continuo de las entidades, es necesario que ellas establezcan acciones, métodos y procedimientos de control y de gestión del riesgo, a través de su prevención y evaluación. Y allí es donde aparece el Control Interno como la herramienta clave para asegurar razonablemente que las demás dimensiones del Modelo cumplan su propósito.

El control interno sigue operando a través del Modelo Estándar de Control Interno (MECI), sólo que ahora, como ya se indicó, se encuentra articulado directamente al Sistema de Gestión como una

³ El MIPG tiene los siguientes objetivos:

- (1) Fortalecer el liderazgo y el talento humano bajo los principios de integridad y legalidad, como motores de la generación de resultados de las entidades públicas.
- (2) Agilizar, simplificar y flexibilizar la operación de las entidades para la generación de bienes y servicios que resuelvan efectivamente las necesidades de los ciudadanos.
- (3) Desarrollar una cultura organizacional fundamentada en la información, el control y la evaluación, para la toma de decisiones y la mejora continua.
- (4) Facilitar y promover la efectiva participación ciudadana en la planeación, gestión y evaluación de las entidades públicas.
- (5) Promover la coordinación entre entidades públicas para mejorar su gestión y desempeño.

dimensión del MIPG. En función de esa articulación, la estructura del MECI se sigue fundamentando en los cinco componentes del Modelo COSO: ambiente de control; administración del riesgo; actividades de control, información y comunicación; y actividades de monitoreo.

Esta estructura está acompañada de un esquema de asignación de responsabilidades y roles para la gestión del riesgo y el control, el cual se distribuye en diversos frentes, denominados líneas de defensa, así: línea estratégica, conformada por la alta dirección y el equipo directivo; primera línea, conformada por los gerentes públicos y los líderes de proceso; segunda línea, integrada por servidores responsables de monitoreo y evaluación de controles y gestión del riesgo⁴; y tercera línea, conformada por la oficina de control interno.

En función de lo anterior, el alcance que actualmente tienen los componentes del MECI es el siguiente:

5.1. Ambiente de control

Cada entidad debe asegurar un ambiente de control que le permita disponer de las condiciones mínimas para el ejercicio del control interno. Esto se logra si, con el liderazgo y los lineamientos de la alta dirección y del Comité Institucional de Coordinación de Control Interno, todos los colaboradores de la entidad demuestran su compromiso con la integridad del servicio, el Comité cumple con sus funciones de supervisión del desempeño del SCI y de adopción de las mejoras a que haya lugar, la alta dirección asume la responsabilidad y el compromiso de establecer los niveles de responsabilidad y autoridad apropiados para la consecución de los objetivos del SCI, las actividades de gestión del talento humano están alineadas con los objetivos de la entidad y se tienen definidas y asignadas las responsabilidades para la gestión de los riesgos y del control en personas idóneas.

⁴ Tales como jefes de planeación, supervisores e interventores de contratos o proyectos, miembros de comités de riesgos, integrantes de comités de contratación, entre otros.

Para fortalecer el ambiente de control es necesario que desde la dimensión de Direccionamiento Estratégico y Planeación del MIPG se establezcan las pautas para implementar y fortalecer el SCI, como prioridad de la alta dirección, diseñando los controles necesarios para que la planeación y su ejecución se lleven a cabo de manera eficiente, eficaz, efectiva y transparente.

A partir de la dimensión de Gestión con Valores para Resultados se asegura que la estructura organizacional, los procesos de la cadena de valor y los de apoyo, el uso de los bienes muebles e inmuebles, el suministro de servicios internos, la ejecución presupuestal y la focalización de los recursos, estén en función del cumplimiento de los propósitos de la entidad y de atender lo previsto en la planeación institucional, de forma eficiente.

Finalmente, es necesario que una adecuada Gestión Estratégica del Talento Humano asegure que la selección, la capacitación, la evaluación del desempeño y la calidad de vida laboral, se conviertan en herramientas adecuadas para el ejercicio de las funciones y responsabilidades y en condición mínima para facilitar el autocontrol por parte de cada servidor.

La Gestión Estratégica del Talento Humano debe igualmente contemplar las directrices para la toma de decisiones frente al talento humano, en especial sobre aquellos aspectos que tienen que ver con su preparación y responsabilidad frente al SCI, y sobre los parámetros éticos y de integridad que han de regir todas las actuaciones de los servidores públicos.

5.2. Administración del riesgo

El segundo componente de la estructura del MECI es la gestión de los riesgos institucionales, que comprende la identificación, evaluación y gestión de los eventos potenciales, tanto internos como externos, que puedan afectar el logro de los objetivos institucionales, tanto positiva como negativamente. Los de impacto negativo pueden interferir en la creación de valor o bien afectarlo de forma importante, en tanto que pueden lesionar la imagen institucional, así como

entorpecer la operación, la estrategia u otros aspectos relacionados con la prestación del servicio.

En la dimensión de Direccionamiento Estratégico y Planeación, el representante legal y la alta dirección deben definir los lineamientos para la administración del riesgo de la entidad; el equipo directivo debe identificar aquellos riesgos que impidan el logro de su propósito fundamental y las metas estratégicas.

La política para la gestión del riesgo se constituye en una política de operación para la entidad, por lo que la misma es aplicable a todos los procesos, proyectos y programas especiales. Para su definición se requiere contar con una visión sistémica y estratégica de las operaciones, se deben analizar los principales factores internos y externos de acuerdo con el entorno de la entidad, los riesgos a nivel estratégico y su evaluación, aspectos que dan línea a toda la entidad en la identificación de los riesgos a todos los niveles.

5.3. Actividades de control

El tercer componente del MECI hace referencia a la implementación de controles, esto es, de los mecanismos para dar tratamiento a los riesgos, mediante la determinación de las acciones que contribuyan a mitigar los riesgos, la definición de los controles en materia de TIC, la implementación de políticas de operación mediante procedimientos u otros mecanismos que den cuenta de su aplicación en materia de control.

Para fortalecer el desarrollo de las actividades de control es fundamental el marco estratégico, que traza la hoja de ruta para la ejecución de las acciones a cargo de toda la entidad, y es determinante para encaminarla al logro de los objetivos, metas, programas y proyectos institucionales. A su turno, en cada uno de los aspectos de la dimensión de gestión para resultados, los responsables deberán adoptar mecanismos de control encaminados a asegurar el cumplimiento de las leyes y las regulaciones, la eficacia y la eficiencia operacional de la entidad y la corrección oportuna de las deficiencias.

La existencia, aplicación y efectividad de tales controles se verifica a través de la autoevaluación y se comprueba por medio de la audito-

ría interna. Para asegurar que el personal de la entidad transite por ese mismo camino, la alta dirección de la entidad debe hacer seguimiento a la adopción, implementación y aplicación de los controles por parte de los responsables de la gestión, así como disponer de los medios, mecanismos y procedimientos de control que aseguren que sus competencias se ejerzan y las actividades se lleven a cabo eficaz y eficientemente para la obtención de los resultados pretendidos.

5.4. Información y comunicación

El cuarto componente del MECI es el control a la información y la comunicación organizacional, en el cual se verifica que las políticas, directrices y mecanismos de consecución, captura, procesamiento y generación de datos dentro y en el entorno de cada entidad, satisfagan la necesidad de divulgar los resultados, de mostrar mejoras en la gestión administrativa y procurar que la información y la comunicación de la entidad y de cada proceso sea adecuada a las necesidades específicas de los grupos de valor y grupos de interés.

5.5. Actividades de monitoreo

Por último, el quinto componente consiste en la implementación de las actividades de monitoreo y supervisión continua en la entidad, las cuales se pueden dar en el día a día de la gestión institucional o a través de evaluaciones periódicas (autoevaluación, auditorías), y su propósito es valorar la efectividad del control interno de la entidad pública, la eficiencia, eficacia y efectividad de los procesos, el nivel de ejecución de los planes, programas y proyectos y los resultados de la gestión, con el propósito de detectar desviaciones, establecer tendencias, y generar recomendaciones para orientar las acciones de mejoramiento de la entidad pública.

La aplicación de evaluaciones continuas y/o independientes para determinar el avance en el logro de la mega estratégica, los resultados y los objetivos propuestos, así como la existencia y operación de los componentes del SCI, permite detectar y comunicar las deficiencias de control interno de forma oportuna a las partes responsables

de corregir en tiempo real las desviaciones encontradas frente al logro de las metas y objetivos planeados.

La evaluación de los controles internos, como objeto del MECI en este modelo de control articulado con el MIPG, debe conducir a la identificación de los controles débiles, insuficientes o innecesarios, para promover su robustecimiento, mediante la verificación por parte de la Oficina de Control Interno de la aplicación de las actividades de control que conforman las dos primeras líneas de defensa del MIPG.

La auditoría interna debe (a) evaluar la calidad de los controles aplicados en función de su efectividad para el logro de los objetivos, metas, programas y proyectos institucionales, incluyendo la identificación y valoración de la efectividad de las acciones de mejora continua; y (b) determinar el alcance y la frecuencia de las evaluaciones de riesgos efectuadas y la eficacia de los procedimientos de supervisión.

Por lo anterior, la auditoría interna debe entrar a verificar:

1. La autoevaluación periódica de cada responsable de área sobre el funcionamiento de sus controles internos y la implementación de acciones para su mejoramiento.
2. La revisión periódica de los controles internos por parte de la alta dirección, la gerencia operativa y el comité coordinador del SCI.
3. La toma de decisiones por parte de los responsables tendientes al fortalecimiento de los controles en los casos de información sobre debilidades detectadas.
4. La revisión y aseguramiento por parte de la alta dirección de la entidad de la atención de las observaciones y recomendaciones por parte de la gerencia operativa.

La evaluación independiente efectuada por medio de las auditorías practicadas por la oficina de control interno debe proporcionar información objetiva sobre la efectividad de los controles, así como de los procedimientos de supervisión y seguimiento del sistema de control; su adelantamiento por parte de los auditores internos puede ser complementado por especialistas de otros campos cuando así se requiera.

Al estudiar y evaluar el control interno, el auditor deberá obtener y conocer información que le permita determinar posibles riesgos, deficiencias e inconsistencias, e inclusive irregularidades que impliquen la vulneración del marco jurídico de actuación de la entidad y/o la afectación de la integridad de su patrimonio.

El análisis que se haga en la evaluación del control interno debe realizarse bajo los parámetros de importancia relativa así como de materialidad y sus resultados deben darse a conocer a sus destinatarios acompañados de las recomendaciones para que la administración tome las medidas preventivas pertinentes y se proyecte su eficacia en los ajustes que sean necesarios en la estructura y en los procedimientos de las dos primeras líneas de defensa del SCI.

En ese orden de ideas, la auditoría interna a la primera línea de defensa deberá enfocarse en verificar la existencia, aplicación y efectividad de los controles sobre las actividades que conforman las dimensiones del MIPG.

Por su parte, la auditoría a la segunda línea de defensa está enfocada en la evaluación de la gestión de riesgos, de manera que se describan los riesgos más relevantes a que está expuesta la entidad y se establezca si han sido adecuadamente identificados y si se han formulado las estrategias y adelantado las acciones preventivas y correctivas para su tratamiento apropiado por parte de los responsables.

Ello implica que, si a ello hubiere lugar, deben indicarse las deficiencias en la identificación de los riesgos institucionales, las causas, procesos y áreas o dependencias con debilidades de control interno y mayor exposición a riesgos, establecidos en los hallazgos de auditoría.

De conformidad con la explicación precedente de la estructura del MECI, se infiere que sus componentes, en especial, el de supervisión y monitoreo, al poner en evidencia oportuna las desviaciones halladas en la gestión, debería permitir tomar medidas preventivas de conductas que pudieran llegar a ser contrarias a la legalidad y en esa medida reducir las probabilidades de que se cometan actos de corrupción en el ejercicio de la función administrativa, así no tenga esa finalidad explícita.

Empero, la evidencia de que el propósito del control interno no se ha podido lograr pone de presente que el refinamiento del diseño institucional, contrario a todo lo explicado en precedencia, tan solo se ha traducido en un SCI que ha desarrollado un conjunto de tecnologías de control que se basan en la normalización de las conductas y la mecanización de los procesos, cuya gestión del conocimiento está referida y es eficaz para el óptimo cumplimiento endógeno de aquello que se controla y no a la producción y satisfacción de las expectativas sociales de bienes y servicios públicos.

Además, existe una tendencia en el SCI hacia la conservación y no a la innovación, a privilegiar el cumplimiento formal y no sustantivo, así como a aprovechar el conocimiento para retroalimentar la racionalidad burocrática, cuando las condiciones del medio social, cultural, político y económico de la actualidad impulsan a la creación de valor público por parte del SCI, que tiene efectos sobre la democracia, la participación y el combate a la corrupción.

En esa medida, al igual que acontece en la región, en el caso colombiano se advierte que la aplicación del modelo de control interno no ha surtido el resultado que se esperaba de su implementación, a pesar de los esfuerzos realizados para mejorar componentes de su diseño, como el proceso de selección de los jefes de las oficinas de control interno y la articulación del MECI al MIPG. No obstante, esa nueva construcción institucional puede ser adecuadamente aprovechada, de manera que, a partir de la misma, en el siguiente capítulo se propondrán algunas recomendaciones en procura del mejoramiento en la operación del SCI, que de lograrse impactaría en la reducción de la penetración de la corrupción en la gestión pública.

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES PARA AMÉRICA LATINA Y COLOMBIA

6.1. Recomendaciones para América Latina

Desde la perspectiva regional, es necesario subrayar que el control interno incumbe a todos los funcionarios que hacen parte de las entidades y organismos que integran la administración pública,

empezando por quienes conforman sus máximos órganos de gobierno, de manera que no se trata de una función asignada a una unidad concreta, de la que el resto de la organización se desentienda o la asuma de forma pasiva. Es tarea de todos, que la asumen en persona, y especialmente de quienes forman parte de los órganos de gobierno y dirección de cada entidad.

El control interno es un proceso que permite alcanzar un fin, que es el de asegurar la consecución de unos objetivos. Esto supone que el control y las actuaciones en que se materialice deberían ser siempre consecuentes con los objetivos de la organización. El sistema de control interno debe asegurar, de manera razonable (pues la seguridad absoluta nunca puede darse) que la organización cumpla sus objetivos.

Hay, por tanto, tres categorías de objetivos a los que el control interno debe servir: (a) objetivos operativos, que se concretan en actuar de manera eficaz y eficiente; (b) objetivos de información, consistentes en que tanto la información (financiera o no) que maneja la entidad internamente como la que proporciona al exterior sea adecuada y veraz; y (c) objetivos de cumplimiento, que se materializan en una actuación respetuosa con el cumplimiento de las leyes que afectan a la entidad.

Frente a este tercer objetivo y dando alcance al Principio 8 del Modelo COSO, es recomendable que se incluya dentro del componente de administración de riesgos la gestión de riesgos de corrupción, asumida como un proceso desarrollado para contextualizar, identificar, analizar, evaluar, atender, monitorear y comunicar los riesgos que por acción u omisión, mediante el abuso del poder y/o el uso indebido de recursos y/o de información, empleo, cargo o comisión, se pueden dañar los intereses de una institución, para la obtención de un beneficio particular o de terceros, en aquellos procesos o temáticas relacionados con áreas financieras, presupuestales, de contratación, de información y documentación, investigación y sanción, trámites y/o servicios internos y externos.

Para que el control interno logre sus objetivos y trascienda al formalismo que lo ha caracterizado y que ha limitado el alcance de su capacidad preventiva se debería acometer el cambio cultural que el

COSO III prevé: “la cultura de la organización refuerza el entorno de control, ya que establece una serie de expectativas de comportamiento que reflejan su compromiso de cara a la integridad y a los valores éticos de la organización, a su supervisión, responsabilidad por rendir cuentas y su capacidad de evaluación del desempeño” (COSO, 2013:36).

Ese cambio cultural solamente será posible si las nuevas generaciones de funcionarios que se incorporen a la administración pública llegan con la disposición y la formación para comprender y aplicar todos los componentes del control interno en el nuevo entorno de la administración electrónica, en la cual se recurra al tratamiento masivo de datos que permite la tecnología, que hace factible comprobar con rapidez todas las transacciones realizadas por una entidad, sin necesidad de recurrir a procedimientos de inferencia estadística para obtener conclusiones a partir de pequeñas muestras, y permite incrementar la capacidad de análisis de los auditores, al multiplicarse la potencia de cálculo para realizar distintas selecciones y agregaciones de datos, compararlos, ordenarlos y clasificarlos.

Para lograr este cambio cultural es recomendable buscar un equilibrio razonable entre los objetivos fijados para los distintos niveles organizacionales, los incentivos, los mecanismos de medición y las consecuencias asociadas al cumplimiento o desvíos, ya que un excesivo nivel de presión puede redundar en que se eludan los controles definidos o que, para determinados puestos, resulte ventajoso fraudar reportes de resultados artificiales o que no guarden correspondencia con la realidad.

El cambio cultural no puede darse sin el liderazgo y el compromiso decidido de la alta dirección de las entidades públicas, cuyos miembros son los responsables de establecer un entorno de control eficaz en las organizaciones a su cargo a partir de predicar con el ejemplo, asegurándose de que el talento humano existente cuente con y mantenga un nivel de competencia para desarrollar sus funciones, estableciendo claramente la línea de mando y definiendo los niveles de autoridad y responsabilidad dentro de la estructura organizacional, fijando las líneas para la presentación de informes, adoptando políticas y procedimientos de control basadas en el análisis de riesgos y efectuando una supervisión constante al desarrollo de

las operaciones, para facilitar la detección oportuna de desviaciones, errores u omisiones en los procesos.

6.2. Recomendaciones para Colombia

Por su parte, de manera particular para el caso colombiano, la clave para mejorar la función preventiva del control interno es concretar la pretendida articulación del Modelo Estándar de Control Interno al MIPG mediante la efectiva implementación de las tres líneas de defensa en los ámbitos de autocontrol, administración del riesgo y auditoría interna.

6.2.1. Autocontrol

En cada uno de los componentes de la dimensión de gestión para resultados del MIPG, los responsables deberían adoptar mecanismos de control encaminados a garantizar el cumplimiento de las leyes y las regulaciones, la exactitud e integridad de la información, la eficacia y la eficiencia operacional de la entidad y la corrección oportuna de las deficiencias.

La existencia, aplicación y efectividad de tales controles se debería verificar a través de la autoevaluación en esta primera línea de defensa y se comprobaría por medio de la auditoría interna.

El marco estratégico (direccionamiento y planeación) que contempla el MIPG como su primera dimensión, constituye el andamiaje sobre el cual se afirma el posterior desarrollo de la gestión operativa de la entidad, en la medida en que traza la hoja de ruta para la ejecución de las acciones a cargo de toda la organización y es determinante para encaminarla al logro de los objetivos, metas, programas y proyectos institucionales.

Para asegurarse de que el conjunto del personal de la entidad transite por ese mismo camino, a la alta dirección de la entidad le corresponde hacer seguimiento a la adopción, implementación y aplicación por parte de los responsables de los componentes de la gestión orientada a resultados, de los medios, mecanismos y procedimientos de control que garanticen que sus competencias se ejercen

y las actividades que realizan se llevan a cabo eficaz y eficientemente para la obtención de los resultados pretendidos.

Ello implica que tanto desde el nivel estratégico de la entidad (alta dirección), como desde la gestión (gerencia operativa), deberían establecerse los puntos y las medidas de control que aseguren de manera razonable la generación de información confiable, oportuna y suficiente, la observancia del marco jurídico de actuación de la entidad y la transparencia en el manejo y protección de los recursos públicos.

En función de lo anterior, en las actividades de ejecución de los componentes del marco estratégico y la gestión para resultados del modelo integrado de gestión, deberían adelantarse, al menos, las siguientes acciones de control:

1. Establecer, actualizar, corregir o reforzar puntos y mecanismos de control en todos los procesos, sistemas, programas y proyectos que conforman la gestión de la entidad, con el fin de verificar que estén orientados a la generación de los resultados esperados del desempeño institucional.
2. Efectuar periódicamente mediciones del desempeño institucional en cada uno de los ámbitos que componen el sistema integrado de planeación y gestión, y documentar los resultados y las medidas adoptadas para el mejoramiento de esta última y para la prevención y corrección de las debilidades y deficiencias advertidas.
3. Establecer las medidas conducentes a fin de que la información relevante que se genere sea adecuada para la toma de decisiones y el logro de los objetivos, metas, programas y proyectos, así como para cumplir con las distintas obligaciones a las que la entidad o sus dependencias están sujetas, en los términos de las disposiciones legales y administrativas aplicables.
4. Aplicar acciones específicas de control sobre las operaciones, la confiabilidad de la información financiera y presupuestal y el cumplimiento normativo, tales como: seguimiento y revisión por parte de los responsables de las diversas funciones o actividades, comprobación de la exactitud, totalidad y autorización

pertinente de las transacciones, controles físicos patrimoniales, dispositivos de control para restringir el acceso a los activos y registros, etc.

5. Establecer controles en los procesos en los cuales se obtienen (recaudaciones e ingresos) y se comprometen y aplican (erogaciones y gastos) los recursos financieros de la entidad, con el fin de prevenir desviaciones o sobrecostos y promover la generación de ahorros y recuperaciones y el mejoramiento de la eficiencia de tales procesos.
6. Aplicar controles generales sobre los sistemas automatizados de información, cuyo propósito es asegurar la continuidad de la operación, que pueden consistir, entre otros, en el mantenimiento del hardware y el software, el aseguramiento físico del centro de procesamiento de datos, el soporte técnico, la administración de las bases de datos y el manejo de contingencias.
7. Aplicar controles de aplicación sobre los sistemas automatizados de información, los cuales están referidos a la operación de cada sistema y funcionan para lograr el procesamiento, integridad y confiabilidad de la información, mediante la aplicación de los niveles de autorización y validación correspondiente, así como la interoperabilidad con otros sistemas de los que reciben o a los que entregan información.
8. Establecer canales adecuados de comunicación para que el personal conozca sus responsabilidades sobre el control de sus actividades y genere información y retroalimentación hacia la alta dirección y la gerencia operativa. Así mismo, deberían establecerse canales apropiados de comunicación hacia el exterior como medio idóneo de obtención o suministro de información de/para los usuarios, clientes, proveedores, contratistas y organismos de vigilancia y control.
9. Establecer las medidas necesarias que permitan la identificación, investigación y sanción de las omisiones de los servidores públicos en la aplicación de los mecanismos de control inherentes a las actividades propias de los componentes del sistema integrado de planeación y gestión y del SCI.

6.2.2. Administración del riesgo

Los servidores públicos que ejercen funciones de dirección y supervisión son responsables de llevar a cabo la identificación de los principales riesgos en los procesos sustantivos institucionales en sus respectivos ámbitos de competencia, con el fin de evaluarlos, prevenirlos, administrarlos o corregirlos, de manera que su neutralización o mitigación facilite el cumplimiento de los objetivos, metas, programas y proyectos institucionales.

Así, la administración de los riesgos ha de tener como línea de base el establecimiento de los objetivos tanto de la organización como un todo como de sus actividades relevantes, de manera que aquella se lleve a cabo en relación con los factores que amenacen el cumplimiento oportuno de estos, considerando de manera especial la identificación y gestión de los riesgos específicos asociados con los cambios, tanto los que influyen en el entorno de la entidad como en el interior de la misma.

Teniendo en cuenta el enfoque basado en riesgos, la supervisión y evaluación sistemática sobre las actividades diarias debería permitir observar si efectivamente los objetivos de control se están cumpliendo y si los riesgos se están gestionando adecuadamente, correspondiendo a la alta dirección y a la gerencia operativa determinar si el sistema de control es efectivo o no lo es, y tomar las acciones de mejoramiento y corrección que cada situación exija.

En función de lo anterior, la administración de riesgos implica:

1. Establecer una metodología institucional para realizar la administración de los riesgos.
2. Alinear los riesgos identificados con los objetivos y metas estratégicas de la institución.
3. Definir un procedimiento especial para identificar los riesgos de corrupción, abusos y fraudes que puedan afectar a la entidad.
4. Aplicar la metodología establecida institucionalmente para identificar, evaluar, atender y hacer seguimiento a los riesgos de cada proceso.

5. Documentar formalmente los riesgos que pueden afectar el logro de los objetivos y las metas institucionales.
6. Identificar los factores externos e internos que pueden aumentar la probabilidad y el impacto de los riesgos identificados en los procesos.
7. Identificar y evaluar los cambios internos y externos en los procesos que pueden impactar en la identificación de los riesgos.
8. Establecer formalmente un procedimiento para la asignación de responsabilidades para la mitigación y administración de los riesgos por parte de quienes operan los procesos.
9. Establecer formalmente un procedimiento que establezca la obligación de los responsables de las áreas que intervienen en los procesos de implantar el programa de administración de riesgos; y por último
10. Instrumentar acciones para identificar y reducir los riesgos de corrupción, abusos y fraudes potenciales, inherentes a las operaciones de los procesos, que puedan afectar a la entidad.

De manera particular y frente al alcance de las reflexiones contenidas en la presente obra, como también se ha sugerido para el ámbito regional, es recomendable que en el caso colombiano se incluya dentro del componente de administración de riesgos la gestión de riesgos de corrupción, de manera que tanto en el nivel micro (SCI de cada entidad) como en el macro (comités sectoriales o territoriales de control interno) se cuente con matrices de análisis que permitan establecer y ponderar las situaciones endógenas y exógenas de abuso de poder o uso indebido de recursos, datos o posiciones, que puedan implicar la generación ilícita o indebida de beneficios particulares o la afectación negativa de los intereses de cada entidad o sector en materia financiera, presupuestal, contractual, documental o misional, para evitar su ocurrencia o mitigar su impacto en el evento en que sucedan.

6.2.3. Auditoría interna

La evaluación de los controles internos, como objeto del MECI en este modelo de control articulado con el MIPG, debe conducir

a la identificación de los controles débiles, insuficientes o innecesarios, para promover su robustecimiento, mediante la verificación por parte de la Oficina de Control Interno de la aplicación de las actividades de control que conforman las dos primeras líneas de defensa del MIPG.

En consecuencia, la evaluación independiente efectuada por medio de las auditorías practicadas por la oficina de control interno debería:

1. Evaluar la calidad de los controles aplicados en función de su efectividad para el logro de los objetivos, metas, programas y proyectos institucionales, incluyendo la identificación y valoración de la efectividad de las acciones de mejora continua
2. Determinar el alcance y la frecuencia de las evaluaciones de riesgos efectuadas y la eficacia de los procedimientos de supervisión.
3. Entrar a verificar: (a) la autoevaluación periódica de cada responsable de área sobre el funcionamiento de sus controles internos y la implementación de acciones para su mejoramiento; (b) la revisión periódica de los controles internos por parte de la alta dirección, la gerencia operativa y el comité coordinador del SCI; (c) la toma de decisiones por parte de los responsables tendientes al fortalecimiento de los controles en los casos de información sobre debilidades detectadas; y (d) la revisión y aseguramiento por parte de la alta dirección de la entidad de la atención de las observaciones y recomendaciones por parte de la gerencia operativa.
4. Proporcionar información objetiva sobre la efectividad de los controles, así como de los procedimientos de supervisión y seguimiento del sistema de control (su adelantamiento por parte de los auditores internos puede ser complementado por especialistas de otros campos cuando así se requiera). Al estudiar y evaluar el control interno, el auditor deberá obtener y conocer información que le permita determinar posibles riesgos, deficiencias e inconsistencias, e inclusive irregularidades que impliquen la vulneración del marco jurídico de actuación de la entidad y/o la afectación de la integridad de su patrimonio.

5. Realizarse bajo los parámetros de importancia relativa y materialidad, dándose a conocer sus resultados a sus destinatarios acompañados de las recomendaciones para que la administración tome las medidas preventivas pertinentes y se proyecte su eficacia en los ajustes que sean necesarios en la estructura y en los procedimientos de las dos primeras líneas de defensa del sistema de control interno.

En este orden de ideas, es recomendable que la auditoría interna al autocontrol se enfoque en verificar la existencia, aplicación y efectividad de los controles sobre las actividades que conforman las dimensiones del MIPG, considerando de manera particular los siguientes aspectos:

1. El establecimiento formal de políticas y procedimientos para llevar a cabo las operaciones sustantivas y de apoyo relevantes.
2. La existencia de medios apropiados y seguros para dar a conocer posibles desviaciones o actos de corrupción.
3. La existencia y el conocimiento por parte del personal encargado de su cumplimiento de las metas e indicadores.
4. El cumplimiento de la obligación por parte de todo el personal de rendir cuentas sobre el cumplimiento de sus obligaciones y de las tareas encomendadas.
5. El conocimiento y la aplicación de todas las disposiciones del régimen de carrera administrativa (ingreso, permanencia, promoción, retiro, remuneración, incentivos, bienestar, capacitación, etc.).
6. La descripción de los puestos de trabajo en la que se especifiquen tanto las funciones a desempeñar como las competencias requeridas para ocuparlos.
7. La periodicidad en la revisión y actualización de las políticas, procesos, procedimientos y sistemas.
8. La documentación de las políticas, procesos y procedimientos, su integración en manuales, guías o instructivos y su conocimiento y aplicación por parte del personal.

9. La supervisión sistemática de la aplicación de las políticas y procedimientos y de la evaluación de su cumplimiento.
10. La asignación formal de las atribuciones y responsabilidades de los servidores públicos involucrados en los procesos misionales.
11. La existencia de una revisión periódica de los controles internos por parte de los responsables de los procesos.
12. La adecuada segregación de actividades para evitar que actividades incompatibles se concentren en una misma persona.
13. La existencia y aplicación de procedimientos formales de autorización para proteger el acceso a la información.
14. La atención oportuna de las observaciones y recomendaciones de la oficina de control interno, la Contraloría y los organismos de vigilancia y control.
15. La evaluación de la confiabilidad de los procedimientos de captura, procesamiento, consulta y presentación de la información.
16. La salvaguarda de la integridad y confidencialidad de la información institucional;
17. La revisión y evaluación periódica de la efectividad de los controles internos de los sistemas informáticos de la entidad.
18. El cumplimiento de las disposiciones legales sobre transparencia y acceso a la información pública.
19. La atención a las peticiones, solicitudes, quejas y reclamos de la ciudadanía.
20. La clasificación de la información reservada y confidencial y el manejo documental de acuerdo con las normas de archivística.
21. El soporte de la medición y evaluación del desempeño en la información generada por los sistemas institucionales.
22. La alimentación de los indicadores de desempeño con información institucional confiable y oportuna.

23. La atención oportuna y diligente a los requerimientos de información de la oficina de control interno, de la Contraloría y de los organismos de vigilancia y control.

Por su parte, es también recomendable que la auditoría a la administración de riesgos se enfoque en la evaluación de la gestión de riesgos, de manera que se describan los riesgos más relevantes a que está expuesta la entidad y se establezca si han sido adecuadamente identificados y si se han formulado las estrategias y adelantado las acciones preventivas y correctivas para su tratamiento apropiado por parte de los responsables.

En este sentido, se deberían entrar a verificar los siguientes aspectos: (a) la administración de riesgos de la entidad de acuerdo con los elementos de control definidos en el Manual Técnico del MECI para Colombia o en el documento que lo venga a reemplazar; (b) la existencia de un mapa de riesgos institucional, que permita ubicar su probabilidad de ocurrencia e impacto, así como la prioridad en su atención; (c) la identificación por parte de los responsables de cada objetivo, meta, programa o proyecto, de los principales riesgos que puedan afectar el cumplimiento; (d) el conocimiento de los riesgos por parte del personal involucrado en el logro de las metas y de la forma de minimizar su impacto si se materializan; (e) la alineación de las metas de las áreas con la misión y los objetivos institucionales y el canal de comunicación de las mismas al personal responsable de su cumplimiento; (f) la inclusión de normas de medición o desempeño apropiadas y adecuadas a la naturaleza de los objetivos y metas de los planes y programas de la entidad; y (g) la asignación correcta de responsabilidades con respecto al cumplimiento de los objetivos.

Ello implica también que, si a ello hubiere lugar, deberían indicarse las deficiencias en la identificación de los riesgos institucionales, así como las causas, procesos y áreas o dependencias con debilidades de control interno y mayor exposición a riesgos, identificados en los hallazgos de la auditoría.

En conclusión, mientras que para una adecuada implementación del MECI las evaluaciones deberían ser continuas (constituyéndose en operaciones rutinarias integradas a los diferentes procesos o áreas de la entidad y llevándose a cabo en tiempo real por quienes los lide-

ran), las auditorías internas deberían configurarse como actividades independientes y objetivas de aseguramiento y consulta, concebidas para agregar valor y mejorar las operaciones de la entidad (de manera que al evaluar la eficacia de los procesos de gestión de riesgos, control y gobierno, analicen las debilidades y fortalezas del control y de la gestión, así como el desvío de los avances de las metas y objetivos trazados).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- López, M. & Ortiz, D. (2005). “El control de la gestión económico-financiera de las administraciones públicas”. En: Pifarré, M. (ed.). *La ciencia de la contabilidad*. Barcelona: Universidad de Barcelona.
- Martillo, L. (2008). *Control interno de instrumentos financieros*. Bogotá: Ecoe.
- Mendoza, W., García, Y., Delgado, I. & Barreiro, M. (2021). “El control interno y su influencia en la gestión administrativa del sector público”. *Revista Dominio de las Ciencias*. Vol. 7 (1).
- Miaja, M. (2019). “Presente y futuro del control interno en las administraciones públicas”. *Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos del Control Externo*. Núm. 74. Pp. 85-98.
- Poch, R. (2000). *Manual de control interno*. Barcelona: Ediciones Gestión.
- Restrepo, M. A. (2017). “Articulación del sistema de control interno al modelo integrado de planeación y gestión en el caso colombiano”. Madrid: Memorias del XXII Congreso Internacional del CLAD.
- Serrano, J. A. (2016). *El control interno de la Administración Pública: ¿elemento de estancamiento o de desarrollo organizacional?* México: INAP.

Informes, resoluciones y otros documentos

- COSO. (1992). “Achieving effective internal control over sustainability reporting (ICSR): Building trust and confidence through the COSO Internal Control – Integrated Framework. *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*. https://www.coso.org/_files/ugd/3059fc_a3a66be7a48c47e1a285cef0b1f64c92.pdf.

COSO. (2013). Control Interno – Marco Integrado. *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8ba7cc8040809738ac41ed9515c1560a/3.-+COSO+2013+Resumen+Ejecutivo.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=8ba7cc8040809738ac41ed9515c1560a>.

National Commission. (1987). *Report of the National Commission on Fraudulent Financial Reporting*. Carol Olsen Day.

The Institute of the Internal Auditors. (2020). *El Modelo de las Tres Líneas del IIA 2020*.

Capítulo 2

El control fiscal

DIANA CAROLINA VALENCIA-TELLO*

1. INTRODUCCIÓN

En los Estados modernos, el poder debe estar limitado y controlado conforme estructuras y competencias bien establecidas en los ordenamientos jurídicos para evitar el abuso del poder y garantizar el respeto por los derechos de todos los individuos. En el Estado clásico liberal, la división del poder en las ramas legislativa, ejecutiva y judicial representó una técnica para evitar la centralización de competencias en determinados cargos, y al mismo tiempo, garantizar la especialización de los órganos de gobierno en el desarrollo de las funciones encomendadas. Sin embargo, existen diferentes mecanismos y parámetros para el reparto de competencias y para el ejercicio del control, en los diversos ordenamientos jurídicos, los cuales condicionan la efectividad de los equilibrios de poder en la práctica.

Por su parte, el control externo de la administración pública, o control fiscal es un tipo de control que debe existir en todos los Estados, para efectos de proteger no solo los recursos públicos, sino también la función pública frente a desviaciones de poder, abusos

* Profesora Asociada de Derecho Público de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Post-Doctorado de la Universidad de la Coruña (España). Maestría, Doctorado y Post-Doctorado de la Universidad Federal del Paraná (Brasil). Especialista en Derecho Administrativo y Derecho Ambiental de la Universidad del Rosario. Se ha desempeñado como Subdirectora Administrativa del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Coordinadora del Fondo de Paz – Presidencia de la República de Colombia y Abogada del Departamento Administrativo de la Función Pública, entidades donde participó en la elaboración, aprobación e implementación del Modelo Estándar de Control Interno MÉCI, entre otras actividades.

de autoridad, uso ineficiente o ilegítimo de los recursos públicos, corrupción, entre otros. En este sentido, cada Estado a lo largo de su historia ha determinado la forma particular en que se evalúa y juzga la actividad de los funcionarios públicos y el cumplimiento de metas por parte de los órganos de gobierno.

Algunos países, como Estados Unidos han vinculado el control externo a la rama legislativa, como órgano de apoyo para el control de los congresistas sobre la asignación de recursos y el cumplimiento de las metas por parte del gobierno; mientras que otros Estados como España han vinculado el control externo a la rama judicial para inspeccionar la validez de las cuentas de gobierno. Otros países como el colombiano establecieron al organismo de control externo como un órgano autónomo e independiente, desvinculado de las ramas del poder público.

En la actualidad, se denominan Entidades de Fiscalización Superior (EFS) a los organismos encargados de ejercer el control externo, los cuales tienen a cargo la inspección y vigilancia sobre el apropiado uso de los recursos públicos para lograr las metas de los gobiernos, y en algunos casos, las EFS también tienen a cargo la sanción de conductas ilegítimas y la recuperación de los recursos públicos perdidos. De esta forma, el control fiscal tiene diferentes alcances en cada ordenamiento jurídico, pero en todos los casos es una herramienta fundamental para garantizar el adecuado funcionamiento del Estado, la democracia, la rendición de cuentas a la ciudadanía y el buen uso de los recursos públicos en beneficio de todos.

Por ello, las EFS, tienen diferente denominación, estructura y funciones conforme las particularidades propias de cada país. Así, podemos encontrar EFS organizadas como Tribunal de Cuentas, Contraloría General y Auditoría General, cada una con diferentes competencias para el desarrollo del control fiscal del Estado, el cual puede ser previo y concomitante o posterior y selectivo. Esta diferente denominación suele estar relacionada con dos modelos diferentes de control fiscal en el Estado, conforme la existencia de dos principales tradiciones jurídicas en occidente, las cuales son, por un lado, el modelo de Europa continental y por el otro, el modelo anglosajón.

Así, los Tribunales de Cuentas son comúnmente establecidos en países influenciados por la tradición de Europa continental, que utiliza el control previo, concomitante y posterior; mientras que la Contraloría General y la Auditoría General están más relacionadas con el modelo anglosajón, que se enfoca mucho más en el control posterior y selectivo. En este orden de ideas, cada ordenamiento jurídico tiene instituidas diferentes formas de control, las cuales dependen no solo de las reglas formales, sino también de las tradiciones jurídicas que condicionan de manera especial, la forma en que se interpretan y manifiestan las instituciones de control en la práctica (Valencia-Tello, 2022).

A nivel internacional, desde 1953, treinta y cuatro EFS y organizaciones asociadas se reunieron en el primer Congreso de La Habana, que dio origen a la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores INTOSAI, la cual celebra congresos cada tres años en diferentes lugares del mundo, para fomentar el intercambio de ideas, conocimientos y experiencias sobre normas de fiscalización de alta calidad, así como para promover la buena gobernanza y fomentar el desarrollo de capacidades y la mejora continua del desempeño de las EFS en todos los Estados (INTOSAI, 2022).

Un aspecto fundamental que resalta la INTOSAI para el adecuado ejercicio del control fiscal en todos los Estados, es la independencia que debe tener la EFS frente a los órganos controlados para evitar que intereses particulares o políticos influencien indebidamente el ejercicio del control sobre la administración pública, el cual debe obedecer a criterios técnicos y objetivos que ayuden a la mejora continua de las entidades. Esto porque el control fiscal tiene dos finalidades principales. La primera relacionada a determinar el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades en cabeza de las entidades y funcionarios públicos competentes y la segunda finalidad, no menos importante, trata sobre la realización de recomendaciones y observaciones oportunas a las entidades fiscalizadas para efectos de garantizar el fortalecimiento institucional y la mejora continua, cuando se evidencia la necesidad de adoptar acciones correctivas, preventivas o de mejora para la buena marcha de todos los asuntos públicos.

En este sentido, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) considera que los informes de auditoría

son fundamentales para generar cambios en el sector público, pues sus observaciones y recomendaciones tienen que ser relevantes para la buena administración de las entidades públicas. El dilema que se presenta en países que enfocan sus auditorías solo en temas financieros y de cumplimiento es que su impacto comúnmente se mide en número de auditorías realizadas o dictámenes de auditoría sin irregularidades, sin tener en cuenta la calidad o el impacto real de los informes en las entidades auditadas (OCDE, 2022). Adicionalmente, los ordenamientos jurídicos donde se establece el control previo y concomitante de los actos de la administración deben tener especial cuidado con evitar la coadministración, una práctica que puede fortalecer la corrupción en el Estado.

Por ello, la OCDE enfatiza sobre la importancia de contar con informes que sean leídos y comprendidos por las personas adecuadas, en lenguaje sencillo para todos los actores, además de estar disponibles en el momento oportuno, mediante la presentación de la información de la forma más apropiada para su comprensión. Con esto se garantiza un adecuado impacto de las EFS en la mejora continua de las instituciones o en la corrección de procedimientos o conductas inapropiadas por parte de las administraciones públicas. El problema que se presenta en muchas oportunidades es que las observaciones de las auditorías y la forma cómo se presenta la información a los auditados no refleja la relevancia del control externo para la mejora de las entidades. También pueden existir fallas en la comunicación entre las EFS y las entidades auditadas que dificulta la apropiación y el impacto de las observaciones. En otros casos, las entidades auditadas consideran que las observaciones son injustas pues las EFS miden el número de observaciones en los informes, sin evaluar adecuadamente la gestión realizada, causando que sea más importante la cantidad que la calidad de las observaciones, lo que claramente genera desgastes administrativos innecesarios. Por ello, muchas veces los auditados presentan poco interés sobre los resultados de las auditorías y el impacto real de las EFS es mínimo (OECD, 2022).

Como será analizado en este capítulo, el control externo de las entidades públicas requiere de la mayor independencia y objetividad para efectos de evitar indebidas injerencias políticas en el desa-

rollo de las auditorías e informes sobre el control fiscal del Estado. Para esto, es fundamental contar con regulaciones adecuadas y estándares para la realización de las auditorías en las diversas etapas. No obstante, uno de los desafíos principales del control fiscal es precisamente garantizar la debida independencia y objetividad en el desarrollo de las auditorías externas a las entidades públicas, mediante la construcción de estándares y la elaboración de informes de calidad, claros y simples que sean entendidos por todos los actores involucrados.

En este contexto, el presente capítulo abordará primero algunos aspectos del control externo de la administración pública, para después analizar los principales lineamientos establecidos por la organización INTOSAI a las EFS. En las siguientes secciones, serán abordados primero los casos de Estados Unidos y España, para verificar las profundas diferencias en los modelos de control anglosajón y de Europa continental, para después evaluar los casos de Argentina, Brasil, Chile, México y Perú, donde en cada país será realizado primero un análisis de los principales antecedentes históricos, para después evaluar las normas constitucionales y legales que enmarcan el control fiscal, y el alcance de la actividad fiscalizadora. Luego, se realizará una descripción del control fiscal en Colombia y por último será realizada una comparación entre los países y se formularán algunas recomendaciones.

La investigación aquí presentada es teórica, basada en el análisis de fuentes secundarias tales como, informes de gestión, libros, artículos científicos y páginas Web de las entidades públicas competentes en cada país, así como las normas aplicables del ordenamiento jurídico. De esta forma, el análisis aquí realizado no pretende ser exhaustivo, ni determina los problemas prácticos que pueden presentarse en los diferentes países debido a interpretaciones particulares sobre las normas o prácticas indebidas sobre los controles a la administración. En este sentido, la investigación es descriptiva del ordenamiento jurídico, conforme un marco histórico y análisis de algunas fuentes secundarias, con el objetivo de comprender la estructura organizacional del control fiscal en los países seleccionados.

2. CONTROL EXTERNO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA¹

En principio, podemos afirmar que los controles sobre la administración pública son controles objetivos, similares al control jurídico realizado por los jueces, pues la objetividad y previsibilidad de las administraciones públicas se basa en que su actuación está soportada en la ley (Weber, 1963: 120) y, por tanto, toda actividad debe estar bien justificada conforme el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, existen importantes diferencias entre los controles jurídicos y los controles a la administración pública que pueden llegar, en algunos casos, a causar que los controles a la administración sean más políticos que jurídicos. Esto sucede porque normalmente los órganos que controlan la administración pública son cuerpos administrativos organizados jerárquicamente, que dependen del poder ejecutivo, judicial o del poder legislativo y, por ello, no tienen independencia frente a los órganos controlados, causando que intereses políticos, de las elites dominantes influyan en los mecanismos de control establecidos en la ley. Al respecto, Aragón Reyes (1999: 72) afirma:

[...] los “controles administrativos” aunque en muchos casos sean realizados atendiendo a razones de derecho, no pueden ser considerados en estricto sentido, como puros controles jurídicos, puesto que las relaciones de supra o subordinación en que se encuentran los órganos de control respecto de los órganos controlados, no garantiza, de modo alguno, y de manera segura, la objetividad, imparcialidad o independencia de sus decisiones.

Adicionalmente, los funcionarios encargados de realizar el control sobre la administración pública deben contar con conocimiento especializado en diversas áreas, pues a diferencia de los jueces, que se especializan en el derecho, la administración pública se ocupa de varios sectores sociales y económicos que requieren de conocimiento

¹ Apartes del libro: Valencia-Tello, D.C. (2023a). *La buena administración en el control de la gestión pública. Análisis del caso Colombiano*. Bogotá: Tirant lo Blanch. Valencia-Tello, D. C. (2023b). *El control fiscal en América Latina*. Bogotá: Tirant lo Blanch.

especializado, en otras disciplinas, además del conocimiento jurídico. De esta forma, la determinación de los criterios objetivos para realizar el control externo depende de muchas variables, económicas, sociales, políticas y ambientales, además del ordenamiento jurídico aplicable.

Por ello, es común encontrar que los controles a la administración oscilen entre el control político y el control jurídico, esto es, entre las razones de conveniencia subjetivas de algunos grupos políticos o particulares y las razones técnicas y objetivas, algunas de ellas establecidas en los ordenamientos jurídicos. Esto sucede porque los órganos que controlan la administración están organizados bajo estructuras jerárquicas, donde los líderes son nombrados por órganos políticos como el Congreso, el cual puede llegar a incidir sobre la agenda del órgano de control, determinando qué se controla, cuándo, dónde, y cómo se controla.

En la actualidad, las administraciones públicas son bastante complejas y es imposible controlar todas las actuaciones realizadas por todos los funcionarios públicos. También, es importante tener en cuenta que el control total de las actividades, de todas las administraciones públicas, sería absolutamente ineficiente y poco inteligente, pues requeriría de dos funcionarios (quien ejecuta y quien controla), para validar la actuación administrativa, aumentando la burocracia y los costos en tiempo y dinero de todos los procesos administrativos.

Si bien, en un momento inicial, el control de la administración pública se basó en el control de legalidad sobre las cuentas presentadas, que básicamente corroboraba el cumplimiento de las normas y el control contable, que garantizaba la legalidad de las finanzas de las entidades (Naranjo, 2007: 32-25); en la actualidad, los controles legales y contables no son suficientes para garantizar el adecuado uso de los recursos públicos, ni el cumplimiento de metas y objetivos dentro de las administraciones públicas modernas. Por ello, en el cuadro 1 se determinan diferencias relevantes en dos modelos de Estado, para más adelante verificar las diferencias que estos modelos presentan en el tipo de control sobre las administraciones públicas.

Cuadro 1. Diferencias entre el modelo de estado clásico liberal y el estado social de derecho²

Modelo de Estado	Legitimidad	Derechos	Funciones	Sociedad
Estado Clásico liberal (S.XIX)	Ley	Primera generación	- Justicia - Defensa - Hacienda - Relaciones exteriores	Democracia Censitaria Ideal de Nación
Estado social de Derecho (S.XX)	Constitución Ley Prestación de bienes y servicios públicos	Primera, segunda y tercera generación	Además de las anteriores: Servicios sociales Educación Transporte Salud Infraestructura Banca, etc.	Sufragio universal Sociedad de masa Sociedades pluralistas y multiculturales

Fuente: Elaboración propia con base en Valencia-Tello 2022

El análisis comparativo de los modelos de Estado conforme el pensamiento jurídico global de cada época es importante porque, el cambio en los controles sobre las administraciones públicas tiene relación directa con los cambios del modelo y en la consecuente ampliación de las estructuras administrativas. Esto porque el control legal y contable establecido en el siglo XIX, bajo el modelo del Estado clásico liberal, buscaba legitimar la actuación de las administraciones públicas conforme presupuestos establecidos en la ley general y abstracta, conforme un modelo de Estado mínimo que buscaba garantizar la igualdad formal de todos los ciudadanos, sin prestar mayor atención sobre las desigualdades existentes en las sociedades o la necesaria intervención de las autoridades públicas para garantizar los derechos de las poblaciones más vulnerables. Por ello, el control está limitado a un Estado mínimo, que es comandado por una pequeña elite de hombres blancos con propiedad, que saben leer y escribir, donde no existe mayor participación del resto de la población,

² Para más información sobre los modelos de Estado, consultar, Valencia-Tello, D.C. (2022: pp. 50-96).

y donde el Estado no reconoce todos los derechos fundamentales de primera, segunda, tercera y cuarta generación a todos los individuos.

En el Estado clásico liberal, el control externo es principalmente legal, pues solo pretende verificar informaciones, encontrar discrepancias entre los procedimientos adelantados y las normas aplicables, con el objetivo de determinar consecuencias para las personas que no cumplan con los mandatos legales (Baezelay, 2002; Coelho, 2010), teniendo en cuenta que toda actuación por fuera de ley es contraria al interés general y atenta contra la igualdad formal de los ciudadanos.

Sin embargo, las nuevas funciones adoptadas por los Estados intervencionistas a finales del siglo XIX, y luego por el Estado de bienestar a lo largo del siglo XX, bajo el modelo del Estado Social de Derecho, causarán que la legitimidad de la actuación administrativa no pueda limitarse al cumplimiento de la ley, sino que las autoridades públicas también deberán cuidar de la debida aplicación de la Constitución y de los derechos fundamentales de primera, segunda y tercera generación. Para ello, todas las administraciones públicas deben mejorar la planificación y el control de las actividades para efectos de cumplir con objetivos constitucionales, conforme metas sociales y económicas adoptadas por los Estados. Así, en países como Estados Unidos, desde 1945 se reorganizó y redefinió el control administrativo abandonando el control previo y las funciones contables, para pasar a un control posterior e integral sobre las actividades del Estado.

Por ello, desde la segunda mitad del siglo XX, diversas escuelas comienzan a construir modelos estándar para determinar criterios objetivos en el proceso de planeación, gestión y control de las organizaciones públicas. Los estándares hacen referencia a los principales aspectos que debe cuidar toda organización para ser “*accountable*”, es decir para cumplir con su propósito, rendir cuentas y ser responsable sobre el manejo de los recursos y las funciones que tiene a cargo. Al respecto Speck (2000: 154-155) afirma lo siguiente:

Son elementos esenciales de la administración moderna la planeación de las actividades públicas, su implementación a través de la organización burocrática y los mecanismos de control sobre el éxito de la actividad. En la segunda mitad del siglo XX, varios países pasaron por experiencias innovadoras en todas las tres áreas. Experiencias en la primera área fueron las nuevas formas de planeación presupuestal,

surgidas en Estados Unidos. Una innovación en el área gerencial fue el fortalecimiento de los sistemas de control interno, con la finalidad de producir más información dentro del propio aparato burocrático sobre el éxito de la administración. Con relación al control, las evaluaciones de las políticas públicas, por las instituciones académicas, contribuyen para la ampliación del horizonte. Pero esas experiencias no llegan a cuestionar los principios de la administración burocrática. (...) La preocupación con las nuevas formas de orientar y evaluar a la administración pública es uno de los temas centrales en la discusión académica de los países más desarrollados en el hemisferio norte. De hecho, tanto en la administración como en el área de control, el enfoque sobre los procesos organizacionales y los resultados constituye una innovación y aún presenta poca homogeneidad. Esto vale tanto para la conceptualización como para la práctica del control. Las denominaciones más frecuentes son "auditoría operacional", en contraste con la tradicional "auditoría financiera", "control de mérito" en contraposición al "control de legalidad", "evaluación" en contraste con "control", "auditoría de gestión", "auditoría administrativa" o "auditoría interna moderna", llamando la atención para el origen histórico de esta forma de auditoría, "auditoría de programas", "auditoría de impacto", entre muchas otras.

En consecuencia, el control en el Estado moderno no es homogéneo, pues busca alcanzar diversos objetivos, con diferentes métodos de auditoría y de medición que requieren de criterios objetivos, análisis e investigación para su mejora. Aquí el control más que un mecanismo de punición, se convierte en un mecanismo para garantizar la entrega con calidad (bajo estándares previamente establecidos) de bienes y servicios a la comunidad, lo cual solo puede suceder cuando la organización cuenta con un sistema de gestión y control que permita a los directivos y equipos de trabajo obtener información oportuna y confiable, para la toma de decisiones ajustadas a la realidad de la organización. Solo bajo adecuados estándares de auditoría es posible indicar acciones correctivas, preventivas y de mejora, que prevengan e impidan los errores o malos manejos sobre los recursos públicos, que puedan llegar a realizar los funcionarios públicos competentes. En este sentido, la buena administración pública solo es posible cuando existen adecuados estándares en los sistemas de gestión y control de las entidades públicas. En el cuadro 2 se realiza un análisis de los diferentes controles que pueden existir en el Estado conforme los modelos de Estado vistos en el Cuadro 1.

Cuadro 2. Controles en el Estado

Modelo de Estado	Tipo de Control	Finalidad del control	Control más utilizado	Legitimidad del Estado
Estado Clásico liberal	-De legalidad -Financiero -Contable	-Garantizar el cumplimiento de la ley -Sancionar las violaciones	Control previo, concomitante y perceptivo	Toda actuación es basada en el cumplimiento de la ley. La eficiencia, eficacia y efectividad del Estado no es cuestionada
Estado Social de Derecho	Además de los anteriores: -De merito -De resultado -De economía, eficiencia, eficacia -Ambiental, etc.	Además de los anteriores: -Garantizar el cumplimiento de metas y objetivos de gobierno -Entrega oportuna de bienes y servicios a la ciudadanía -Mejora continua de las entidades -Rendición de cuentas	Implementación de sistemas de control interno conforme estándares reconocidos Control posterior y selectivo sobre los sistemas de control interno	La legitimidad del Estado es permanentemente cuestionada por ciudadanos y grupos de interés. Requiere rendición de cuentas Requiere entrega oportuna de bienes y servicios a la comunidad

Fuente: Elaboración propia con base en Valencia-Tello 2022

En este orden de ideas, la creación de estándares de auditoría, obligatoriamente debe ser acompañada de mejoras en la planeación del Estado y de cada entidad pública, pues las diversas actividades, funciones y programas que debe dirigir, intervenir y regular el Estado, obliga a establecer estrategias a gran escala conforme los recursos físicos, humanos, financieros, operativos, etc., existentes en las entidades públicas y programas de gobierno, como requisito necesario para cumplir las metas previamente establecidas.

En este sentido, la relación entre planeación y control se vuelve más estrecha, pues para garantizar el cumplimiento de las actividades

planeadas por periodos de tiempo, es necesario establecer controles efectivos que verifiquen si se cumplieron las metas y los objetivos inicialmente trazados. Por ello, tanto las auditorías internas en las entidades, como las auditorías externas realizadas por las EFS son fundamentales para determinar los factores de éxito y de fracaso de los equipos de trabajo, con la finalidad de fortalecer las instituciones mediante el perfeccionamiento de la actividad administrativa.

Así, el proceso de verificación busca ante todo la mejora continua, mediante acciones correctivas, preventivas y de mejora cuando se verifica que existieron inconformidades en los procesos administrativos. Aquí se torna importante la diferenciación entre los conceptos de control y sanción, pues la sanción es solo un efecto negativo de la actividad de control cuando se viola una norma, mientras que el control sobre la administración pública busca principalmente la mejora continua y el cumplimiento de los objetivos en cada grupo de trabajo, estableciendo controles preventivos que eviten a tiempo las sanciones. Teniendo en cuenta estos parámetros generales sobre el control a la administración, en la siguiente sección serán analizados los principales lineamientos de la INTOSAI sobre el control del Estado.

3. LINEAMIENTOS DE LA INTOSAI SOBRE EL CONTROL FISCAL DEL ESTADO

En 1977 la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores -INTOSAI se reunió en Lima (Perú), para establecer los criterios que debían seguir los países para la defensa de la independencia de las auditorías en la administración pública. Teniendo en cuenta la crisis fiscal del Estado y el inicio de la implementación de políticas neoliberales para la reducción del gasto público y la eficacia de la administración pública, se estableció en el artículo primero de la Declaración de Lima lo siguiente:

La institución del control es inmanente a la economía financiera pública. El control no representa una finalidad en sí mismo, sino una parte imprescindible de un mecanismo regulador que debe señalar, oportunamente, las desviaciones normativas y las infracciones de los principios de legalidad, rentabilidad, utilidad y racionalidad de las

operaciones financieras, de tal modo que puedan adoptarse las medidas correctivas convenientes en cada caso, determinarse la responsabilidad del órgano culpable, exigirse la indemnización correspondiente o adoptarse las determinaciones que impidan o, por lo menos, dificulten, la repetición de tales infracciones en el futuro (INTOSAI, 1977: art.1).

La Declaración de Lima también define el control previo y el control posterior, señalando que: “si el control se lleva a cabo antes de la realización de las operaciones financieras o administrativas, se trata de un control previo; de lo contrario, de un control posterior”. Tanto el control previo como el control posterior pueden ser ejercidos por una Entidad Fiscalizadora Superior (EFS), donde el control previo busca impedir un perjuicio antes de producirse y el control posterior busca reclamar la responsabilidad del órgano culpable, lo que puede llevar a la indemnización del perjuicio producido y a impedir, en el futuro, la repetición de las infracciones cometidas. Así, el ordenamiento jurídico de cada país debe determinar el grado de competencia de la EFS, pero en todo caso, el control posterior es una función inalienable de cada EFS, independientemente del control previo que pueda llegar a ser ejercido por la EFS (INTOSAI, 1977: art. 2). Aquí es importante advertir que el desarrollo de estándares en la segunda mitad del siglo XX, en materia de control fiscal ha sido sobre el control posterior de las administraciones públicas, mientras que no se evidencian mayores avances en la construcción de estándares para el control previo y concomitante de la administración. El control interno, conforme fue analizado en el capítulo anterior, ha sido perfeccionado con estándares internacionales del modelo COSO, el cual es esencial para el adecuado funcionamiento del control fiscal posterior, pues garantiza la existencia de controles previos y concomitantes en las administraciones públicas, los cuales pueden ser verificados por las entidades de control fiscal de forma posterior y selectiva.

Con relación al control interno y externo, la Declaración de Lima de INTOSAI (1977) en el artículo tercero determina que los órganos de control interno pueden establecerse en el seno de las diferentes instituciones. Por ello, los órganos de control interno dependen directamente del director del departamento en cuya organización se crean. Aun así, deben gozar de independencia, en la medida de lo

posible conforme la estructura constitucional correspondiente. Los órganos externos no pertenecen a la organización o institución que debe ser controlada. En este orden de ideas, las EFS son órganos de control externo a las cuales incumbe controlar la eficacia de los órganos de control interno en cada entidad pública, donde es importante delimitar adecuadamente las funciones entre la EFS y el órgano de control interno para efectos de garantizar la cooperación y la independencia en el ejercicio del control, “independientemente del derecho de la EFS a un control total” (INTOSAI, 1977: art. 3).

De esta forma, las EFS solo pueden cumplir con sus funciones cuando son independientes de la institución controlada y se hallan protegidas contra indebidas influencias exteriores. Aunque la independencia absoluta respecto a los demás órganos estatales es imposible, pues la EFS hace parte de la estructura del Estado, es fundamental que el ordenamiento jurídico otorgue independencia funcional y organizativa para el buen desarrollo de sus funciones.

Por ello, la Declaración de Lima resalta que en la Constitución de los países se debe asegurar la independencia de las EFS, lo que incluye adecuada regulación entre la entidad fiscalizadora superior y el parlamento, así como también la independencia de los miembros de la EFS, mediante la implementación de sistemas de carrera profesional que ayuden a mantener la independencia frente a los órganos controlados (INTOSAI, 1977: art. 5, 6, 7, 8, 9). Aquí es importante resaltar que un factor clave para el adecuado funcionamiento de las EFS es que los miembros y funcionarios de la EFS cuenten con especial formación y experiencia profesional adecuada en cada sector de gobierno, con la finalidad de garantizar una alta cualificación del personal controlador, para lo cual se debe contar con remuneraciones acordes a las exigencias profesionales que demandan los cargos (INTOSAI, 1977: art. 14).

Para el desarrollo de las actividades de control externo, las EFS deben tener facultades amplias para investigar y verificar toda clase de información, actividad, operación de las administraciones públicas, para lo cual deben también tener acceso a todos los documentos relacionados con las operaciones, así como pueden solicitar informes puntuales de manera oral o escrita, en caso de considerarlo necesario. Por su parte, los órganos controlados tienen la obligación

de responder todas las inquietudes y solicitudes que realiza la EFS, dentro de los plazos determinados en la ley, así como dar a conocer las medidas adoptadas sobre las verificaciones realizadas en la entidad (INTOSAI, 1977: art. 10, 11 y 12).

La importante labor realizada por las EFS ha sido reconocida también en la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante las resoluciones 66/209 de 2011 y 69/228 de 2014, pues el control externo sobre los recursos públicos en los países promueve la eficiencia, eficacia, la efectividad, la rendición de cuentas y la transparencia en las administraciones públicas, lo que fomenta el logro de objetivos y prioridades establecidos por los países a nivel interno e internacional. En este contexto, la Declaración de México de INTOSAI 2007 sobre la independencia de las EFS reconoce ocho principios derivados de la Declaración de Lima y de las decisiones adoptadas en el XVII Congreso de la INTOSAI en Seúl, Corea, para la correcta fiscalización del sector público. Estos principios son: (a) la necesaria existencia de un marco constitucional, reglamentario o legal apropiado y eficaz para el desarrollo del control externo; (b) la independencia de la EFS y de los miembros, incluyendo la seguridad en el cargo y la inmunidad legal en el cumplimiento normal de sus obligaciones; (c) un mandato suficientemente amplio y facultades plenamente discrecionales en el cumplimiento de las funciones de las EFS; (d) acceso irrestricto a la información; (e) el derecho y la obligación de informar sobre su trabajo; (f) libertad de decidir el contenido y la oportunidad (momento) de sus informes de auditoría, al igual que sobre su publicación y divulgación; (g) la existencia de mecanismos eficaces de seguimiento de las recomendaciones de la EFS; y (h) autonomía financiera y gerencial/administrativa, al igual que disponibilidad de recursos humanos, materiales y económicos apropiados (INTOSAI, 2007).

En los últimos años la INTOSAI ha reconocido la importancia de que las EFS prediquen con el ejemplo y busquen mejorar su impacto en las administraciones públicas (INTOSAI, 2019). Para ello, se ha resaltado la relevancia de los informes de auditoría, pues estos documentos deben reflejar las observaciones y recomendaciones más importantes de las auditorías, para la mejora continua de las entidades y la corrección o prevención de actividades que pueden perjudicar a la administración pública (INTOSAI, 2010). Al respecto, también es

importante verificar algunas recomendaciones de la OCDE (2022), sobre los informes de auditoría, donde establece:

En particular, los informes de auditoría son claves para generar impacto, ya que son el principal vehículo a través del cual las auditorías pueden provocar cambios en el sector público. Para ello, sus observaciones y recomendaciones tienen que ser pertinentes -para que sean leídas y comprendidas por las personas adecuadas-, estar disponibles en el momento adecuado y la información debe presentarse de la manera correcta. Por eso, la INTOSAI invita a las EFS a revisar continuamente cómo pueden hacer sus informes más legibles, más accesibles y más pertinentes para todas las partes interesadas (INTOSAI, 2010). A su vez, la Iniciativa para el Desarrollo de la INTOSAI (IDI) trabaja con las EFS para apoyarlas en la aplicación de las normas, para desarrollar capacidades y para asegurar la calidad de las auditorías, por ejemplo, en el contexto de la estrategia de Facilitación del Impacto de la Auditoría (FIA) (IDI, 2021).

En este orden de ideas, es relevante analizar en cada país la forma particular en que se presentan los informes de auditoría, así como su nivel de cumplimiento, para efectos de determinar el impacto real de las EFS en el fortalecimiento institucional del Estado. Este estudio, requerirá de recursos, voluntad política y capacitación de los actores sobre la relevancia de las EFS para el adecuado funcionamiento del Estado y de la democracia. Teniendo en cuenta lo anterior, iniciaremos el análisis teórico del control fiscal en España y Estados Unidos, resaltando una vez más que el alcance del estudio es teórico, basado en fuentes secundarias y en el análisis del ordenamiento jurídico vigente en cada país.

4. SISTEMAS NO LATINOAMERICANOS DE REFERENCIA: ESPAÑA Y ESTADOS UNIDOS³

4.1. España

4.1.1. Antecedentes históricos

Los antecedentes del Tribunal de Cuentas español, como órgano de control económico y financiero, se encuentran en la Alta Edad

³ Apartes del libro: Valencia-Tello, D.C. (2023b). *El control fiscal en América Latina*. Bogotá: Tirant lo Branch.

Media, cuando Juan II (1406-1454), Rey de Castilla y León creó la Casa de Cuentas de Valladolid y la Contaduría Mayor de Cuentas. Por ello, Gaspar Pérez (2014) afirma que “El Tribunal de Cuentas es una de las instituciones que goza de mayor arraigo histórico en el Derecho Público español” pues su origen se remonta a las Ordenanzas de Juan II de Castilla de 1437. Sobre el funcionamiento de la institución, en la Edad Media, el Tribunal de Cuentas español (s.f.) afirma:

Se encomienda a los Contadores Mayores la capacidad de oír y librar pleitos, de reclamar las deudas de los impuestos no recaudados, o recaudados y no ingresados en las arcas. De este modo, se convierten en jueces para imponer multas y sanciones. La ordenanza se refiere especialmente a la agilización en la recaudación entre los años 1425 y 1436. Se establece que los originales de los testimonios de los recaudadores se guarden en un arca de dos llaves, para evitar que se dé traslado o copia de los mismos, y, sobre todo, para que no desaparezcan.

En el reinado de Isabel y Fernando de la Corona de Castilla, son expedidas nuevas ordenanzas en 1478 para terminar con el atraso en las cuentas pendientes desde el año 1454. Para esto, la Contaduría tiene la autoridad privada y absoluta para reclamar, censurar y fallar todas las cuentas de los funcionarios públicos. Por ello, los contadores mayores tienen la responsabilidad de revisar las cuentas, fenecerlas y determinar y juzgar los alcances de las cuentas. Así, se les autoriza a proceder contra cualquier persona o Consejo pues actúan en nombre de los Reyes. Entre los años 1478 y 1480 se crea la Santa Inquisición por bulas de Sixto IV, en donde se autoriza a los Reyes Católicos para instaurar el Tribunal del Santo Oficio (España, s.f.). Aquí se evidencia la concentración del poder en los funcionarios encargados de ejercer el control, sin que existan procedimientos para garantizar los derechos de los involucrados.

En 1523 se crea el Real y Supremo Consejo de Indias, el cual tienen por competencia crear leyes referentes a las Indias y ser el Tribunal encargado de revisar las sentencias dictadas por la Casa de Contratación, lo cual es visto como un claro desafío a las Cortes de Castilla, así como una estrategia eficaz para alejar a la Contaduría Mayor de Cuentas y a su Tribunal de la revisión de las cuentas, ya que se entendía que lo recaudado formaba parte del patrimonio personal del Rey (Zapata, 2020). Por lo tanto, no hay claridad de competencias entre órganos competentes en el ejercicio del control sobre las

cuentas del Rey. Por ello, existía la percepción de desorden en las cuentas del Rey, y sobre el particular, el Tribunal de Cuentas (España, s.f.) al analizar los antecedentes de la institución afirmó:

El endeudamiento crece. La Casa Real mantiene unos cinco mil funcionarios, el conjunto de la fuerza militar, su propia guardia real, y el personal de Cámara. Para paliar los gastos se emiten los “juros” o forma premoderna de deuda pública, que suman la misma cantidad que el total de lo recaudado por los impuestos directos o de millones. El mantenimiento de la Armada Invencible, financiada con dinero de Indias, costó unos 10.000.000 de ducados. Había que seguir pagando la deuda exterior contraída en Flandes. Las exenciones y fueros especiales con que se premia a los nobles por servicios a la Corona, impiden un control exhaustivo de las cuentas, a pesar de las anotaciones de los Contadores de Cuentas en sus libros. La hacienda va hacia la bancarrota.

En 1558 cuando llega al trono Felipe II hereda también una deuda estimada en 37 millones de ducados. La inflación es incontrolable y declara la primera bancarrota. En 1575 se produce la segunda bancarrota, pues la hacienda tiene una deuda consolidada de 22 millones de ducados y una deuda flotante estimada en 15 millones más. En 1588, el rey Felipe II, con las arcas vacías por la guerra, exige a los Encomenderos americanos un nuevo impuesto llamado el “Gracioso donativo”. Dos años más tarde Castilla está arruinada y el Rey distingue las funciones del Tribunal de Oidores y las Contadurías Mayores de Hacienda y Cuentas. Además, se crea el Consejo de Hacienda. Así, poco a poco, se crea una nueva estructura burocrática para el manejo de las finanzas del Rey, pero el poco control sobre las arcas del monarca perduró hasta la creación de los Tribunales de Cuentas en Indias de Perú, México y Santa Fe de Bogotá en 1605. Estos Tribunales estarán encargados de vigilar las cuentas y la acuñación de monedas, entre otras funciones que podrían ser encomendadas (España, s.f.).

En el caso de la corona de Castilla, esta tuvo mucho cuidado de impedir el surgimiento de un sistema feudal en las Indias, pero definitivamente en el Nuevo Mundo estaban presentes ciertas características feudales. En concreto, actitudes, valores y costumbres feudales importadas del Viejo Mundo, marcaron fuertemente la forma como se legitimaba el uso del poder en las Indias. Al respecto Phelan (1995:475) afirma:

Un legado feudal mucho más importante constituyó un principio básico de todo el sistema de gobierno en las Indias, a saber, el principio corporativo de que los derechos, privilegios y obligaciones se derivaban del estamento y de las corporaciones a las cuales pertenecía cada persona. Las desigualdades eran parte integrante de los estamentos y corporaciones, cuyos privilegios y obligaciones constaban en cartas específicas. Siendo como era una sociedad feudal, todo el ordenamiento jurídico de las Indias estaba formado por un amasijo de privilegios, en el cual la administración consistía en la adjudicación.

La corona otorgaba privilegios monopolísticos exclusivos y el comercio estaba circunscrito a una cantidad limitada de puertos. Así, la política centralizadora de las coronas y el establecimiento de un orden legal basado en la concesión de privilegios, permitió la creación de sociedades desiguales, donde la pertenencia a ciertas corporaciones delimita los derechos y obligaciones de las personas.

Las desigualdades presentes en el sistema social y económico impidieron el desarrollo del auto-gobierno entre personas iguales, así como también impidieron el establecimiento de mercados competitivos (North, 2007: 163). El formalismo y patrimonialismo de las burocracias indianas, evidencian sus primeros trazos desde época colonial, como bien lo retrata Phelan (1995:476) así:

En la sociedad feudal, así como en la sociedad indiana, había un exagerado sentimiento de honor y de dignidad personal. Los magistrados, considerándose virtualmente nobles, estaban sumamente obsesionados con la posición social y jerárquica. A falta de una numerosa nobleza titulada y de una Corte real, los magistrados en las Indias se dieron a adoptar las pretensiones y actitudes de la nobleza. En esa sociedad corporativa y privilegiada, las cuestiones protocolarias asumieron una enorme importancia, pues la preocupación de los ministros con la etiqueta manifestaba su excesiva sensibilidad respecto del lugar que ocupaban en la sociedad. Para los europeos expatriados de las Indias, aspectos menores de precedencia social, los cuales ni siquiera habían surgido en la península, podrían volverse motivos de graves desavenencias personales.

La centralización del poder está bien representada en la “reproducción eurocéntrica de una cultura jusfilosófica y de un aparato jurídico impuesto por el poder hegemónico de las metrópolis” (Wolkmer, 2008: 203), con esto se buscaba proteger los intereses económicos y políticos de las coronas, garantizando también, la riqueza a

los conquistadores y la evangelización de los pueblos conquistados. Los privilegios monopolísticos exclusivos permitieron la creación de sociedades estratificadas, poco competitivas, pues existían grandes diferencias entre las personas con acceso a privilegios monopolísticos y el resto de la población.

Los tribunales de cuentas fueron creados en aquellos sitios en que la explotación de los metales y piedras preciosas significaban importantes ingresos para la Corona. En aquel entonces, el control de la producción de las minas se circunscribía a las capitales de los virreinos más importantes, los cuales eran Lima, México y Santafé de Bogotá (Younes, 2015: 76; Gomez, 1983: 52). Desde la constitución de los Tribunales de Cuentas, la corona buscó garantizar la objetividad e imparcialidad de los miembros encargados de ejercer el control en sus reinos, razón por la cual Sánchez (1991, en Malagón, 2007: 236) afirma:

Para conservar la autonomía y la imparcialidad, los contadores no podían casarse, sin licencia, con hijas, hermanas o deudas dentro del cuarto grado de los oficiales reales de la Hacienda de sus distritos, ni en general con cualquier persona que tuviera relación con la Real Hacienda.

Las competencias de los tribunales eran amplias, pues además de tomar cuentas de los oficiales reales, tesoreros, arrendadores, administradores fieles y tomadores de rentas reales, también podían imponer sanciones apremiando a los administradores en sus personas, bienes y fiadores, si encontraban inconsistencias en las cuentas (Cruz, 1999: 352, en Malagón, 2007: 237). Además, tenían la potestad de condonar las deudas de quienes “cumpliendo con sus obligaciones, hubieran hecho todo lo posible y se comprometieran a continuar con las diligencias necesarias para su cobranza” (Escobedo, 1995: 43-44).

Mariluz (1998: 430, en Malagón, 2007: 237), al referirse sobre la eficacia de los tribunales de cuentas señala que cada distrito era demasiado extenso, como para poder cumplir a cabalidad las funciones establecidas desde España, teniendo en cuenta también el poco personal que tenían a cargo. Por ello, fueron frecuentes los atrasos en el examen de cuentas y las defraudaciones al fisco tardaban en descubrirse. Esto obligatoriamente causaba el aumento del monto

adeudado y, eventualmente la muerte del culpable o de los fiadores, haciendo imposible el cobro de la deuda.

En este orden de ideas, desde la colonización, el modelo de control centralizado fue poco efectivo para cumplir con los objetivos propuestos desde España, pues aunque los funcionarios asignados tenían amplias potestades para la realización de las actividades de control, la falta de personal, los atrasos y la extensión de los territorios fueron aspectos relevantes que impidieron el efectivo cumplimiento de las ordenes reales.

Adicionalmente, la falta de control o rendición de cuentas sobre los funcionarios asignados para realizar las actividades de control, se agrava con las dificultades y demoras en la comunicación y las grandes distancias. Lo anterior evidencia la falta de instituciones y regulación adecuada para ejercer el control sobre las cuentas en las Américas, donde España no se tuvo en cuenta las características del nuevo mundo. También se destaca la falta de reflexión sobre los problemas y las mejoras que deberían realizarse para el debido cuidado de los recursos públicos.

Cuando Napoleón invade la península Ibérica en 1808 y declara rey a su hermano José Bonaparte, los ministros y contadores del Tribunal de Cuentas dejan de percibir salario. En 1810 es proclamado rey Fernando VII y se instalan las Cortes de Cádiz, la cual aprueba la Constitución de 1812, que crea la Contaduría Mayor de Cuentas para el examen de todos los caudales públicos y en 1828 se aprobó la creación por ordenanza del Tribunal Mayor de Cuentas que estuvo vigente hasta 1851. La Constitución de Cádiz es importante también porque termina el poder absoluto del rey, al incorporar el Habeas Corpus y al determinar que la rendición de cuentas debe realizarse a las Cortes y no al soberano. En el mismo año la inquisición es abolida y se expide un nuevo reglamento para el Tribunal de Cuentas conforme lo dispuesto en la Constitución, mediante el Real Decreto de 11 de Agosto de 1814. Sin embargo, en el mismo año retorna el absolutismo cuando Fernando VII retoma el poder y los Ministerios se sustituyen por Secretarías de Estado. Además es restaurada la inquisición y se suprimen el Consejo de Estado y el Tribunal Supremo. Los años de guerra afectaron duramente las arcas públicas (España, s.f.).

Durante la Constitución de 1845 se aprobó la Ley orgánica del Tribunal de Cuentas, la cuál es el principal antecedente del actual Tribunal de Cuentas español. En 1870 se aprobó una nueva Ley sobre la organización del Tribunal de Cuentas del reino, que estuvo en vigor hasta 1924 cuando se crea el Tribunal Supremo de la Hacienda Pública, donde quedaron integradas tanto las funciones de control externo, como las de control interno del sector público (España, s.f.).

La Constitución de 1931 estableció el Tribunal de cuentas como órgano fiscalizador de la gestión económica pública y en 1953 fue aprobada la Ley de organización, funciones y procedimientos del Tribunal de Cuentas del Reino, donde se define como el órgano superior de control externo del Estado, que tiene por función informar al Jefe de Estado y a las Cortes el resultado de la actividad fiscalizadora (España, s.f.). La actual Constitución de 1978 determinará también al Tribunal de Cuentas como supremo órgano fiscalizador, como será analizado a continuación.

4.1.2. Constitución Política de 1978

España es un Estado organizado como república unitaria, pero al mismo tiempo regional, el cual es denominado Estado autonómico, que declara la indisoluble unidad española y, al mismo tiempo, el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran España. Por ello, España cuenta con 17 comunidades autónomas y dos ciudades autónomas.

La actual Constitución de 1978 determina que el Tribunal de Cuentas es el órgano supremo de fiscalización de cuentas y de la gestión económico-financiera de todo el sector público, el cual es independiente del Poder Ejecutivo y se encuentra vinculado directamente a las Cortes Generales. Además, tiene funciones jurisdiccionales para determinar la responsabilidad contable de quienes tenga a cargo recursos públicos. Al respecto el artículo 136 de la Constitución dispone:

1. El Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público.

Dependerá directamente de las Cortes Generales y ejercerá sus funciones por delegación de ellas en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado.

2. Las cuentas del Estado y del sector público estatal se rendirán al Tribunal de Cuentas y serán censuradas por éste.

3. El Tribunal de Cuentas, sin perjuicio de su propia jurisdicción, remitirá a las Cortes Generales un informe anual en el que, cuando proceda, comunicará las infracciones o responsabilidades en que, a su juicio, se hubiere incurrido.

4. Los miembros del Tribunal de Cuentas gozarán de la misma independencia e inamovilidad y estarán sometidos a las mismas incompatibilidades que los Jueces.

5. Una ley orgánica regulará la composición, organización y funciones del Tribunal de Cuentas.

De esta forma, el Tribunal de Cuentas español fiscaliza y juzga las cuentas del sector público, lo que en el sistema anglosajón puede ser visto como concentración de funciones en un solo órgano, como se verá más adelante, pues el Tribunal es juez y parte en los procesos fiscales. Sin embargo, para Medina Guijarro (2003), existe una radical separación entre la función fiscalizadora y la función jurisdiccional. Al respecto, Zapata considera que:

[...] ambas funciones pueden catalogarse como las dos caras de una misma moneda: la función fiscalizadora es de índole técnica y por la que se realiza la verificación y/o investigación de la actividad económica del Estado y se ejerce con carácter «*Supremo*»⁴. El mismo Tribunal Constitucional se ha pronunciado acerca de la vinculación entre las dos funciones y la memoria manifestando que la función fiscalizadora «...se centra en el examen y comprobación de la actividad económica financiera del sector público...y el resultado de la misma se recoge en los Informes o Memorias anuales que el Tribunal debe

⁴ Se ha dicho, a este respecto que el TCE es “[...] bifronte, un velocípedo... con dos ruedas: una grande, la fiscalización, y otra pequeña, el enjuiciamiento. Pero independientemente del tamaño de las ruedas, lo importante es resaltar que las dos son imprescindibles para que el Tribunal funcione con la eficacia deseada [...]”. En: Medina Guijarro, J. (2003: 76). El autor hace referencia a la sentencia 215/2000.

remitir a las Cortes Generales, en los que propondrá las medidas a adoptar...y hará constar cuantas infracciones, abusos o prácticas irregulares haya observado, con indicación de la responsabilidad en que, a su juicio, se hubiere incurrido...» (STC 187/1988 del 17 de octubre). En esta última parte del pronunciamiento puede observarse la vinculación entre ambas funciones (la fiscalizadora y la jurisdiccional), sin que esto constituya una regla: cuando el Tribunal fiscaliza no tiene en miras llegar al enjuiciamiento, sino dar cuenta a las Cortes de las rendiciones respectivas, a través del Informe anual o Memoria. Todo lo contrario, ambas funciones, transitan por caminos independientes, que solo se cruzan cuando una serie de factores así lo determinan. El trayecto de la fiscalización culmina con el citado informe al parlamento, pero en su camino pueden surgir hechos configuradores de la responsabilidad contable, siendo que allí se activará aquella función jurisdiccional (Zapata, 2020).

En nuestro concepto, la estructura del Tribunal de Cuentas como órgano fiscalizador y jurisdiccional sí concentra varias competencias, que bajo el principio de separación de poderes deberían estar separadas, pero que, debido a la larga historia de la institución, donde desde la época de los monarcas absolutistas en la edad media, el órgano de control de los recursos públicos tiene capacidad para reclamar, censurar y fallar todas las cuentas de los funcionarios públicos, las funciones de fiscalización y enjuiciamiento se han concentrado hasta la actualidad, lo que a su vez, ha impactado también muchas instituciones en los Estados latinoamericanos, conforme se verá más adelante.

Con relación a las comunidades autónomas, es relevante analizar las dificultades para el reparto adecuado de competencias entre el Tribunal de Cuentas y las Comunidades Autónomas, teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional ha declarado que “[...] el Tribunal de Cuentas es Supremo, pero no único, cuando fiscaliza, y único, pero no supremo cuando enjuicia la responsabilidad contable” (STC 18/1991 del 31 de enero); pues existen otros órganos fiscalizadores en las Comunidades Autónomas. Así, los conflictos de competencia entre autoridades nacionales y territoriales son frecuentes.

Aquí es importante investigar los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en cada caso particular, como por ejemplo en la sentencia STC 187/1988 del 17 de octubre, donde el Gobierno consideraba inconstitucional la Ley 6/1984 del Parlamento catalán, que

otorgaba a la Sindicatura de Cuentas catalana competencia para fiscalizar a las Corporaciones Locales, pues en concepto del Gobierno, la Constitución reservaba de manera exclusiva esta competencia al Tribunal de Cuentas. No obstante, el Tribunal Constitucional consideró que no existía la inconstitucionalidad pretendida por el Gobierno.

4.1.3. Estructura organizacional y alcance de la actividad fiscalizadora

Teniendo en cuenta el mandato Constitucional establecido en el artículo 136, fue promulgada la Ley orgánica 2 de 1982, la cual determina el Tribunal de Cuentas como supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público. También es relevante resaltar la Ley 7 de 1988 que trata sobre el funcionamiento del Tribunal de Cuentas y la Ley Orgánica 8 de 2007 sobre la financiación de los partidos políticos.

La actividad fiscalizadora del Tribunal de Cuentas debe evaluar la actividad contable y la gestión financiera y económica del sector público conforme los criterios de legalidad y economía. También el Tribunal tiene la atribución de juzgar la responsabilidad contable de quienes manejan recursos públicos. En este orden de ideas, el Tribunal de Cuentas fiscaliza y enjuicia a los responsables de los recursos públicos en España. Sobre la integración del sector público en España, la Ley orgánica 2 de 1982 determina en el artículo cuarto que hacen parte del sector público: (a) la Administración del Estado; (b) las comunidades autónomas; (c) las corporaciones locales; (d) las entidades gestoras de la seguridad social; (e) los organismos autónomos; (f) Las sociedades estatales y demás empresas públicas.

El artículo tercero de la citada ley orgánica 2 de 1982 otorga una amplia competencia al Tribunal en los siguientes términos:

Uno. El Tribunal de Cuentas tiene competencia para todo lo concerniente al gobierno y régimen interior del mismo y al personal a su servicio y podrá dictar reglamentos sobre su propio funcionamiento y organización, así como sobre el estatuto de su personal y servicios dentro del ámbito de la presente ley y de la de ordenación de su funcionamiento. [] Dos. También podrá dictar reglamentos en desarrollo,

aplicación y ejecución de su Ley de Funcionamiento para establecer regulaciones de carácter secundario y auxiliar en todo lo relativo al Estatuto del personal a su servicio. [] Tres. Los Reglamentos deberán ser aprobados por el Pleno y se publicarán en el «Boletín Oficial del Estado», autorizados por su Presidente.

En este orden de ideas, el Tribunal de Cuentas español cuenta con amplias potestades para el ejercicio del control fiscal y para determinar la responsabilidad contable de los funcionarios encargados de los recursos públicos. A continuación, será analizado el modelo anglosajón de control, mediante el estudio del caso de Estados Unidos

4.2. Estados Unidos

4.2.1. Antecedentes históricos

A diferencia del modelo de gobierno de Europa Continental que centraliza el poder político y jurídico en la ley o en determinadas figuras de gobierno, el modelo anglosajón se ha caracterizado históricamente por una concepción plural del poder, que obliga a todos los miembros de la comunidad a respetar los diferentes estamentos. Al respecto Aragón Reyes (1999: 18-19) afirma:

La concepción plural del poder en la “forma mixta” no significa división de poderes sino “participación” en el poder de los distintos estamentos y, a la vez, confusión y no separación de competencias: cada órgano realiza varias funciones y cada función es realizada por varios órganos. En verdad, más que concepción de un poder plural, lo que existe es una concepción plural del ejercicio de poder. Lo importante es que la participación y confusión generan, irremisiblemente, una serie de controles, de muy variada naturaleza, sí, pero de inescapable observancia.

Por ello, al analizar la tradición jurídica anglosajona, García de Enterría (1995: 150) afirma que el Derecho que se postula en Inglaterra no es el de la legalidad, es decir, el Derecho no se identifica con la Ley del Rey, sino que es casi lo contrario, el Derecho es una construcción conjunta entre diferentes estamentos, que se materializa en el *common law*, en donde el Rey está obligado a gobernar su pueblo

conforme preceptos previamente establecidos, es decir: *to govern his people according the law*.

En este contexto institucional, el objetivo principal de la asociación política, es el encuentro equilibrado de los poderes públicos, para impedir atropellos y defender las posiciones adquiridas por cada estamento, razón por la cual aquí no es posible la existencia de un concepto radical de poder constituyente, como en Europa continental. Aunque se admita el derecho de resistencia en caso de tiranía y disolución del gobierno, este derecho se concibe como un instrumento de restauración de la legalidad violada y no como un nuevo orden político (Fioravanti, 2016: 34).

Por ello, en el modelo anglosajón, según Jacobsohn (1985: 405), la Constitución solo tiene sentido, cuando se concibe como un instrumento de limitación y control del poder; es decir, cuando la constitución es operativa y no simplemente retórica, lo que sucede solo cuando la Constitución puede efectivamente limitar y controlar el poder de los órganos públicos, conforme sus competencias. El énfasis colocado sobre el control es importante, pues bajo esta perspectiva, la única forma de proteger las libertades de los individuos y la pluralidad de intereses existentes en las sociedades modernas, es mediante las limitaciones al poder del Estado y el establecimiento de controles efectivos sobre quienes tienen competencia para ejercer ese poder (Aragón, 1999: 15).

Luego de la independencia de Estados Unidos, en *The Federalist Papers*, fue realizada una defensa a la ratificación de la Constitución, donde, además, se hacía un llamado a los ciudadanos para estudiar la nueva Constitución, para promover la construcción conjunta de instituciones que representen efectivamente al pueblo, utilizando los checks and balances (Hamilton, James, Madison, 1787) que son parte de la tradición inglesa. Aunque también se debe resaltar que en aquel entonces solo eran considerados ciudadanos hombres blancos, con propiedad que saben leer y escribir.

Aun así, es significativo el primer aparte de *The Federalist Papers*, donde se afirma que, en una nación conformada por personas libres e iguales, los ciudadanos deben ser conscientes que el gobierno es indispensable y necesario, independientemente de la forma de gobier-

no; razón por la cual el pueblo debe ceder algunos de sus derechos naturales al gobierno, para que este adquiriera los poderes necesarios para gobernar (Hamilton, James, Madison, 1787).

Así la independencia de las trece colonias no instalaría un sistema de rígida separación de poderes, sino más bien, un “gobierno bien equilibrado”, importando la teoría de los *checks and balances* y adaptándola a las nuevas exigencias, donde existe una mezcla de poderes y competencias entrelazadas (Aragón, 1999: 27). Al respecto Tocqueville (1987: 519) afirmaba:

Los hombres que viven en los Estados Unidos jamás fueron separados por cualquier privilegio; como no se temen, ni se odian unos a los otros, jamás tuvieron la necesidad de invocar el soberano para dirigir las menores cosas de sus quehaceres. El destino de los americanos es singular: toman la aristocracia de Inglaterra y la idea de los derechos individuales y el gusto por las libertades locales; conservando ambos, por que no tuvieron que combatir a la aristocracia.

En *The Federalist Papers*, se proclama claramente que la división de poderes es una garantía para la libertad y al mismo tiempo, representa una interdependencia entre los poderes que los obliga a controlarse uno al otro, es decir, el equilibrio constitucional del sistema de gobierno depende de que cada autoridad tenga competencia para controlar las otras autoridades. La particular experiencia norteamericana inspiró a líderes alrededor del mundo a seguir los pasos independentistas, proclamando también constituciones para desarrollar nuevas instituciones de gobierno.

En el imaginario norteamericano, aunque no se manifieste expresamente, la Constitución escrita se considera fija y en la práctica se reconoce al juez la capacidad de comprobar si todas las leyes concuerdan materialmente con la Constitución (Jellinek, 2000: 468). Por ello, bajo este sistema, desde el inicio se implementó el control constitucional a las leyes, control que en el sistema de Europa continental no fue posible a lo largo del siglo XIX y parte del siglo XX.

La preocupación que desde el inicio manifestaron ciudadanos en Estados Unidos, frente a la instauración de un gobierno federal con poderes centralizados, está bien representada en *The Federalist Papers* N° 51, que analiza la importancia de los controles internos y externos sobre el gobierno así:

El interés del hombre debe estar relacionado con los derechos constitucionales del lugar. Puede ser una reflexión sobre la naturaleza humana, que tales dispositivos deberían ser necesarios para controlar los abusos del gobierno. Pero, ¿qué es el gobierno en sí mismo, sino la mayor de todas las reflexiones sobre la naturaleza humana? Si los hombres fueran ángeles, ningún gobierno sería necesario. Si los ángeles fueran a gobernar a los hombres, no serían necesarios controles externos ni internos sobre el gobierno. *Al enmarcar un gobierno que debe ser administrado por hombres sobre hombres, la gran dificultad radica en esto: primero debes permitir que el gobierno controle a los gobernados; y en el siguiente lugar obligarlo a controlarse a sí mismo.* La dependencia de las personas es, sin duda, el principal control del gobierno; pero la experiencia le ha enseñado a la humanidad la necesidad de precauciones auxiliares (cursiva nuestra).

Por ello, la Constitución al reflexionar sobre la naturaleza humana debe definir efectivos controles externos e internos para gobernantes y gobernados, buscando evitar todo abuso de poder. De esta forma, las instituciones republicanas evitan fenómenos como el caudillismo, pues el poder nunca está concentrado en un solo líder. El poder es repartido estratégicamente en varias estructuras del Estado, mediante el sistema de pesos y contrapesos, con la finalidad de permitir el control del poder por otro poder.

En este sentido, la Constitución norteamericana representa el primer documento jurídico que explícitamente divide el poder, al repartir estratégicamente las competencias entre cada uno, como mecanismo de garantía sobre las libertades de los ciudadanos y de los propios gobernantes. Adicionalmente, los activos debates suscitados sobre la ratificación de la Constitución, como lo ejemplifica *The Federalist Papers*, ayudaron a construir valores y creencias compartidas sobre la esfera pública, lo que evidentemente impactó en la consolidación de límites y controles sobre los gobernantes.

En aquella época, las tres ramas del poder público, se consideraban suficientes para el adecuado gobierno y la técnica de los *checks and balances*, que establece competencias bien distribuidas en cada poder de gobierno, ayudó por muchos años a distribuir el poder en diferentes esferas para preservar las libertades y garantías de todos los individuos, dentro de un modelo de Estado clásico liberal.

Sin embargo, a inicios del siglo XX, la necesidad de garantizar nuevos derechos, las Guerras Mundiales y las crisis económicas, causaron el cambio del Estado mínimo al Estado interventor, el cual requirió el aumento de la burocracia y del gasto público, especialmente en cabeza del poder ejecutivo. Por ello, en Estados Unidos, es creada la Contraloría General (*General Accounting Office GAO*) mediante Ley (*The Budget and Accounting Act*) en 1921, cuando el Congreso evidenció el aumento de los gastos del gobierno, debido espacialmente a la Primera Guerra Mundial. Así, hasta el final de la Segunda Guerra Mundial, la GAO estaba encargada principalmente de verificar la legalidad y conformidad de los gastos de la administración pública. Al respecto Rodríguez Ariza (2006), afirma:

Con la aprobación de la Ley de Contabilidad y Presupuesto de 1921 (*The Budget and Accounting Act*), la GAO se estableció como una entidad independiente creada para investigar cómo se gastaba el dinero público ante la preocupación por el crecimiento de la deuda pública tras la Primera Guerra Mundial. Durante los primeros veinte años de existencia su trabajo consistió, principalmente, en la revisión material de la documentación contable; y tras la Segunda Guerra Mundial comenzó con las auditorías financieras globales. A partir de los años sesenta, la institución va introduciéndose poco a poco en el tipo de trabajo que lleva a cabo hoy en día, la evaluación de programas mediante la auditoría operativa, que examina si los programas públicos alcanzan sus objetivos.

En este orden de ideas, la GAO (s.f.) es una institución de control externo, creada por el Congreso, la cual tiene plena autoridad para investigar todo lo relacionado con los ingresos, gastos y aplicación de los fondos públicos, con la finalidad de generar recomendaciones para la mejora económica y la eficiencia del gasto público en todos los sectores de gobierno. El Contralor General es nombrado mediante un procedimiento en el que participa el Congreso y el Presidente del país.

Después de la Segunda Guerra Mundial, las responsabilidades del gobierno y de los programas públicos crecieron, así que el Congreso ordenó el fortalecimiento de la GAO para continuar apoyando el desarrollo de sus funciones de control sobre la rama ejecutiva de gobierno. Por ello se afirma que desde 1945 se reorganizó y redefinió el control administrativo en Estados Unidos abandonando el control

previo y las funciones contables, para pasar a un control posterior e integral sobre las actividades del Estado. Al respecto, Naranjo Gálvez (2007: 48-49) afirma:

En virtud de las reformas que tuvieron lugar entre 1945 y 1950 (Reorganization Act 1945, Government Corporation Control Act de 1945 y Budget and Accounting Act de 1950) (la GAO) fue reorganizada y quedó ubicada como una derivación del Congreso, encargada de auditar entidades con participación mayoritaria estatal y, lo más importante, de llevar a cabo una auditoría posterior e integral, abandonando el control previo y las funciones contables. En el contexto de estas leyes, el término auditoría comprensiva hacía relación a la verificación de fidelidad, eficiencia y eficacia en la utilización de fondos públicos (Dittenhoffer, 1988: 9-11).

El cambio en los mecanismos de control a la administración requirieron en Estados Unidos de varios ajustes y pruebas, pues todo control posterior e integral debe fundamentarse en parámetros, para garantizar la objetividad de las auditorías en las diversas entidades de la administración. La construcción de estos estándares fue posible sólo hasta 1972, conforme lo explica Naranjo Gálvez (2007: 49) así:

[...] establecer estándares de auditoría (desde 1972) entendidos como "conjunto de condiciones que debe cumplir una entidad de auditoría gubernamental" (Dittenhoffer, 1988: 23). Estos estándares han adquirido una gran importancia, constituyéndose en la principal guía de actuación en materia de auditoría pública en los Estados Unidos, en donde son aplicados como práctica de auditoría generalmente aceptada, inclusive a nivel estatal y en el exterior, siendo adoptados por la Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI) y recomendados por esta.

En 1974 el Congreso amplió el rol evaluador de la GAO (s.f.) y fue otorgada mayor responsabilidad en el proceso presupuestal. Para cumplir con el nuevo rol, fueron vinculados a la entidad expertos en diferentes áreas del conocimiento, tales como profesionales de la salud, políticas públicas y sistemas, entre otros. La misión fundamental de GAO ha sido mejorar los procesos de rendición de cuentas y alertar a los responsables de las políticas públicas sobre los problemas que pueden existir en las administraciones.

En 2004, GAO cambió su nombre legal a *Government Accountability Office*, lo que también se reflejó en la expansión del rol de la agencia

en el gobierno federal, moviéndose más allá de las auditorías financieras para pasar a las auditorías de operativas o de desempeño (*performance auditing*), que ante todo buscan verificar si los programas de gobierno han cumplido o no con los objetivos inicialmente planteados. Aquí es importante resaltar que las auditorías se llevan a cabo siguiendo un procedimiento estandarizado establecido en una guía informatizada de seguimiento de las auditorías en curso.

4.2.2. Estructura organizacional y alcance de la actividad fiscalizadora

Las oficinas de la GAO se encuentran en Washington D.C, Atlanta, Boston, Los Ángeles, Chicago, Dallas, Dayton, Denver, Huntsville, Norfolk, San Francisco y Seattle, conforme las necesidades del servicio. Los equipos de auditoría están apoyados por expertos en disciplinas técnicas para la realización de auditorías mediante encuestas, recolección de datos, modelos económicos, asistencia sanitaria, políticas públicas, informática y derecho, entre otras. La estructura organizacional de GAO responde a los diferentes ámbitos de actuación pública, así se verifica la existencia de los varios departamentos tales como: Comercio y Asuntos Internacionales, Métodos e Investigación aplicada, Gestión de la defensa, Gestión de la contratación, Personal educativo y sistema de pensiones, Gestión financiera y de seguros, Mercados financieros e inversión colectiva, Sistema de asistencia sanitaria, Justicia y seguridad ciudadana, Tecnologías de la información, Medio ambiente y recursos naturales, Infraestructura, Cuestiones estratégicas, entre otros (Rodríguez, 2006).

La gran mayoría de los informes que realiza la GAO son por solicitud del Congreso y los informes tienen una amplia difusión pública, pues son utilizados tanto por el sector público, como por la academia y el sector privado, debido a su alta calidad técnica. Las auditorías presentan diversos alcances conforme los objetivos inicialmente planteados, lo que hace parte del cumplimiento del proceso estándar de auditoría. Aquí es importante resaltar que la GAO enfatiza que es una agencia de servicios profesionales independiente y no partidista de la rama legislativa del gobierno federal (Rodríguez, 2006).

La GAO desarrolla sus actuaciones en el marco de una planificación estratégica que busca servir al Congreso y a la nación. En el último informe de planeación expedido para el periodo de 2022 a 2027, la GAO identifica como tendencias que marcan a los Estados Unidos y su lugar en el mundo, y que por lo tanto deben ser evaluadas, las siguientes: (a) seguridad nacional: amenazas globales y domésticas; (b) sostenibilidad fiscal y deuda; (c) preparación para catástrofes e incidentes biológicos; (d) desigualdades raciales y étnicas; (e) ciencia, tecnología e innovación económica; (f) implicaciones para la seguridad por el incremento del mundo digital; (g) cambios en cómo y dónde trabajamos; (h) futuro global de las cadenas de suministro; (i) educación en línea y tecnologías en educación; (j) evolución de tecnología en la salud; (k) desarrollo sustentable; y (l) evolución del ambiente espacial (GAO, 2021).

Con relación a las metas para el periodo 2022 a 2027, la GAO (2021) estableció cuatro metas principales. La primera sobre bienestar y seguridad financiera, que busca proveer información de calidad al Congreso y al gobierno federal sobre los desafíos actuales y emergentes en materia de bienestar y seguridad financiera del pueblo. La segunda meta trata sobre seguridad nacional e interdependencia global, la cual busca proveer información de calidad al Congreso y al gobierno federal para responder a los cambios en las amenazas a la seguridad y los desafíos para seguridad nacional y la dependencia global. La tercera meta aborda los desafíos nacionales, para ayudar al gobierno federal en los desafíos que se puedan presentar y la cuarta meta busca maximizar el valor de GAO al permitir un servicio de calidad y oportuno al Congreso.

Teniendo en cuenta que la GAO busca examinar como el gobierno invierte el dinero de los contribuyentes y ayuda a la construcción de un mejor gobierno, algunos indicadores que se resaltan en su gestión del año fiscal 2021 son los siguientes: (a) la realización de 578 reportes; (b) la presentación de 67 testimonios en el Congreso; (c) elaboración de 1,602 nuevas recomendaciones; (d) el retorno de \$158 dólares en promedio en 5 años por cada dólar que el Congreso invierte en la GAO; (e) 1,239 mejoras en la operación del gobierno federal; y (f) más de 500 decisiones legales y opiniones entregadas (GAO, 2022). Por otra parte, es interesante observar que periódicamente

camente la GAO realiza auditorías sobre sus sistemas de control y auditaje. Al respecto Rodríguez Ariza (2006) afirma:

Durante el año 2005 se realizó una auditoría del sistema de control de calidad implantado por la GAO en la ejecución de las auditorías operativas efectuadas durante el ejercicio 2004. El equipo que la llevó a cabo estaba constituido por personal de otras entidades superiores de control externo de Canadá, Australia, México, Holanda, Noruega, Sudáfrica y Suecia. La opinión emitida declaró que dicho sistema estaba diseñado adecuadamente y funcionaba con eficacia, de acuerdo con las Normas de Auditoría Pública Generalmente Aceptadas en los Estados Unidos y el Manual de Auditoría Operativa de la GAO, así como el Código de Ética y Los Principios de Auditoría emitidos por INTOSAI.

Por otro lado, una empresa independiente de auditoría realizó un informe sobre los estados financieros representativos de las operaciones efectuadas por la GAO durante el periodo comprendido entre el 30 de septiembre de 2004 y 2005. La opinión del informe fue sin salvedades, señalándose que la información financiera reflejaba la imagen fiel y que la institución contaba con eficaces sistemas de control interno (Rodríguez, 2006).

Las auditorías de desempeño que desarrolla la GAO (2018) busca ante todo solucionar problemas mediante el análisis del logro de los objetivos planteados por los programas de gobierno, examinando las actividades realizadas para la mejora de la gestión pública y de la eficiencia y economía del gasto público. El lenguaje de los informes debe ser comprensible para el público en general y la página WEB de la entidad realiza difusión de los informes entregados al Congreso. Por ello, es tan importante el cumplimiento de los estándares de auditoría determinados en el “Libro amarillo” (Generally Accepted Government Auditing Standards, GAGAS).

4.3. Consideraciones sobre los sistemas de control fiscal de referencia en el ámbito internacional

Los modelos de control fiscal de España y Estados Unidos obedecen a dos tradiciones jurídicas muy diferentes donde el modelo español impidió la consolidación de poderes equilibrados entre diferentes órganos, para el ejercicio efectivo del control. Conforme el análisis histórico aquí realizado, desde la edad media los contadores

mayores en España concentraron las funciones de oír, librar pleitos y recaudar deudas, de modo que eran jueces encargados de imponer multas y sanciones (España, s.f.). Por ello, el control se confunde con las sanciones que imponen los encargados de ejercer el control y en ningún caso existía la posibilidad de ejercer control sobre los reyes que concentraban todas las funciones de gobierno.

Las constantes reformas que se sucedieron sobre los órganos encargados de ejercer el control sobre los súbditos no lograron dar mayor claridad sobre las competencias que debían ejercer los órganos de control. Tampoco consiguieron organizar adecuadamente las cuentas del Rey, que en varias oportunidades fue declarado en bancarota. En 1605 cuando se crean los Tribunales de cuentas en Lima, México y Santa Fe, aunque tenían amplias competencias para el ejercicio del control y para imponer sanciones, no contaban con suficientes funcionarios, teniendo en cuenta la gran extensión y riqueza de las Américas (Malagón, 2007: 236). Tampoco se contaba con procedimientos claros para la presentación de las cuentas, la condonación de deudas o las sanciones por las defraudaciones al fisco (Escobedo Mansilla, 1995). Por ello, Phelan (1995: 475-476) describe a la sociedad indiana como una sociedad feudal, donde el principio corporativo de los derechos, privilegios y obligaciones derivan del estamento al cual se pertenece, dando lugar a prácticas clientelistas y patrimonialistas, donde la administración es la encargada de adjudicar privilegios o sanciones sin mayores criterios objetivos.

La actual Constitución española de 1978 establece el Tribunal de Cuentas como órgano supremo de fiscalización de cuentas y de la gestión económico-financiera de todo el sector público, vinculado a las Cortes Generales, el cual es órgano fiscalizador y jurisdiccional, es decir, continúa concentrando competencias administrativas y jurisdiccionales, que bajo la teoría del principio de separación de poderes deberían estar separadas.

Aunque para algunos autores analizados (Zapata, 2020), las funciones fiscalizadoras y jurisdiccionales transitan por caminos independientes, dado que, cuando el tribunal fiscaliza, no busca el enjuiciamiento, sino dar cuentas a las Cortes, a través de un informe anual o Memoria, el cual culmina con el informe al parlamento; en la práctica, el tribunal puede activar su función jurisdiccional en cual-

quier momento. En nuestro concepto, el vínculo cercano entre el control a la gestión y las sanciones que pueden ser establecidas a los responsables por el gasto público, puede entorpecer la eficacia y procedencia del control a la gestión para la mejora continua de las entidades públicas. Aquí es importante resaltar que el control es fundamental para la buena administración pública, más allá de las sanciones que puedan establecerse, pues como bien lo afirma INTO-SAI, es una parte imprescindible de la regulación, al ayudar a señalar oportunamente las desviaciones, lo que permite la mejora continua en las entidades públicas.

En contraste, la historia constitucional de Estado Unidos evidencia cómo el reparto de competencias de forma equilibrada en los órganos de poder, ayuda al ejercicio del control, por canales institucionales, que además permiten mayor estabilidad. La GAO en Estados Unidos no tiene competencia para juzgar las cuentas del gobierno, es decir, no tiene competencia para determinar juicios de responsabilidad sobre los funcionarios públicos, sino que su evaluación se concentra en generar recomendaciones para la mejora institucional y la eficiencia del gasto público en todos los sectores de gobierno, ayudando al control político que constitucionalmente ejerce el Congreso, mediante información técnica.

Por ello, la misión fundamental de GAO es mejorar el proceso de rendición de cuentas mediante evaluaciones micro y macro de la administración, que tienen por finalidad alertar a los responsables de las políticas públicas sobre los problemas que pueden existir en sus administraciones. Para esto, desde 1972 se han esforzado por perfeccionar los estándares de auditoría, para determinar los criterios objetivos que serán utilizados para evaluar programas de forma técnica, evitando injerencias políticas de los partidos. Así, en caso de encontrar responsabilidades penales, administrativas o civiles, los funcionarios de la GAO deben enviar la información a los jueces competentes para el inicio de los respectivos procesos.

También es importante resaltar que solo hasta 2004, la GAO comenzó a realizar auditorías operativas o de desempeño (*performance auditing*), además de las auditorías financieras, las cuales buscan verificar si los programas de gobierno han cumplido o no con los objetivos inicialmente planteados, más allá del control financiero y con-

table. Esto evidencia que desde hace relativamente poco se realizan auditorías de desempeño en Estado Unidos y que los estándares para este tipo de auditorías son mucho más complejos que los estándares para el control financiero en las entidades públicas.

Gracias a los importantes avances en las auditorías de la GAO, las cuales permiten realizar evaluaciones técnicas, conforme estándares comúnmente aceptados, sobre las políticas públicas de los sectores de gobierno, los informes de las auditorías son valiosos tanto para el Congreso como para los funcionarios públicos, los ciudadanos, la academia y las empresas, pues la información técnica allí consignada es de utilidad para el público en general.

En este sentido, la estructura y las competencias de los órganos de control en España y en Estados Unidos son muy diferentes, aunque en principio los dos tengan por finalidad la rendición de cuentas. Por ello, el concepto político de *accountability* no tiene una traducción específica en español, el cual puede traducirse como control, rendición de cuentas o fiscalización. Para Schedler (2008: 11) mientras *accountability* conlleva un sentido claro de obligación, la palabra *rendición de cuentas* parece sugerir que es un acto voluntario del gobernante, que rinde cuentas por voluntad propia, no por obligación.

Para Aragón Reyes (1999: 55-56) en la tradición jurídica de Europa continental, el concepto de control se ha confundido con los conceptos de limitación, garantía y sanción. Esto porque en muchas constituciones y leyes se establecen limitaciones a los gobernantes, pero al no estar acompañadas por efectivos controles, las limitaciones impuestas legalmente, pueden ser fácilmente transgredidas en la práctica. Por ello, la existencia de limitaciones en los ordenamientos jurídicos no garantiza de forma alguna que estas se cumplan.

Con relación al control y las garantías, se destaca que, aunque el control es una garantía para la efectividad de las limitaciones establecidas en los ordenamientos jurídicos, no toda garantía representa un control. Esta confusión entre los términos, proviene de la doctrina italiana, que se adhiere a la concepción de Jellinek de “las garantías del Derecho Público”, que entiende la garantía constitucional como un instrumento encaminado a asegurar la “regularidad” de la Constitución. Al respecto, Galeotti (1963: 164) afir-

ma que la garantía constitucional son todos aquellos mecanismos institucionales objetivamente ordenados que aseguran el respeto a la Constitución. También para Galeotti, el término garantía es más amplio que el control, porque puede incluir elementos de la acción penal o disciplinaria, y porque la garantía constitucional tutela valores positivados en el texto de la constitución, mientras que el control, tutela no solo conjuntos normativos sino también intereses. Como bien lo afirma Aragón Reyes (1999: 64), el tema dista de ser pacífico y la ambigüedad de la relación control-garantía es permanente en todos los ordenamientos jurídicos, sobre la cual los operadores jurídicos deben tener cuidado.

Finalmente, la confusión entre control y sanción es más pacífica, pues se limita a la confusión de identificar el control sólo a las actuaciones que generan una sanción (Aragón: 63). Al respecto es importante precisar que la sanción es sólo una posible consecuencia negativa que puede presentarse al finalizar una evaluación o juicio sobre un objeto de control. Por ello, para Bobbio (2010: 144), la sanción es una respuesta a la violación de una norma, norma que puede ser moral, social o jurídica, razón por la cual no todas las sanciones existentes en una sociedad hacen parte del ordenamiento jurídico y, también, no todas las sanciones existentes garantizan el cumplimiento de una norma que limite el poder dentro de un Estado.

Cuadro 3. Diferenciación de conceptos relacionados al control

Limitación y control	Garantía y control	Sanción y control
La existencia de limitaciones NO garantiza que la limitación se cumpla El control es una garantía del cumplimiento de la limitación	Las garantías son medios para asegurar el cumplimiento de normas y obligaciones. El control es una garantía, pero el control no representa a todas las garantías existentes en un ordenamiento jurídico	La sanción es el resultado negativo del control, es una respuesta a la violación de una norma. No todas las sanciones garantizan el cumplimiento de una norma que limita el poder

Elaboración propia con base en Aragón Reyes, 1999

En consecuencia, cada ordenamiento jurídico tiene diferentes formas de limitación, control, garantía y sanción. Además, la forma de aplicación de estas herramientas cambia dependiendo de cada cultura, pues los diferentes contextos socio jurídicos pueden determinar diferentes estructuras, procedimientos y objetos de control, sanción y garantía, que pueden ser más o menos flexibles, dependiendo de los valores y principios que la comunidad política busque proteger. En este contexto, a continuación, serán analizados los sistemas latinoamericanos de Argentina, Brasil, Chile, México y Perú.

5. SISTEMAS LATINOAMERICANOS DE REFERENCIA: ARGENTINA, BRASIL, CHILE, MÉXICO Y PERÚ

5.1. Argentina⁵

5.1.1. Antecedentes históricos

La Constitución vigente en Argentina es una de las más antiguas en la región. Fue aprobada por una Asamblea Constituyente en 1853, y hasta el momento ha sido reformada siete veces. La última reforma ocurrió en 1994. Inicialmente, la Constitución se refería al control de los recursos del Estado, de forma muy simple en el artículo 75, que establece la obligación de instituir un organismo fiscal federal que debe asegurar la representación de todas las provincias y la ciudad de Buenos Aires.

La Ley 428 de 1870 estableció los primeros controles financieros a la administración, que buscaban establecer normas y procedimientos en materia presupuestal y contable. Esta Ley creó como órgano responsable del control administrativo de la hacienda del Estado a la Contaduría General de la Nación, sin realizar diferenciaciones importantes entre el control interno y el control externo (Argentina, 2003).

⁵ Apartes del Artículo: Valencia-Tello, D.C. & De Chueri, V.K. (2016). "Accountability, rendición de cuentas y controles a la administración. ¿Cómo funciona en Argentina según el ordenamiento jurídico vigente?". En: *Opinión Jurídica*. Vol 15. N° 29. Enero-Junio de 2016. Pp. 165-185.

En 1956 se creó el Tribunal de Cuentas de la Nación como órgano de control externo de la hacienda pública, dotándolo de independencia para llevar a cabo su misión. Los miembros del Tribunal eran nombrados por el Poder Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Hacienda. Por lo tanto, solo hasta 1956 se estableció un organismo con funciones jurisdiccionales de control externo, mientras que la Contaduría General continuó como encargada del control interno y del asesoramiento contable a las entidades públicas (Argentina, 2003).

Posteriormente, en 1974 se creó la Corporación de Empresas Nacionales mediante la Ley 20.558 con la finalidad de controlar las diversas actividades ejecutadas por las empresas y sociedades del Gobierno Nacional. Con esto, se buscaba contar con un sistema de control más integral y ágil que ayudara dentro de la gestión empresarial. En 1978, la Ley 21.801 reemplazó a la Corporación de Empresas Nacionales por la Sindicatura General de las Empresas Públicas (Si-GeP), entidad creada como órgano descentralizado, con personería jurídica; una entidad encargada de controlar la gestión y la legalidad de los actos de las empresas (Argentina, 2003).

Al analizar los antecedentes de los sistemas de control de la Administración Pública en Argentina, Despouy, sostiene que los controles establecidos en el ordenamiento jurídico eran insuficientes para promover un buen desempeño en el conjunto de la Administración Pública. En sus palabras, Despouy (2012a) afirma:

Evaluando en perspectiva, el sistema de control previsto originariamente en la Constitución de 1853, basado en el control recíproco de poderes, resultó insuficiente para promover un buen desempeño en la administración estatal. Las nociones de gobernabilidad, buena gestión, administración correcta y equilibrada, eficacia estatal, adecuado manejo de las finanzas públicas, control efectivo del uso de fondos públicos y tantos otros aspectos, sumados a los requisitos de transparencia en la gestión gubernamental, acceso a la información pública, participación ciudadana, mostraban la necesidad de perfeccionar los sistemas tradicionales de control institucional y político. Esto apareció claramente reflejado en el espíritu de la reforma de 1994, que incorporó una serie de derechos, garantías e institutos que respondían a estos nuevos paradigmas.

En la década de los años noventa Argentina (al igual que el resto de países latinoamericanos) tuvo que implementar reformas al Estado para hacer frente a la crisis fiscal y al pago de la deuda. La Ley 24.156 de 1992 denominada “Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional” fue sancionada en el marco del proceso de reforma al Estado iniciado con la Ley 23.696, por la que se declaró en estado de emergencia la prestación de los servicios públicos (Argentina, 2003).

Bajo la declaración de emergencia, la Ley 24.156 de 1992 estableció la conformación de los sistemas de control interno y control externo en Argentina, determinando que la responsabilidad por el control interno sería de la Sindicatura General de la Nación (SIGEN), organismo vinculado a la Presidencia de la República, y la responsabilidad por el control externo sería de la Auditoría General de la Nación (AGN), organismo vinculado al Congreso Nacional. Adicionalmente, la Ley estableció el régimen de responsabilidad de los funcionarios públicos, con la finalidad de garantizar la rendición de cuentas ante la sociedad.

Teniendo en cuenta que antes de esta Ley el control externo a la Administración Pública era realizado por el Tribunal de Cuentas de la Nación, podemos verificar que desde 1992 se realizó un cambio de modelo en la forma de realizar el control en la Administración Pública en Argentina, como analizaremos a continuación.

5.1.2. La Reforma a la Constitución de 1994

En materia de control externo a la administración, la Reforma a la Constitución de 1994 otorgó a la Auditoría General de la Nación (AGN) el reconocimiento constitucional, ya que el artículo 85 instituyó la AGN como órgano de asistencia técnica del Congreso para la realización del control externo en Argentina.

Al analizar este artículo, podemos verificar que el control externo a la Administración Pública en Argentina es competencia del Congreso, y la AGN es creada como un organismo de asistencia técnica, con autonomía funcional. La AGN necesita para su correcto funcionamiento de ley reglamentaria que debe ser aprobada por mayoría

absoluta de los miembros de cada Cámara. La Constitución Nacional –CN– también establece que la AGN deberá ser presidida por un (1) presidente, quien deberá ser designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso.

Hasta la fecha, el Congreso no ha aprobado ninguna ley que reglamente la creación y el funcionamiento de la AGN, lo que puede deberse, en parte, al exigente requisito constitucional de aprobación por mayoría absoluta de cada Cámara. Por esta razón, la AGN continúa desarrollado sus actividades con base en la Ley 24.156 de 1992, lo que genera contradicciones importantes con la reforma constitucional de 1994. En principio, hemos identificado dos contradicciones fundamentales que afectan el debido desarrollo del control externo en Argentina conforme analizamos a continuación.

La primera contradicción es que la AGN no cuenta con autonomía funcional frente al Congreso Nacional, conforme lo ordena la Constitución, pues bajo la actual normativa, el Congreso es quien establece la estructura básica, normas de funcionamiento y distribución de funciones. La segunda contradicción importante tiene que ver con la dirección de la AGN, ya que la Ley 24.156 determina un colegio de siete auditores nombrados por el Congreso Nacional de mayoría oficialista, y la Reforma constitucional de 1994 determina que la AGN debe ser presidida por un (1) presidente, quien deberá ser designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso.

Al respecto, el expresidente de la AGN en 2012, Leandro Despouy, en el informe de gestión sobre el control público en Argentina 2002-2012, considera que la Ley de Administración Financiera y la Constitución –CN– establecen órdenes normativos contradictorios, lo que genera numerosos conflictos en el desarrollo de las actividades del control externo. En el citado informe, Despouy (2012b) afirma:

La debilidad más notoria que ofrece la arquitectura institucional de la AGN se sitúa esencialmente en la yuxtaposición de dos órdenes normativos que encarnan filosofías distintas y, en algunos casos, opuestas, de los órganos de control. La Ley de administración financiera, que significó un progreso considerable en materia presupuestaria, arrastró notorias deficiencias en el ámbito del control gubernamental, ya que cercenó aspectos esenciales que hacen a la autonomía e independencia de la AGN. Por el contrario, la CN además de conferir rango cons-

titucional a la AGN, al presidente de la institución y al control externo del Estado le otorga la autonomía e independencia propias de una EFS. A diferencia de la Ley 24.156, la CN se aproximó más al principio de control por oposición cristalizado en la consigna “el que gana gobierna y el que pierde controla”. Por ello, es que confiere la presidencia del organismo al partido de oposición con mayoría de representantes en el Congreso.

Para el expresidente de la AGN, la falta de reglamentación del texto constitucional ha sido la fuente principal de litigios y controversias públicas. En este contexto, las preguntas que surgen son: ¿Quién representa finalmente al organismo y es su autoridad máxima? ¿El presidente, que es la única figura constitucional o el Colegio de Auditores que se rige por la Ley 24.156 que regula también a la AGN y que tal como lo prueba la práctica, hace que los auditores nombrados por los bloques oficialistas de las dos cámaras sean mayoría? ¿Puede estar el control externo encargado de controlar la gestión del Estado que lleva a cabo el oficialismo, en manos de un organismo con predominio oficialista? (Despouy 2012b: 27).

Efectivamente, la ausencia de reglamentación del artículo 85 de la Constitución Nacional constituye una notoria falta del Congreso. Esta demora en la reglamentación del control externo ha posibilitado y abierto un debate que, en muchos casos, ha frenado la actividad de la AGN sobre todo con respecto a la aprobación de los informes en su versión original por parte del Colegio de Auditores, dominado por el bloque oficialista, como se analizará a continuación.

Ahora, es importante destacar que Argentina es una república federal, dividida en 23 provincias y un distrito Federal, que es la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Del análisis de las leyes e informes del AGN se desprende que el control externo en Argentina está desconcentrado en cada Estado de la Federación, sin que exista ninguna legislación que determine requisitos mínimos para ejercer el control externo en el nivel territorial.

Debido a que Argentina no cuenta con normas que unifiquen los diferentes conceptos, procedimientos o mecanismos para aplicar los controles externos o internos en las entidades públicas de las provincias, cada Estado cuenta con instrumentos legales propios y autónomos en materia de control, generando que el sistema sea bas-

tante complejo y difícil de administrar como puede verificarse en el Manual elaborado por la Fundación Poder Ciudadano (2008).

Otro ejemplo son las Constituciones de la Provincia de Salta (artículo 169) y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (artículo 135) que establecen la Auditoría General como órgano encargado para ejercer el control externo posterior, excluyendo así la posibilidad del control preventivo. En contraste en 2006 y 2007, las Constituciones de las Provincias de Tucumán (artículo 78) y la de Corrientes (artículo 133) instituyeron el Tribunal de Cuentas, determinando que el control por él ejercido es preventivo (Atchabahian, 2006).

En este orden de ideas, en Argentina coexisten dos modelos de entidades fiscalizadoras en el nivel federal y territorial: las auditorías generales y los tribunales de cuentas, además de diversos modelos de control (preventivo y posterior), sin que existan normas generales que regulen aspectos mínimos sobre los controles aplicables o sobre las relaciones entre los organismos de control. Los vacíos y la falta de coherencia de los sistemas jurídicos aplicables deben provocar diversos conflictos e interpretaciones opuestas entre los diversos responsables de la gestión pública en Argentina, en los varios niveles de gobierno.

5.1.3. Estructura organizacional y alcance de la actividad fiscalizadora

La indebida injerencia del Congreso sobre la gestión de la AGN se evidencia claramente en la necesidad de aprobación de los informes de auditoría por parte del Colegio de Auditores. Cuando los informes de auditoría son finalmente aprobados por el Colegio de Auditores, deben ser notificados a la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas, salvo que el Colegio de Auditores haya decidido la reserva del informe, reserva que deberá ser justificada, conforme la facultad de reserva excepcional contemplada en el inciso f) artículo 119 de la Ley 24.156 a la mencionada Comisión.

Los informes catalogados como “reservados” que deben ser archivados bajo esta denominación por la Oficina de Actuaciones Colegiadas de la entidad no pueden ser publicados hasta tanto no exis-

ta autorización de la Comisión Parlamentaria correspondiente. La AGN ha reglamentado la reserva de informes mediante la Resolución 66 del 23 de mayo de 2003. Sin embargo, esta normativa no aclara cuales son los criterios objetivos que deberán sustentar la decisión de reserva de los informes, razón por la cual este es un vacío legal que genera opacidad. Por ello, la Resolución 26 de 2012 establece en el artículo 1:

Únicamente deben ser considerados 'Informes de Auditoría' atribuibles a la AGN, aquellos que fueron aprobados por el Colegio de Auditores Generales mediante el dictado de la resolución correspondiente. Los Informes de Auditoría se publican en la página de internet de la Institución. Antes de la aprobación, los 'borradores' o 'proyectos de informe de auditoría sujeto a discusión' que se hayan elaborado, sólo revisten el carácter de tales y su circulación es estrictamente confidencial.

Por otra parte, los informes que han sido aprobados por el Colegio de Auditores sin reserva se publican en la página web de la institución para consulta de toda la ciudadanía. En los últimos años, se ha evidenciado una mejora sustantiva del control externo en materia de transparencia y participación ciudadana, en razón a la decisión de publicar los informes de la AGN en página web, inmediatamente después de ser enviados al Congreso.

Anteriormente, la prohibición de publicar los informes de la AGN alentó graves sospechas sobre la utilización de los informes para otros fines y, en cualquier caso, el moroso y opaco tratamiento en el Congreso menguaba considerablemente su impacto. Así para la AGN, la publicación de los informes tuvo un efecto vitalizador en la medida en que los distintos sectores involucrados en la sociedad –usuarios, consumidores, etc.–, advirtieron la relevancia de las comprobaciones y las auditorías (Despouy, 2012b).

En el informe de gestión del 2012, la AGN hace un llamado de atención a la Administración Pública en razón a las dificultades encontradas en las entidades al momento de solicitar información relevante para las auditorías del control externo. En algunos casos, la AGN debió recurrir a la Justicia para que se entregara información. En uno de estos casos fue precisamente la Sindicatura General de la Nación –SIGEN–, organismo responsable por el control interno, la

que se negó a entregar información, lo que representa un contrasentido entre organismos responsables por los controles a la administración, quienes deberían apoyarse permanentemente para lograr mejores resultados.

Estos eventos ejemplifican bien cómo la entidad que exige cuentas en serio no puede estar en igualdad de condiciones con la entidad que rinde cuentas, ya que para que los controles sean efectivos, es necesario que el controlador cuente con autonomía y autoridad suficientes para investigar hechos, exigir justificaciones e imponer sanciones cuando sea necesario (Schedler, 2008: 35).

5.2. *Brasil*⁶

5.2.1. Antecedentes históricos

Brasil no tuvo un proceso de independencia violento contra Portugal, pues la primera Constitución de 1824 mantuvo la monarquía a favor de Pedro I como emperador y defensor perpetuo del país, lo que representa una gran diferencia frente a los procesos de independencia en lo demás países de América Latina (Carvalho, 2003: 13). La Constitución del Imperio de Brasil de 1824 estableció un modelo de Estado unitario y centralizado con cuatro poderes políticos: el legislativo, el ejecutivo, el judicial y el moderador, dentro de un sistema de gobierno que se asimilaba a una monarquía parlamentaria. El monarca ejercía el poder moderador con el apoyo del Consejo de Estado, órgano de carácter consultivo y, al mismo tiempo, el poder ejecutivo era auxiliado por los ministros de Estado (Costa, 2008). En materia de control financiero, el Ministro de Finanzas tenía la responsabilidad de presentar el balance sobre los ingresos y gastos. Por su parte, la Cámara tenía el derecho de examen sobre la administración y sobre los abusos cometidos (Speck, 2000: 37).

⁶ Apartes de: Valencia-Tello, D.C. (2011). *Disertação de Mestrado. O Controle da administração pública no Brasil e na Colômbia*. Universidade Federal do Paraná. Setor de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba.

Durante la época del Imperio surgieron varias propuestas para la creación de una institución encargada del control de la ejecución del presupuesto, la cual no buscaba la prevención del fraude o de la corrupción, sino que pretendía, especialmente, el control sobre el exceso de los gastos, que desde está época realizaban muchas administraciones (Speck, 2000: 38).

Por ello, las primeras iniciativas para la creación de un Tribunal de Cuentas, durante el Imperio surgieron desde el poder ejecutivo, concretamente de los ministros de hacienda y no del parlamento, debido a los problemas administrativos sobre la racionalidad del gasto público. Sin embargo, nunca se llegó a discutir la responsabilidad fiscal de los administradores por el mal uso de los dineros públicos (Camargo, 2010: 185).

En 1889 un golpe militar instaura una nueva forma de gobierno republicano, federal y presidencialista, derrumbando la monarquía parlamentaria del Imperio de Brasil que había sido establecida en la Constitución de 1824. Así, el 15 de noviembre de 1889 es establecido un gobierno provisional republicano y es en este contexto, que el Ministro de Finanzas, Rui Barbosa mediante el decreto N° 966-A de 1890 del gobierno provisorio, instituyó el Tribunal de Cuentas, previendo que la nueva institución desarrollara funciones de intermediación, de forma independiente entre la rama ejecutiva y la legislativa (Speck, 2000: 40-42).

El Tribunal de Cuentas (TCU) desde su creación ha sido un órgano con estatus constitucional, ya que en la Constitución de 1891 en el artículo 89 se refirió a la institución como la encargada de liquidar las cuentas de ingresos y gastos del gobierno, así como la encargada de verificar la legalidad de las cuentas, antes de ser presentadas al Congreso. En esta primera etapa, los miembros del Tribunal eran nombrados por el Presidente de la República con aprobación del Senado y solamente podían perder su puesto por sentencia, de forma que su estabilidad en el cargo estaba garantizada.

En 1934, el TCU pasó a ser parte de los órganos de cooperación junto con el Ministerio Público y los consejos técnicos. Luego, en 1937 el TCU pasa a ser parte del poder judicial y solo hasta la Constitución de 1946 el TCU ingresa al poder legislativo, donde se mantie-

ne en las Constituciones de 1967 y de 1988 (Speck, 2000: 45), como será analizado más adelante.

Con relación al tipo de control ejercido por el TCU, desde 1890 Rui Barbosa estuvo a favor del control previo de los actos de la administración pues en su concepto no bastaba juzgar a la administración por malos manejos, sino que era necesario tutelar el dinero público en todo momento (Speck, 2000: 51).

De esta forma quedó establecida la función de fiscalización por medio del registro previo de la ejecución financiera, la liquidación de las cuentas de los administradores por competencia propia y la elaboración de un parecer sobre las cuentas del gobierno para el Congreso. Estos tipos de controles hicieron al TCU un órgano prácticamente administrativo, ya que en la práctica el control previo condicionaba las ordenes de gastos al registro por el TCU, causando que esta institución fuera parte del proceso administrativo, con poderes de veto.

Es importante destacar la estabilidad que ha tenido el TCU desde el momento de su creación, permaneciendo sin mayores modificaciones internas y adaptándose a los cambios de régimen político, tanto en gobiernos autoritarios como democráticos y a la administración pública brasilera en general. Aquí es importante resaltar que desde 1934, todas las cuentas del gobierno fueron aprobadas por el TCU (Speck, 2000: 45), con excepción del 2014 durante el gobierno de Dilma Rousseff, lo que dio paso a su destitución.

Durante los años sesenta, el gobierno militar tenía un amplio proyecto de reforma económica para implementar planes de desarrollo, los cuales requerían reformas administrativas, financieras y en los órganos de control. El principal cambio en materia de controles fue la abolición del sistema de registro previo de los gastos y la introducción del control interno en la administración (Speck, 2000: 68). Al respecto, Barbosa (2002, en Castro, 2007: 141) afirma:

En el régimen constitucional de 1946, no era posible ni efectivo acompañar la administración financiera y presupuestal del Estado, especialmente por la proliferación de entidades públicas con personería propia, la Constitución de 1967 incluyó, entre las atribuciones del sistema de control interno, la de "crear condiciones indispensables para la eficacia del control externo y para asegurar la regularidad a la

realización de los ingresos y gastos” (art. 72, inciso I), estableciendo la necesidad de integración entre el control externo y el control interno –con lo que se pretende evitar el “gigantismo del control externo, la multiplicación indebida de esfuerzos y procedimientos, con la elevación de costos operativos. Así, prevalecen las racionalizaciones administrativas y las economías procesales”.

Efectivamente, con el aumento de la administración pública fue cada vez más evidente la imposibilidad de realizar un control previo de los actos de la administración. Además, el requisito de registrar previamente los gastos era una actividad que ya no representaba valor para la administración, pues los plazos establecidos por el TCU no permitían una efectiva verificación de la legalidad y regularidad de los actos administrativos. Por ello, desde esta época el TCU comienza a realizar un control posterior y selectivo, aunque para muchos, hasta la actualidad, los Tribunales de Cuentas mantienen la cultura del control previo (Speck, 2000: 69).

Aunque desde la Constitución de 1967 se estableció la obligatoriedad de implementar el control interno en la administración, solo diez de veintiséis Estados establecieron órganos de control interno entre 1964 y 1988 (CONACI, 2009). Esto evidencia la falta de interés de muchos sectores en la implementación de controles preventivos como el control interno, así como las dificultades de modificar viejas prácticas y estructuras en la administración, para mejorar los mecanismos de control en las administraciones públicas.

5.2.2. La Constitución Federal de 1988

La Constitución Federal de 1988 redefinió las instituciones del Estado, y aunque fue motivo de debate la adopción de un modelo de control de contraloría, semejante al de los Estados Unidos, prevaleció el modelo de Tribunal de Cuentas como órgano auxiliar del poder legislativo, así como el control interno en cada poder (Loureiro, Teixeira, Moraes, 2009), pues la Constitución determina en el artículo 71 que el control externo será ejercido por el Congreso Nacional, con el auxilio del TCU.

Para López Meirelles (2000: 602), el control externo en Brasil es por excelencia, un control político de legalidad contable y finan-

ciero, el primero a cargo del Legislativo y el segundo a cargo del Tribunal de Cuentas. Al respecto, el artículo 70 de la Constitución establece:

Art. 70. La fiscalización contable, financiera, presupuestaria, operacional y patrimonial de la Unión y de las entidades de la administración directa e indirecta, en cuanto a la legalidad, legitimidad, economía, aplicación de las subvenciones y renuncia de los ingresos, será ejercida por el Congreso Nacional mediante el control externo y por el sistema de control interno de cada Poder.

El artículo 71 de la Constitución establece que el control externo a cargo del Congreso Nacional será ejercido por el TCU, el cual cuenta con autonomía administrativa, financiera y presupuestal. El TCU tiene competencia para fiscalizar toda persona física o jurídica, sea de derecho público o derecho privado, que utilice, recaude, guarde, gerencie o administre dinero, bienes o valores públicos o por los cuales la Unión responda, o que, en nombre de esta, asuma obligaciones de naturaleza pecuniaria.

El TCU además de elaborar conceptos técnicos sobre las cuentas del poder ejecutivo, comenzó a realizar auditorías de desempeño sobre las políticas públicas, lo que significó que no solo se debe realizar verificación de la legalidad del gasto, sino que también se debe verificar si el gasto público produce el resultado esperado (Loureiro, Teixeira, Moraes, 2009).

Otro cambio importante en la Constitución de 1988 fue la forma de elección de los ministros del TCU, pues el presidente perdió el monopolio que tenía para indicar la totalidad de los ministros. El TCU al ser un organismo colegiado, está compuesto por nueve ministros, donde el Congreso elige a seis ministros, y tres ministros son electos por el Presidente, de estos tres ministros, uno ministro debe ser elegido entre los ministros suplentes, otro entre los miembros del Ministerio Público ante el TCU y solo el noveno ministro es de libre elección por parte del Presidente, pero depende de la aprobación del Senado Federal. Los ministros tienen periodos vitalicios, es decir, su retiro normalmente sucede por jubilación, lo que garantiza la estabilidad en el cargo.

La enmienda Constitucional N° 19 de 1988 introdujo la eficiencia entre los principios que orientan las actividades de la administración

pública, y para muchos autores esto implica que la eficiencia también debe ser un parámetro de control que debe tener en cuenta los Tribunales de Cuentas en la actualidad (Marques Neto, 2009: 202).

Con relación al marco legal, la única Ley aplicable a todos los Estados de la Unión es la Ley de Responsabilidad Fiscal, Ley Complementar N° 101 (LRF) que fue impulsada en el año 2000 en respuesta a la crisis financiera del Estado brasileiro, como condición del Fondo Monetario Internacional para la aprobación de préstamos. La LRF otorgó nuevas responsabilidades a los Tribunales de Cuentas, y al sistema de control interno de cada poder con la finalidad de establecer medidas de equilibrio fiscal mediante la imposición de restricciones al crecimiento de gastos y en la fijación de límites de endeudamiento de los entes públicos.

Aquí es importante resaltar que históricamente, Brasil no contó con normas que unifiquen los diferentes conceptos, procedimientos o mecanismos para aplicar los controles externos o internos en las entidades públicas de la Unión; razón por la cual, cada estado de la Unión cuenta con instrumentos legales propios y autónomos en materia de control, lo que en algunas oportunidades dificulta la coordinación que debe existir entre los Tribunales de Cuentas en las diferentes jurisdicciones.

Sin embargo, en los últimos años el Instituto Rui Barbosa (s.f.) ha buscado alinear los trabajos de fiscalización de los Tribunales de Cuentas brasileiros mediante un estándar metodológico, aceptado internacionalmente por la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores INTOSAI.

5.2.3. Estructura organizacional y alcance de la actividad fiscalizadora

La jurisdicción del Tribunal de Cuentas de la Unión (TCU) se extiende a todo el país, incluyendo las 2.559 unidades de la Administración Pública Federal directa e indirecta. También están sujetos al control del TCU los 26 Estados, los 5.561 municipios y el Distrito Federal, teniendo en cuenta que el TCU es competente para fiscalizar todo recurso público federal que sea trasladado a los Estados o

municipios del país (Misas Arango, *et. al.*, 2006: 322). Sin embargo, cada Estado de la Unión cuenta con su propio Tribunal de Cuentas para el ejercicio del control externo.

Con relación a la estructura organizacional, no existen normas que unifiquen la carrera administrativa o la estructura de los Tribunales de Cuentas, de forma tal que cada Estado de la Unión tiene normas diferentes en sus respectivas legislaciones. Por lo tanto, el número de ministros, personal técnico y administrativo varía en cada Estado, aunque se mantiene en todos los Estados la estructura colegiada. En particular, el TCU está compuesto por nueve ministros que son autoridades máximas, aunque uno de ellos preside el Tribunal. Las decisiones son tomadas en plenario integrado por todos los ministros.

No se evidencian normas o procedimientos que regulen la relación del TCU con los Tribunales de Cuentas en los Estados de la Unión y por lo tanto en principio, podemos afirmar que la estructura de los Tribunales es desconcentrada con total autonomía de los Estados y los tribunales al momento de establecer su propia estructura.

La Ley N° 8.443 del 16 de Julio de 1992 es la Ley orgánica del Tribunal de Cuentas de la Unión; la cual desarrolla en particular las competencias del TCU con base en las atribuciones constitucionales.

En principio, cuatro son los tipos principales de procesos en los Tribunales de Cuentas, los cuales son: (a) los informes sobre cuentas del gobierno; (b) el registro de admisiones y de jubilaciones; (c) el juicio sobre las cuentas de los administradores; y (d) la fiscalización por inspecciones y auditorías. Teniendo en cuenta un estudio realizado por el propio TCU en 1991, se estableció que 50% de los recursos son aplicados al registro de las jubilaciones, 40% al juzgamiento de las cuentas y solo el 2% se encarga de actividades fiscalizadoras (Gonçalves, 1991).

Con relación al registro de admisión de personal y el otorgamiento de jubilaciones, el TCU busca observar la legalidad de los actos y evidenciar el cumplimiento de la LRF. En el 2011, el informe de Prestación de Cuentas (2012) determinó que fueron revisados en total 419.749 actos, de los cuales 1.864 fueron considerados ilegales y 98.319 fueron multados. Así mismo, en el 2011 fueron adopta-

das 113 medidas cautelares, que implican la suspensión de actos o procedimientos de la administración federal, por considerar que no cumplieran con los requisitos legales o la moralidad en la ejecución de los recursos públicos. Estos actos y procedimientos representaban recursos federales superiores a R\$ 9.2 billones. En el mismo año, el TCU juzgó las cuentas de 12.833 responsables, y se condenaron 2.671 responsables al pago de multas (R\$3.69 millones) o al resarcimiento del débito (R\$1.45 billones) (Brasil, 2011).

El informe sobre las “cuentas del gobierno” tiene por finalidad asistir al Legislativo en la aprobación de cuentas del gobierno. Así el TCU debe producir información analítica adicional al balance ofrecido por el gobierno para que el Congreso evalúe la información (Speck, 2000: 85). No obstante, en Brasil, la expresión “cuentas del gobierno” deja en abierto si estas se refieren a las cuentas del Presidente, del Ejecutivo o del Estado (Pederiva, 1998, en Speck, 2000: 97), también existen dudas sobre los criterios de evaluación que deben ser utilizados.

Aun así, la Ley de Responsabilidad Fiscal en el artículo 56 estableció que las cuentas anuales comprenden todos los poderes y respectivos órganos constitucionales y el artículo 59 establece puntualmente las materias que deben ser fiscalizadas por el Congreso con ayuda de los Tribunales de Cuentas, del sistema de control interno de cada poder y del Ministerio Público.

En consecuencia, el TCU debe apreciar y emitir “Parecer previo conclusivo” sobre las cuentas del Presidente de la República anualmente. El informe sobre las cuentas del Gobierno de la República contempla también informaciones sobre los demás Poderes y el Ministerio Público, para efectos de tener todo un panorama de la Administración Pública Federal.

La Constitución también ordena la realización de auditorías, las cuales pueden ser iniciadas directamente por el Tribunal de Cuentas o pueden ser solicitadas por el Congreso Nacional.

Finalmente, con relación a la Responsabilidad Fiscal, en principio las decisiones del Tribunal que resulten en imputación de débitos o multas contra los administradores representan título ejecutivo; pero debido a que la Constitución no se pronunció sobre la legitimidad

ejecutiva de los Tribunales de Cuentas, la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal sentenció que el verdadero acreedor de los débitos imputados es el propio ente público perjudicado, razón por la cual solamente ellos están facultados para iniciar el proceso ejecutivo (Coelho, 2010).

La restricción legal de ejecutar en la práctica las decisiones de los Tribunales de Cuentas resulta en que la tasa de éxito en la efectiva ejecución de las multas esté por debajo del 1% con pocas excepciones. Igualmente, la sanción política a los administradores para las siguientes elecciones, que debe ser implementada por la Justicia Electoral, presenta una tasa de éxito mínima (Speck, 2008: 557).

5.3. Chile

5.3.1. Antecedentes históricos

En época de la Colonia, la Real Audiencia, Supremo Tribunal de Justicia en América fue instalado en Concepción en 1567 y en Santiago en 1609. Sin embargo, durante el siglo XVIII perdió relevancia. Con la independencia, la nueva República instauró la Contaduría Mayor de Cuentas, que, según la ordenanza del 18 de mayo de 1839, la cual era el organismo contralor y contable por excelencia y por tanto, la institución precedente de los organismos de control en Chile, pues era la encargada de resguardar los actos administrativos de la Nación, mediante la toma de razón de los mismos. En 1875 es realizada una reforma a los servicios de Hacienda creándose la Dirección General de Contabilidad y en 1888 fue instituido el Tribunal de Cuentas, que superó en atribuciones a los anteriores organismos de control. Se destaca la labor del fiscal Valentín Letelier Madariaga, quien de 1891 a 1918 con sus dictámenes aportó a la construcción del derecho administrativo chileno conforme los principios de legalidad, independencia de la función fiscalizadora y la obligación de los servidores públicos de rendir cuentas por su gestión (Chile, s.f.).

Posteriormente, la Contraloría General de la República (CGR) nace como en otros países de la región, fruto de las recomendaciones realizadas por la Misión Kemmerer en 1925, las cuales fueron plasmadas posteriormente en el Decreto con Fuerza de Ley N° 400-Bis

del 26 de marzo de 1927. Este decreto buscó fusionar la Dirección General de Contabilidad, el Tribunal de Cuentas, la Dirección General de Estadísticas y la Inspección General de Bienes de la Nación y crear una única entidad encargada del control externo de las actuaciones de la Administración Pública. Sin embargo, dicho decreto ha sido modificado por una serie de disposiciones que además de otorgarle rango constitucional (1943) a la CGR, perfecciona y conforma su actual estructura de funciones, atribuciones y potestades (1953) (Chile, s.f.).

5.3.2. La Constitución Política de 1980

La Constitución Política de la República de Chile de 1980, fue aprobada en un plebiscito y entró en vigor en un régimen transitorio el 11 de marzo de 1981 y en forma plena el 11 de marzo de 1990. Ha sido reformada en varias oportunidades y con relación a la CGR, la Constitución en el capítulo X consagra lo siguiente:

Artículo 98. Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva. [] El Contralor General de la República deberá tener a lo menos diez años de título de abogado, haber cumplido cuarenta años de edad y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio. [] Será designado por el Presidente de la República con acuerdo del Senado adoptado por los tres quintos de sus miembros en ejercicio, por un período de ocho años y no podrá ser designado para el período siguiente. Con todo, al cumplir 75 años de edad cesará en el cargo.

Artículo 99. En el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer, pero deberá darles curso cuando, a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de todos sus Ministros, caso en el cual deberá enviar copia de los respectivos decretos a la Cámara de Diputados. En ningún caso dará curso a los decretos de gastos que excedan el límite

señalado en la Constitución y remitirá copia íntegra de los antecedentes a la misma Cámara.

Corresponderá, asimismo, al Contralor General de la República tomar razón de los decretos con fuerza de ley, debiendo representarlos cuando ellos excedan o contravengan la ley delegatoria o sean contrarios a la Constitución. [] Si la representación tuviere lugar con respecto a un decreto con fuerza de ley, a un decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional por apartarse del texto aprobado, o a un decreto o resolución por ser contrario a la Constitución, el Presidente de la República no tendrá la facultad de insistir, y en caso de no conformarse con la representación de la Contraloría deberá remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional dentro del plazo de diez días, a fin de que éste resuelva la controversia. [] En lo demás, la organización, el funcionamiento y las atribuciones de la Contraloría General de la República serán materia de una ley orgánica constitucional.

Inciso 6° artículo 64. Autorización al Presidente de la República para dictar disposiciones con fuerza de ley. [] A la Contraloría General de la República corresponderá tomar razón de estos decretos con fuerza de ley, debiendo rechazarlos cuando ellos excedan o contravengan la autorización referida.

Inciso 5° artículo 67. Ley de Presupuesto. [] Si la fuente de recursos otorgada por el Congreso fuere insuficiente para financiar cualquier nuevo gasto que se apruebe, el Presidente de la República, al promulgar la ley, previo informe favorable del servicio o institución a través del cual se recaude el nuevo ingreso, refrendado por la Contraloría General de la República, deberá reducir proporcionalmente todos los gastos, cualquiera que sea su naturaleza.

Por su parte, la Ley Orgánica Constitucional de la CGR, la Ley N° 10336 de 1964, por medio de la cual se establece la Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, establece lo siguiente:

ARTÍCULO 1°. La Contraloría General de la República, independiente de todos los Ministerios, autoridades y oficinas del Estado, tendrá por objeto fiscalizar el debido ingreso e inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades, de la Beneficencia Pública y de los otros Servicios que determinen las leyes; verificar el examen y juzgamiento de las cuentas que deben rendir las personas o entidades que tengan a su cargo fondos o bienes de esas instituciones y de los demás servicios o entidades sometidos por ley a su fiscalización, y la inspección de las oficinas correspondientes; llevar la contabilidad general de la Nación; pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría General; vigilar el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo y desempeñar, finalmente,

todas las otras funciones que le encomiende esta ley y los demás preceptos vigentes o que se dicten en el futuro, que le den intervención. [] La Contraloría estará obligada a ejercer en forma preferente las atribuciones señaladas en el inciso anterior, en los casos de denuncias hechas o investigaciones solicitadas en virtud de un acuerdo de la Cámara de Diputados.

ARTÍCULO 2°. La Contraloría estará a cargo de un funcionario que tendrá el título de Contralor General de la República. Habrá también un Subcontralor, que reemplazará al Contralor en los casos de vacancia y mientras se nombre al titular¹. Para el desempeño de ambos cargos se requerirá el título de abogado. Estará, además, constituida por los Departamentos Jurídico, de Contabilidad y de Inspección General de Oficinas y Servicios Públicos; por la Fiscalía; por los Subdepartamentos de Toma de Razón, de Registro de Empleados Públicos, de Contabilidad Central, de Control de Entradas, de Control de Gastos, de Crédito Público y Bienes Nacionales, y por la Secretaría General. El Contralor General de la República podrá modificar la Planta de Empleos establecida en el artículo 1° del decreto con fuerza de ley N° 42, de 1959, o crear aquellos cargos que estime necesarios, siempre que se trate de empleos iguales o inferiores a Jefes de Departamento, con cargo al Presupuesto del propio Servicio. Los Departamentos, la Fiscalía y la Secretaría General dependerán directamente del Contralor. Los Subdepartamentos podrán depender de los Departamentos o directamente del Contralor, según lo resuelva éste en atención a las necesidades del Servicio. No obstante, el Contralor General tendrá facultad para suprimir o fusionar algunos de estos Subdepartamentos y las Secciones de la Contraloría o crear otros con el personal del Servicio, fijándoles su dependencia y asignándoles aquellas atribuciones de este organismo que correspondan a la naturaleza del respectivo Subdepartamento o Sección. En ningún caso el ejercicio de esta facultad podrá producir supresión de personal.

ARTÍCULO 3°. El Contralor General será nombrado por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado. Los demás empleados de la Contraloría serán de la exclusiva confianza del Contralor, quien podrá nombrarlos, promoverlos y removerlos con entera independencia de toda otra autoridad

ARTÍCULO 7°. El Contralor General tendrá competencia exclusiva en la investigación, examen, revisión y determinación de todos los créditos y deudas del Fisco; en el examen y juzgamiento de todas las cuentas de los empleados que custodien, administren, recauden o inviertan rentas, fondos o bienes fiscales, municipales y de la Beneficencia Pública, o de toda persona o entidad que deba rendir sus cuentas a la Contraloría o que esté sometida a su fiscalización. [] Los funcionarios o entidades que, sin recibir o percibir directamente rentas, fondos o bienes de los mencionados en el inciso anterior, tuvieren, sin embargo, intervención en el oportuno ingreso de estos valores en Tesorería o en la debida incorporación de esos bienes en los inventarios, deberán

dar cuenta a la Contraloría de todos los roles que al efecto confeccionen o de todas las órdenes que expidan.

ARTÍCULO 9°. El Contralor General estará facultado para dirigirse directamente a cualquier Jefe de Oficina o a cualquier funcionario o persona que tenga relaciones oficiales con la Contraloría o que le haya formulado alguna petición, a fin de solicitar datos e informaciones o de dar instrucciones relativas al Servicio. [] El Contralor podrá solicitar de las distintas autoridades, jefaturas de Servicios o funcionarios, los datos e informaciones que necesite para el mejor desempeño de sus labores y podrá, también, dirigirse a cualquiera autoridad o funcionario para impartir instrucciones relativas a la fiscalización que legalmente le corresponda. [] La falta de observancia oportuna de estos requerimientos podrá ser sancionada directamente por el Contralor General con la medida disciplinaria de multa de hasta quince días de remuneraciones, sin perjuicio de que, si lo estima procedente, pueda disponerse la suspensión, sin goce de remuneraciones, del funcionario responsable de tal omisión, hasta que se le remitan los antecedentes o informes requeridos. [] Las normas que establezcan el secreto o reserva sobre determinados asuntos no obstarán a que se proporcione a la Contraloría General la información o antecedente que ella requiera para el ejercicio de su fiscalización, sin perjuicio de que sobre su personal pese igual obligación de guardar tal reserva o secreto. [] Sin perjuicio de la facultad que le concede el inciso 1°, es obligación del Contralor emitir por escrito su informe, a petición de cualquier Jefe de Oficina o de Servicio, acerca de todo asunto relacionado con los presupuestos; con la administración, recaudación, inversión o destinación de fondos, rentas o cualesquiera bienes de los indicados en el inciso 1°, del artículo 7°; con la organización y funcionamiento de los Servicios Públicos; con las atribuciones y deberes de los empleados públicos, o con cualquiera otra materia en que la ley le dé intervención a la Contraloría. [] Estos informes serán obligatorios para los funcionarios correspondientes, en el caso o casos concretos a que se refieran.

ARTÍCULO 13. El Contralor refrendará todos los bonos y otros documentos de deuda pública directa o indirecta que se emitan. Ningún bono u otro documento de deuda pública será válido sin la refrendación del Contralor o de otro funcionario o institución que, a propuesta de él, designe el Presidente de la República. [] El Contralor podrá dar cumplimiento a la obligación que le impone el inciso anterior, respecto a la refrendación de los bonos y demás documentos que se indican, estampando su firma en facsímil.

Conforme a lo citado, se puede afirmar que la Contraloría General de la República (CGR) de Chile, es el órgano superior de fiscalización de la Administración Pública del Estado, con rango constitucional. El contralor es elegido por el Presidente de la República con

acuerdo del Senado y es esencialmente una entidad de control de legalidad de los actos de la administración. Por ello, Chile es uno de los países de la región donde la EFS no cuenta con mandato constitucional o legal para realizar auditorías de desempeño. Al respecto la OCDE afirma:

En Chile, los informes de auditoría elaborados por la Contraloría General de la República (CGR) se centran actualmente en el cumplimiento legal. Los informes contienen observaciones respecto al incumplimiento de la normativa o de los procedimientos. Los servicios auditados deben corregir estas observaciones para garantizar el cumplimiento. Los informes de auditoría de la CGR suelen limitarse a describir el hallazgo, pero no las vías para adoptar medidas correctivas. Desde 2014, la CGR se ha esforzado por orientar a los auditores para que ofrezcan a las entidades auditadas una guía sobre las medidas que podrían tomarse para responder a las observaciones y los auditores pueden incluir sugerencias de medidas correctivas (Orden de Servicio N° 30, de 2014). Por supuesto, hay que tener cuidado de no coadministrar. No obstante, los auditados entrevistados indicaron que, a veces, agradecerían más orientación para garantizar un seguimiento correcto.

Al igual que otros países de América Latina, la CGR en Chile no tiene actualmente un mandato para realizar auditorías de desempeño en Chile (OCDE, 2020). Las auditorías de desempeño podrían dar lugar a recomendaciones de auditoría, donde el valor añadido a la gestión pública es más fácil de ver para los jefes de servicio y los funcionarios. De hecho, las EFS están utilizando las auditorías de desempeño para proporcionar una valiosa visión de los problemas y riesgos complejos, como la modernización de los sistemas de regulación financiera obsoletos y la protección de la seguridad pública (OCDE, 2022).

Además, se evidencia que la CGR no dispone de personería jurídica, y tampoco tiene autonomía financiera. La personería jurídica la comparte con el fisco y su presupuesto está sometido a las mismas reglas de los servicios públicos (Misas Arango, 2006: 240). La labor de la CGR es eminentemente fiscalizadora; de carácter jurídico, contable y financiero, pues está destinada a cautelar el principio de legalidad, es decir, verificar que los órganos de la Administración del Estado actúen dentro del ámbito de sus atribuciones y con sujeción a los procedimientos que la ley contempla. Las atribuciones constitucionales que tiene esta entidad son: (a) Controlar la legalidad de los actos de la Administración, a través de la toma de razón; (b) Fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos públicos; (c) Examinar

y juzgar las cuentas de quienes tienen a cargo fondos públicos; (d) Llevar la contabilidad general de la Nación; y (e) Vigilar el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo.

No obstante, su ley orgánica le asigna otras funciones de gran relevancia, como son las de emitir dictámenes, que conforman la jurisprudencia administrativa obligatoria para los funcionarios públicos; y la de auditar los procesos que desarrolla la Administración, como se verá más adelante.

5.3.3. Estructura organizacional y alcance de la actividad fiscalizadora

Chile es un Estado Unitario, con un centro de mando político y gubernamental a cargo del Gobierno Central; pero, la administración central es funcional y territorialmente descentralizada y desconcentrada conforme lo determine la ley. Así, Chile está dividido políticamente en 16 regiones, que se subdividen en 56 provincias, para la administración local y las provincias se subdividen en 346 comunas.

La estructura organizacional de la CGR está establecida en la Ley de organización y atribuciones, la Ley N° 10336 de 1964, la cual establece las dependencias básicas de la CGR, aunque el Contralor tiene la competencia para modificar o construir dependencias conforme a las razones del servicio.

Las Contralorías regionales son órganos desconcentrados de la CGR, las cuales ejercen en el ámbito de la región prácticamente todas las funciones operativas del organismo contralor y a la vez apoyan a los organismos regionales. Las principales funciones de la CGR son cuatro:

1. **La Función Jurídica:** La principal función de la Contraloría General de la República consiste en ejercer el control de juridicidad de los actos de la Administración. Esta tarea se cumple mediante la emisión de pronunciamientos jurídicos obligatorios para la administración del Estado –dictámenes y oficios que conforman la llamada jurisprudencia administrativa– como también a través del control de las órdenes formales emanadas de la administración activa, control

que puede ser preventivo, simultáneo o a futuro. En particular, el control preventivo de juridicidad se lleva a cabo mediante el trámite constitucional de la toma de razón. Así, la función jurídica está compuesta por la función de dictaminar y la toma de razón, así:

1.1. **Función de Dictaminar.** Una de las funciones trascendentales que el Estado de Derecho otorga a la Contraloría General es la facultad de interpretar las normas jurídicas que inciden en el ámbito administrativo, labor que se materializa en la emisión de informes jurídicos que son obligatorios para los servicios sometidos a su fiscalización.

Esta potestad permite la elaboración de una doctrina administrativa conformada por un sistema de precedentes obligatorios, lo que favorece la unidad del sistema normativo mediante su interpretación uniforme y consistente, donde cada decisión contribuye a orientar otras múltiples decisiones posibles, haciendo que la regulación aplicable a los entes públicos sea más coherente, íntegra y estable.

Con la labor interpretativa de la Contraloría General se facilita que las declaraciones generales y abstractas de la normativa legal relacionada con la ética pública, se transformen —a través de su aplicación concreta, uniforme y reiterada— en normas específicas de conducta.

El sistema jurídico basado en el precedente administrativo —esto es, la interpretación uniforme de una misma regla jurídica— permite que la actuación administrativa gane en previsibilidad, es decir, afirma la legítima expectativa que tienen los ciudadanos de que la Administración tome decisiones de manera armónica y con los criterios manifestados con anterioridad en situaciones equivalentes.

1.2. **Función de toma de razón.** Es el procedimiento de control preventivo a través del cual la Contraloría General verifica la constitucionalidad y legalidad de los decretos y resoluciones que, de conformidad a la legislación, deben tramitarse ante ella, y de los decretos con fuerza de ley que dicta el Presidente de la República. Constituye un control de juridicidad de los instrumentos que se examinan, sin que con ocasión del mismo la Contraloría General pueda pronunciarse o calificar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas. Los actos administrativos sobre

personal que se encuentren exentos de toma de razón deben remitirse a esta Entidad para su registro y revisión, en tanto que los actos administrativos sobre obras que se encuentren exentos del control preventivo deben enviarse para toma de conocimiento.

2. La función de auditoría. La CGR debe efectuar auditorías con el objeto de velar por el cumplimiento de las normas jurídicas, el resguardo del patrimonio público y respeto del principio de probidad administrativa. A través de estas auditorías se evalúan los sistemas de control interno de los servicios y entidades; se fiscaliza la aplicación de las disposiciones relativas a la administración financiera del Estado, particularmente las que se refieren a la ejecución de los estados financieros; se comprueba la veracidad de la documentación sustentadora; verifica el cumplimiento de las normas estatutarias aplicables a los funcionarios y se formulan las proposiciones que sean adecuadas para subsanar los vacíos que detecta.

El examen de cuentas, que constitucionalmente le corresponde realizar en forma privativa a la Contraloría General, queda inserto dentro de las auditorías. La Institución puede realizar visitas de inspección en los servicios públicos que fiscaliza, atendiendo denuncias que se le formulen, en cuyo caso efectúa las indagaciones que procedan y emite un informe que es remitido a la autoridad respectiva.

3. La función de contabilidad. La CGR debe generar información estructurada y sistemática sobre los eventos económicos que modifican los recursos y las obligaciones del Estado y que está destinada a apoyar el proceso de toma de decisiones de los poderes del Estado, de las autoridades administrativas y de los órganos de fiscalización. Del mismo modo, su finalidad es promover la información de la gestión del estado entre la comunidad. Para ello, consolida los registros que deben efectuar los servicios, conforme a los principios y normas contables básicas y procedimientos que ella determina. La función de contabilidad incluye a los sectores: Público, Municipal, Entidades de Educación Superior del Estado, Empresas del Estado e Institutos Tecnológicos CORFO y otras entidades públicas que determina el Contralor General en ejercicio de sus atribuciones.

Además, le compete en forma exclusiva regular la contabilidad general del sector público, definido para estos efectos por la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado, e interpretar con fuerza obligatoria las disposiciones vigentes que incidan en la contabilización de una operación determinada e informar acerca de los procedimientos técnicos aplicables.

4. La función jurisdiccional. La CGR debe también juzgar las cuentas de las personas o funcionarios que tienen a su cargo fondos o bienes públicos, de velar por la legalidad de sus ingresos, gastos y también por la integridad del patrimonio estatal. Este procedimiento tiene por objeto perseguir la responsabilidad civil extracontractual de los funcionarios o ex funcionarios que hayan causado daño al patrimonio público y, para tal efecto, la Ley N° 10.336 ha regulado la institucionalidad conforme a la cual este Organismo Contralor debe llevar a cabo dicha función jurisdiccional, contemplando para tal efecto la existencia de una Fiscalía y de los Tribunales de Cuentas de Primera y Segunda Instancia.

La primera instancia se tramita ante el Juzgado de Cuentas, cuyo juez es el Subcontralor, mientras que la segunda instancia se tramita ante el Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia, que está compuesto por el Contralor General, quien lo preside, y por dos abogados designados por el Presidente de la República. A este último Tribunal le corresponde conocer de los recursos de apelación y de revisión que se interpongan durante la tramitación de un juicio de cuentas. En todas estas etapas del juicio de cuentas a la Fiscalía de la Contraloría General de la República le corresponde actuar como parte en defensa de los intereses patrimoniales del Estado.

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos afirmar que el control en Chile es preventivo, concomitante y posterior; está muy enfocado al control legal y financiero, y debido a la existencia de funciones como la jurisprudencia administrativa, la toma de razón y la consolidación de la contabilidad general de la Nación. En este orden de ideas, la CGR cuenta con amplias potestades para el ejercicio del control externo, donde se debe tener cuidado con el fenómeno de la coadministración.

5.4. México

5.4.1. Antecedentes históricos

Durante la etapa de independencia, el Estado mexicano expidió en 1814 la primera Constitución denominada de Apatzingán, la cual determinaba en el artículo 114, que le correspondía al Supremo Congreso la facultad de examinar y aprobar las cuentas de recaudación e inversión de la Hacienda Pública.

A lo largo del siglo XIX, fueron creadas y modificadas varias instituciones de control sobre la administración pública. Así, en 1824 se creó el Departamento de Cuenta y Razón, la Tesorería General de la Federación y la Contaduría Mayor de Hacienda y Crédito Público. En 1830 se amplían las atribuciones de la Tesorería y en 1831 se crea la Dirección General de Rentas y las Comisarías Generales de Hacienda, Crédito Público y Guerra (Escobar, 2020).

La Ley del 14 de marzo de 1838 estableció un tribunal de cuentas anexo a la Contaduría Mayor, compuesto por tres salas y encargado de conocer y fallar los negocios contenciosos sobre las cuentas. El Tribunal funcionó hasta 1846 cuando fue suprimido por la Contaduría Mayor (Lanz, 1993: 105). En Memoria de Luis de la Rosa presentada al Congreso el 8 de julio de 1845, se insistía en lo vicioso y complicado que era el sistema contable del Estado, y por tanto, la necesidad de reforma para mejorar las cuentas públicas (Lanz, 1993: 111). También, Manuel Payno (en Lanz, 1993: 128) secretario del ramo, en carta a su sucesor, con fecha 10 de marzo de 1851 afirma:

Con toda franqueza manifesté en diversas ocasiones a la cámara de diputados, que la contabilidad de las oficinas de hacienda pública era un verdadero caos y necesitaba una reforma radical. Muchos han opinado que introduciéndose en las oficinas el sistema de partida doble, desaparecería momentáneamente todo el desorden y confusión en las cuentas, y se lograría que éstas fuesen llevadas con el día. Yo juzgo que la partida doble sería necesario aplicarla con un buen discernimiento al sistema de la hacienda pública, pues es sabido que aunque los principios generales son los mismos, cada tenedor de libros establece una fraseología y un método diverso y peculiar, siendo así que lo primero que se debe buscar en los asientos es la completa uniformidad, porque de lo contrario, ni podrían glosarse las cuentas, y el ministerio o las oficinas directivas tendrían que dictar una orden diversa para cada una de las demás oficinas recaudadoras y distribuidoras. Además de este

inconveniente se ha encontrado de pronto el de que, no estando los empleados acostumbrados a este método de contabilidad, cometerían errores de gran trascendencia [...] más a pesar de esto, es necesario decir con verdad, que V. E. tendrá que trabajar mucho para establecer en la hacienda pública un sistema de contabilidad claro, sencillo y uniforme.

Buscando centralizar los temas relacionados con la hacienda pública, en 1853 se crea la Dirección General de Impuestos y se cambia la Contaduría Mayor a Tribunal de Cuentas, el cual estaba integrado por dos salas, en las cuales se terminaba todo juicio de cuentas, cualquiera que fuese la cantidad de dicho juicio. Sin embargo, el 10 de octubre de 1855 fue derogado el decreto del 26 de noviembre de 1853 que erigió a la Contaduría Mayor en Tribunal de Cuentas (Lanz, 1993: 115-118).

Con la Constitución de 1857 siguió la Guerra de la Reforma y debido al conflicto interno nada se pudo adelantar en la organización de la hacienda pública. En 1861 fue expedido Decreto del 31 de enero que reorganizó la Tesorería General de la Nación. También fue creada la Dirección de Rentas Federales. En diciembre de 1867 fue expedido reglamento para la administración y contabilidad del erario federal (Lanz, 1993: 119-121).

La organización de la Hacienda Pública experimento un progreso considerable en 1881 con la expedición de dos leyes. La primera relativa a la presentación de los proyectos de presupuestos de egresos que el ejecutivo debía presentar anualmente a la Cámara de Diputados, determinando los gastos y obligaciones del gobierno federal, y la segunda relacionada a la nueva organización de la Tesorería General que ahora tendría facultades de fiscalización sobre el cumplimiento de las leyes de ingresos y del presupuesto de egresos, así como sobre todas las oficinas, empleados y agentes responsables por fondos públicos. Por lo tanto, la Tesorería tenía el derecho y la obligación de glosar preventivamente las cuentas de todas las oficinas recaudadoras y las cuentas de los empleados responsables por recursos públicos. Además, se dispuso que toda orden de pago debía expresar la partida del presupuesto a donde se debía cargar el gasto, sin cuyo requisito no se le daría curso al pago (Lanz Cárdenas, 1993: 123-124).

En este orden de ideas, solo hasta el final del siglo XIX la administración de la Hacienda Pública entró en una relativa normalidad, aunque para Lanz Cárdenas el sistema contable no era el mejor, ni el control preventivo sobre la administración garantizaba el buen uso de los recursos públicos. En mayo de 1910 la Tesorería de la Federación pasó a tener las funciones de recaudar, custodiar y distribuir los fondos y valores públicos, así como administrar los bienes de la Hacienda Federal, razón por la cual estaba facultada para intervenir las oficinas generales del Distrito Federal y ejercer constante vigilancia sobre oficinas y agentes responsables de los recursos públicos. Por su parte, la Dirección de Contabilidad y Glosa estaba encargada de llevar la contabilidad de la Hacienda Federal, de dirigir la de las oficinas de la Federación, glosando y calificando el registro de la contabilidad y las operaciones practicadas (Lanz, 1993: 126-127).

5.4.2. Constitución Política de 1917

La Constitución mexicana de 1917 es la primera en la historia de la humanidad que incluyó los derechos sociales en respuesta a las demandas de las clases populares en la Revolución mexicana. En materia de control de la administración pública, la Ley Orgánica de Secretarías de Estado del 25 de diciembre de 1917 creó el Departamento de la Contraloría con la finalidad de contar con una oficina que realizara una inspección eficaz sobre el manejo de los fondos y bienes de la nación a través de un control previo que evitara que se consumaran actos en perjuicio del erario, a diferencia de otros métodos como la acción penal cuando los actos están consumados. Al respecto Lanz Cárdenas (1993: 196) afirma:

Lo anterior fue señalado expresamente por el presidente Venustiano Carranza, al rendir su Primer Informe de Gobierno, y manifestado de nueva cuenta en el subsecuente de dichos informes. En este segundo documento, el Titular del Ejecutivo refutaba las censuras ligeras de que era objeto el Departamento, en el sentido de que sus funciones habrían de concretarse a recibir las cuentas de las oficinas federales y formular las observaciones conducentes, indicando que para tal objeto hubiera bastado la extinta Dirección de Contabilidad y Glosa, pero que precisamente con base en que las atribuciones de dicha oficina eran casi nulas para salvaguardar los intereses nacionales, había sido necesario sustituirla por la Contraloría, a fin de que ejerciera la «fis-

calización breve» en el manejo de los fondos, para prevenir pagos indebidos y erogaciones innecesarias, ya que la práctica demostraba que toda revisión posterior resultaba inútil para reintegrar al erario las cantidades que le habían sido sustraídas y que nada se obtenía con registrar en la cuenta de responsabilidades grandes sumas, si no podían hacerse efectiva.

Sin embargo, fueron muchas las críticas que surgieron sobre la creación del nuevo organismo, pues existía mucha desorganización y poca coordinación especialmente con la Secretaría de Hacienda. También no existía claridad sobre el término “departamento” que no había sido utilizado en el derecho administrativo mexicano y no se comprendía su posición frente a las secretarías de gobierno, aunque debido a las facultades de inspección y vigilancia sobre las operaciones y contratos, se entendía que era una dependencia de categoría superior. Para algunos, los departamentos creados eran inconstitucionales por no estar mencionados en el artículo 90 de la Constitución. Otros respaldaban a los departamentos argumentando que eran órganos apolíticos a diferencia de las secretarías de gobierno. Las resoluciones del contralor sobre la legalidad de los desembolsos de las entidades vigiladas, tampoco tenía en cuenta la facultad constitucional del Congreso para examinar las cuentas que anualmente debía presentar el Ejecutivo (Lanz, 1993: 170-181). Así, existían muchos interrogantes prácticos e importantes sobre el lugar del nuevo Departamento de la Contraloría dentro de la estructura del Estado.

Lo cierto es que en esta etapa inicial no existió reglamento sobre las competencias del nuevo Departamento de la Contraloría y por ello, ejercía sus funciones conforme un reglamento de 1871. Por lo tanto, las atribuciones de fiscalización y control previo que se establecieron en la ley de creación no fueron adecuadamente reglamentadas. Solo hasta 1926 fue expedida un Ley orgánica para subsanar los diversos vacíos jurídicos de la nueva institución (Lanz, 1993: 229-230).

En 1932 fue finalmente suprimido el Departamento de la Contraloría y por ello, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público pasó a ejercer las funciones de control, entre las que se encontraba la contabilidad general de la Federación y de imputación y registro de las responsabilidades administrativas detectadas al glosar las cuentas. En

1940 se expide la “Ley de Responsabilidad de los funcionarios y empleados de la Federación, del Distrito y Territorios Federales y de los altos funcionarios de los Estados” y en 1936 se crea el Tribunal Fiscal de la Federación. Posteriormente, durante el periodo 1947 a 1958 el ejercicio del control sobre la administración pública correspondió a la Secretaría de Hacienda y Bienes Nacionales e Inspección Administrativa (Escobar, 2020).

De 1959 a 1976 el control de la administración pública se dividió entre la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la Secretaría de la Presidencia y la Secretaría de Patrimonio Nacional. En 1976 se expide la “Ley orgánica de administración pública federal” y las actividades de control pasan a la Secretaría de Programación y Presupuesto. En 1982 se realiza una reforma constitucional y se crea la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo, como ente encargado del control interno en la administración pública federal, se expide la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y el control externo posterior queda a cargo de la Contaduría Mayor de Hacienda de la Cámara de Diputados, regulada en el artículo 74, fracción IV de la Constitución. Así, el control externo de la administración queda ubicado en cabeza del Congreso de la República, con ayuda de la Contaduría Mayor de Hacienda, la cual fue sustituida en 1999 por la actual Auditoría Superior de la Federación. Por otra parte, el control interno en cabeza del poder ejecutivo ha sido trasladado a diferentes dependencias para su ejercicio (Escobar, 2020).

Las últimas reformas constitucionales del 27 de mayo de 2015 y del 18 de julio de 2016 dieron paso a la creación del Sistema Nacional Anticorrupción, buscando mejorar la coordinación de todas las instancias de control, para combatir los fenómenos de corrupción en el país.

5.4.3. Estructura organizacional y alcance de la actividad fiscalizadora

La Auditoría Superior de la Federación (ASF) es el organismo encargado actualmente de realizar el control externo de la administración federal en México y depende de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión conforme el artículo 73 de la Constitución.

Se encarga de fiscalizar la cuenta pública mediante auditorías a las entidades de los tres poderes de la Unión, los órganos constitucionalmente autónomos, las entidades federativas y municipios del país, así como todo ente público o particular que administre recursos públicos federales. Las auditorías buscan verificar el cumplimiento de los objetivos contenidos en las políticas y programas gubernamentales, así como el adecuado desempeño de las entidades y la correcta disposición de los recursos públicos.

La ASF busca ser una entidad objetiva e imparcial, técnicamente sólida y en proceso de mejora continua para constituirse como un elemento central para el Poder Legislativo en el proceso de asignación de los recursos presupuestales para el desarrollo de programas, proyectos y políticas públicas. Como órgano técnico especializado, cuenta con autonomía técnica y de gestión conforme el artículo 79 de la Constitución, determinando que puede decidir sobre su organización interna, funciones y resoluciones en los términos que señale la ley. Para ello, fue expedida la Ley de fiscalización y rendición de cuentas de la federación del 18 de julio de 2016, la cual ha sido objeto de diversas modificaciones para fortalecer el proceso de fiscalización.

El Auditor Superior de la Federación es elegido con el voto de las dos terceras partes de la Cámara de Diputados por un periodo de ocho años, el cual puede ser renovado por una sola vez, conforme el artículo 74 de la Constitución.

El ejercicio de fiscalización es anual y posterior, ya que el control es realizado luego que los gastos ya fueron realizados. No obstante, la ASF puede solicitar y revisar de manera concreta información de ejercicios anteriores de la Cuenta Pública, sin que por eso motivo se entienda que la cuenta está abierta. Las auditorías se clasifican por su naturaleza y alcance en tres grandes grupos: auditorías financieras, de cumplimiento y de desempeño. En el nivel territorial, cada Estado de la Unión cuenta con su propia entidad superior de fiscalización y por ello, la ASF ha realizado convenios para armonizar las funciones y establecer mecanismos de coordinación. Esto con el apoyo del Sistema Nacional Anticorrupción, el cual busca la unificación de metodologías, el intercambio de información, conocimiento técnico y formación de grupos especializados de trabajo, tanto con los organismos encargados de control interno, como los organismos

encargados del control externo, a nivel federal, estatal y municipal. Al respecto es importante destacar el esfuerzo realizado por ASF para garantizar la calidad de las auditorías así:

Se cuenta con una serie de documentos técnicos que describen y regulan la acción fiscalizadora como normas y procedimientos de auditoría, acordes a las mejores prácticas a nivel internacional. Además, se tiene un documento denominado marco rector que norma la fiscalización de la gestión gubernamental. Se ha implantado un sistema de gestión de la calidad, para promover que los procesos de planeación desarrollo e informes de auditoría, así como los procesos administrativos, se sujeten a los estándares de calidad requeridos. Se cuenta con un Comité Institucional encargado de promover y vigilar la calidad en los procesos. Desde febrero de 2006, fecha en que se instaló formalmente el Comité de Calidad, se ha venido aplicando en la institución el Sistema de Gestión de la Calidad (SGC) de la ASF, con el objeto de: utilizar un estándar internacional reconocido; emplear un mecanismo de evaluación y certificación de tercera parte; promover la mejora continua y la cultura de la calidad; fortalecer la imagen institucional [...].

En agosto de 2009 se logró la recertificación de todos los procesos incluidos en el alcance del SGC de la ASF bajo la nueva versión de la norma ISO 9001 correspondiente a 2008, así como diversos manuales y documentos rectores relativos a la calidad.

Adicionalmente, se cuenta con los desarrollos tecnológicos necesarios para el cabal cumplimiento de la labor fiscalizadora, así como para continuar ampliando la cobertura de la muestra a auditar en los recursos federales transferidos a estados y municipios. Se han modernizado los sistemas para que los auditores que laboran en las diferentes dependencias, entidades y organismos en todos los rincones del país, tengan acceso a la intranet institucional donde pueden encontrar los documentos normativos y de trabajo que requieran, en cualquier momento (México, s.f.).

La ASF debe rendir informe específico a la Cámara de Diputados el cual puede consultar cualquier ciudadano y cuando corresponda, la ASF debe promover acciones de responsabilidad ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, la Fiscalía Especializada en el Combate a la Corrupción o las autoridades competentes. También debe presentar la Cuenta Pública, el resultado de fiscalización superior de la Cuenta Pública, el cual se somete a consideración del Pleno en la Cámara de Diputados y los informes individuales de auditoría que correspondan a cada periodo (Escobar Pérez, 2020). Estos informes pueden ser consultados en la página WEB de la entidad.

5.5. Perú

5.5.1. Antecedentes históricos

Las instituciones de control en Perú tienen precedentes en el Imperio Inca que data de 1438 a 1533, con sistemas como el *Tahuantinsuyo* que buscaba la recaudación de tributos y tener bajo control extensa gama de actividades económicas, las cuales requerían de especialistas contables denominados quipucamayoc. También visitantes o supervisores realizaban las tareas de control sobre el aparato estatal, vigilando que los funcionarios subordinados cumplieren la tarea (Perú, 2013: 10).

En el siglo XVI, cuando se consolidó el dominio español en tierras americanas, los oidores de la Real Audiencia eran los encargados de tomar cuentas a los oficiales reales en el Nuevo Mundo, labor que era reforzada con la presencia esporádica de contadores visitantes enviados desde España. Sobre el control de los dineros del rey la Contraloría General de la República (CGR) del Perú afirma:

Este sistema constaba de fianzas, juramentos, tenencia de libros contables, un sistema de caja de “tres llaves” y la aplicación de multas y condenaciones. El mecanismo principal de dicho procedimiento era la rendición de cuentas, las cuales eran liquidadas por los contadores del Consejo de Indias, con sede en España, quienes anualmente recibían un balance provisional (llamado “tiento de cargo y data”) y cada tres años las cuentas completas. Las personas que tomaban las cuentas en el Perú cumplían de manera simultánea diversas tareas, y la forma de cumplirlas era también desigual (Perú, 2013:46).

Por ello, no eran pocos los conflictos al momento de realizar el control sobre el dinero del rey, y por ejemplo en 1544 fue asesinado el contador Agustín Zarate a manos de encomenderos que desafiaban la autoridad real. A principios del siglo XVII, el 24 de agosto de 1605 fueron creados los Tribunales de Cuentas en América, con una cédula real firmada en Burgos, buscando que las cuentas se tomaran al principio de cada año posterior al año a fiscalizar, y ordenando que en el plazo de dos meses dicha cuenta se debía liquidar. De no cumplirse el plazo, los salarios de los oficiales reales eran retenidos. Además, el finiquito de la cuenta estaba a cargo del Consejo de Indias, al que se debían enviar los expedientes ya revisados. Así, fueron

creados tres tribunales, en Lima, México y Santa Fe de Bogotá. No obstante, esta institución no funcionó adecuadamente debido a la falta de especialización técnica de los encargados de llevar las cuentas, además de falta de dedicación exclusiva sobre las actividades de control (Perú, 2013:46). Sobre el funcionamiento de los Tribunales, la Contraloría del Perú afirma:

El historiador Sandro Patrucco indica que el Tribunal Mayor de Cuentas super- vigilaba el buen funcionamiento de la hacienda pública, la recaudación de ingresos y la administración de la liquidez monetaria. También evaluaba la Caja Fiscal en lo que se refiere a gastos, pagos y comisiones, y emitía las órdenes de fundición de los metales preciosos. Con el fin de cumplir con estas funciones, los contadores tenían amplias atribuciones para cobrar las deudas y apremiar a los deudores morosos. Patrucco manifiesta que semejante diligencia también revertía contra ellos a la hora de los “juicios de residencia”, pues era frecuente que malversaran fondos reales prestándolos o haciéndolos girar comercialmente en el plazo que ellos los tenían bajo su administración. [...] Según corrobora el historiador Patrucco, también era común que en las cuentas del tribunal faltara dinero, pues, siguiendo un texto de la época, “la contabilidad [era] farragosa, en números romanos y en guarismos arábigos, unas cantidades computadas en pesos de ocho reales, en ducados, en marcos de plata o en pesos ensayados”. A esto se sumaba la indolencia de algunos funcionarios que no cumplían con las horas que les demandaba su labor, además de innumerables festividades, viajes, enfermedades y licencias (Perú, 2013: 53).

En este orden de ideas, la falta de claridad en la información, la concentración de atribuciones en los órganos de control y la falta de rendición de cuentas de los funcionarios, hacen parte del legado colonial de los Tribunales de cuentas en las Américas. Así mismo, fue evidente los constantes conflictos de intereses en el desarrollo de las actividades de control. Sobre el particular la Contraloría afirma:

La historia del antiguo Tribunal de Cuentas no fue sencilla. En numerosos momentos su objetivo principal chocaba con las necesidades pragmáticas de la Corona española, y a menudo el accionar de otros organismos del Estado colonial trababa su buen funcionamiento, echando por tierra la misión fundamental para la cual se había fundado. Como ejemplo de esta actuación contradictoria se pueden señalar las constantes trabas que durante el siglo XVII sufrió el Tribunal de Cuentas por parte del Tribunal del Consulado de Lima. Esta institución reunía a los comerciantes más poderosos de la ciudad y tenía a su cargo el cobro de los tributos comerciales, además de fijar sus respectivos

montos. Dicha labor era, en la práctica, una traba para que el tribunal pudiese tener una información minuciosa y veraz de las cuentas de tales actividades, ya que los mismos comerciantes fijaban los precios de los productos, establecían el monto del tributo y tenían a su cargo el cobro del mismo. Recién en el año 1720 el Estado colonial reasumió la cobranza de los tributos que había estado en manos del Tribunal del Consulado de Lima, como la alcabala, el almojarifazgo y la avería. [...] Es importante resaltar también la incapacidad material del tribunal para resolver la tarea encomendada. Para 1799, por ejemplo, en el momento final de un ciclo de reformas que pretendieron darle al tribunal una mayor eficacia en el cumplimiento de sus funciones, la institución contaba con solo 23 empleados, entre contadores y amanuenses, para revisar 122 cuentas, elaboradas a lo largo de 19 anualidades, que iban de 1780 a 1799. Ciertamente, la queja del tribunal sobre su exiguo personal era totalmente atendible.

Finalmente, otro obstáculo provenía de la estructura legal del tribunal. Sus normas internas señalaban que sus decisiones finales se podían apelar ante la Real Audiencia, que convocaba para el caso un jurado de tres oidores, a quienes asesoraban dos contadores mayores. Por esta razón, las decisiones finales en materia de revisión de cuentas, y las posibles sanciones por su transgresión, no quedaban en manos de los peritos en la materia, los contadores, sino en las de otros funcionarios. En las decisiones de estos últimos, en algunas oportunidades, pesaba más la razón de Estado y no la estrictamente económica o la que provenía de los informes técnicos de la contabilidad. Esta situación se hacía más recurrente cuando había de por medio personajes poderosos (Perú, 2013: 61-62).

Así se evidencia la falta de autonomía que tenía los Tribunales de Cuentas en las Américas, ya que la Real Audiencia era la que resolvía las apelaciones, sin que los funcionarios contaran con el conocimiento necesario para decidir, causando que las decisiones fueran bastante políticas, dependiendo de las personas involucradas. Esto limitaba su capacidad legal para cumplir con sus funciones y el consecuente atraso en la toma de cuentas.

Las reformas borbónicas sucedidas en el siglo XVIII, buscaron hacer el aparato productivo colonial más eficiente e incrementar la presión fiscal sobre los habitantes del Nuevo Mundo, en especial los indígenas. En 1778 se creó un nuevo virreinato en Buenos Aires y se creó su Tribunal de Cuentas separando el Alto Perú del territorio de Charcas, actual Bolivia. A pesar de las protestas, la orden de la Corona fue terminante. El Tribunal de Cuentas llegó al siglo XIX con los viejos problemas a cuestas, más fuertes disputas entre los contadores

que se tornaron irreconciliables. En 1812 se implementó una nueva reforma que significó el aumento de su personal de 25 empleados a 35 (Perú, 2013: 80-84).

Con la independencia, el libertador San Martín transformó el Tribunal en la Contaduría Mayor de Cuentas, mientras que Simón Bolívar creará la Contaduría Mayor Provisional, con sede en Trujillo. La guerra por la independencia y las sucesivas tomas de Lima por las fuerzas patriotas y realistas evitaron que las nuevas instituciones cumplieran con su labor, causando que fuera imposible reorganizar el sistema de rentas y gastos. La inestabilidad política debilitó la moral en el ámbito de la recaudación y no existían oficinas de gobierno que llevaran las cuentas de forma eficiente. Esto solo cambió hasta 1840 cuando se restableció el Tribunal de Cuentas, para verificar las cuentas y juzgar la conducta de los funcionarios estatales, luego de un periodo de falta de control y corrupción en el manejo de los recursos públicos (Perú, 2013: 93-101). Sobre el nuevo proceso de control, se describe:

Así pues, las entidades del sector público asumieron la obligación de enviar al Tribunal de Cuentas toda documentación que sustentara sus operaciones presupuestales. Estos papeles se distribuían luego entre los juzgados, que evaluaban si los procedimientos se habían hecho de acuerdo con la legislación vigente. Si encontraban indicios de dolo o alguna otra irregularidad, elaboraban un “pliego de reparos” con la lista de observaciones. Este documento se elevaba a una Sala de Vocales, conformada por abogados. Luego del examen pertinente, la sala emitía un dictamen que, acompañado de un Proyecto de Resolución Presidencial, se enviaba al presidente del Tribunal de Cuentas. A diferencia de este funcionario, que también era abogado, los encargados de los juzgados eran empleados de carrera, cuyo desempeño estaba basado solo en su experiencia (Perú, 2013: 106).

En la década de 1840 Perú comenzó la exportación del guano en el mercado europeo, y en los siguientes 20 años el fertilizante se comercializó en el mundo entero, convirtiéndose en una de las principales fuentes de ingreso para el Estado. Sobre la fragilidad de las instituciones de control en esta época de bonanza, la Contraloría afirma:

[...] entre 1848 y 1878 el dinero producto de la comercialización del guano se usó de la siguiente manera: expansión de la burocracia civil, 29%; expansión de la burocracia militar, 24,5%; inversión en fe-

rocarriles, 20%; pago de transferencias a peruanos, 11,5%; pago de transferencias a extranjeros, 8%; y reducción de la carga tributaria a los pobres, 7%. El autor hace notar, sin embargo, que la corrupción, a través de diversos mecanismos que desvirtuaban la labor de control, dejó en poder de pocos cuantiosas sumas de dinero que probablemente se enviaron al extranjero.

Fuentes británicas citadas en *El Banco Central, su historia y la economía peruana 1821-1992*, libro publicado por el BCR en 1999, estiman que la exportación del guano alcanzó, en un lapso de 38 años, 12 millones de toneladas métricas, equivalentes a un valor bruto de producción de 120 millones de libras esterlinas, de las cuales el Estado peruano habría recibido 65%, es decir, 78 millones. Como referencia, el recuento consigna que en los años 30 del siglo XIX el gasto anual estatal no llegaba a las 800 libras. En el mismo volumen figura la siguiente apreciación: “Los recursos generados por el guano constituyeron [...] un capital suficiente para integrar y fortalecer la sociedad y economía peruanas. Sin embargo, ello no ocurrió” (Perú, 2013: 110).

De esta forma, el Tribunal de Cuentas recientemente instaurado fue incapaz de contener la corrupción y la ineficacia administrativa que se presentó durante el siglo XIX. La década de 1870 se identifica como la de mayor corrupción en la contratación de empréstitos externo, en la ejecución sobrevaluada de obras públicas y en el cobro de “tajadas” por parte de funcionarios públicos (Perú, 2013: 116).

En 1922 fue promocionada la entidad fiscalizadora de Estados Unidos, por su capacidad de generar equilibrios presupuestales y en la economía de los gastos públicos. A partir de entonces empezaron las críticas sobre el Tribunal de Cuentas y la demanda por contar con un organismo técnico que reordenara la administración pública (Perú, 2013: 116).

La Contraloría General de la República (CGR) del Perú fue creada en 1929 a través de la expedición del Decreto Supremo el 26 de septiembre, como una repartición administrativa del Ministerio de Hacienda. Luego, la Ley 6784 de 1930 oficializó la creación de la Contraloría, contando con las direcciones de Tesoro, Contabilidad y Crédito Público. Posteriormente, el 13 de enero de 1931 llega a Lima el profesor Kemmerer, quien también propuso e implementó el modelo de CGR en Bolivia, Chile, Ecuador y Colombia. Aquí es

importante resaltar que prestamos internacionales estaba condicionado a la aplicación en los países del llamado “paquete Kemmerer”. Sobre la visita del profesor, la Contraloría (Perú, 2013: 131) afirma:

Exactamente tres meses más tarde, el 13 de abril de 1931, la misión terminó de preparar los once documentos que presentó al país. Dos informes abordaron los temas del crédito público y la política tributaria del país, y nueve eran proyectos de ley. Entre estos últimos figuraban la Ley Orgánica de Presupuesto y otra que regulaba la reorganización de la Contraloría General de la República. Unos más se referían a la política monetaria, al Banco Central de Reserva, a la reorganización de la Tesorería Nacional, a la aplicación de un impuesto a la renta, a Aduanas y a las contribuciones prediales para los concejos municipales y provinciales. Edwin Kemmerer explicó entonces que estos proyectos eran parte de un plan y que por ello eran complementarios entre sí. Además, hizo unas declaraciones que no dejan de llamar la atención: señaló la importancia de que los hombres encargados de hacer cumplir las nuevas normas fueran instruidos y poseedores de un alto espíritu cívico. Estas fueron sus palabras: “La suerte de estas leyes dependerá en gran parte de la forma en que el país sepa valerse de los servicios de estos hombres para desempeñar estos altos cargos de la administración pública, creados en virtud de las leyes mencionadas, y de la forma en que se les preste su apoyo de autoridad en el desempeño de sus funciones”. Tales declaraciones figuran en el primer tomo de El Banco Central, su historia y la economía peruana 1821-1992 (BCR, Lima, 1999).

Sin embargo, varias normas recomendadas por Kemmerer terminaron sin ser aprobadas y el gobierno suspendió el plan de ajuste presupuestal. Así, la unidad de todo el sistema económico que había recomendado la misión se vio desintegrada. La Constitución del 29 de marzo de 1933, que estuvo vigente por 46 años, otorgó rango constitucional a la Contraloría General de la República, pero el organismo seguía dependiendo del Ministerio de Hacienda.

En 1964 se dictó la Ley 14816, la cual determinó que la Contraloría pasaría a ser el Organismo Especial al que se refería el artículo 10 de la Constitución de 1933, otorgando autonomía, e independencia funcional y administrativa al organismo. Además, se instituyó como autoridad superior de control presupuestario y patrimonial del sector público nacional, sin perjuicio de la máxima facultad fiscaliza-

dora del Congreso. También se estableció que el Tribunal Mayor de Cuentas debía integrarse a la Contraloría, razón por la cual ahora el Contralor General tenía la atribución de abrir juicios de cuenta cuando aparecieran inconformidades sobre las mismas (Perú, 2013: 151-154).

En 1971 se promulgó el Decreto Ley 19039 que creó el Sistema Nacional de Control, reconociendo a la Contraloría como entidad superior del sistema, buscando racionalizar la actividad administrativa y permitir mejor uso de los recursos. La norma modificó la forma de elección del contralor general que antes dependía solo del presidente de la República, ahora sería nombrado por el poder legislativo, a partir de terna propuesta por el ejecutivo, para un periodo de siete años, periodo que se podría renovar por una vez. La norma también definió el control previo y el control posterior (Perú, 2013: 155).

Luego del periodo militar en la década de los setenta, la Constitución de 1979 otorgó al Sistema Nacional de Contabilidad la función de uniformar, centralizar y consolidar la contabilidad pública y por otra parte la Contraloría General sería un organismo autónomo y central del Sistema Nacional de Control, con la labor de vigilar los presupuestos del sector público. Posteriormente, el Decreto Ley 26162 de 1992 fortaleció el Sistema Nacional de Control, el cual estaría conformado por la Contraloría General, las Oficinas de Auditoría Interna de las entidades y las Sociedades de Auditoría designadas. El sistema buscaba la verificación periódica de la gestión pública, teniendo en cuenta los criterios de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso de los recursos públicos, así como el cumplimiento de las normas legales, los lineamientos de política y los planes de acción, por parte de las entidades. También preciso que el control sería interno y previo por parte de las entidades en el desarrollo de sus actividades, para que el control interno posterior sea ejercido por los responsables superiores del funcionario ejecutor. Así las cosas, se definió que la Contraloría realizaría el control externo, el cual siempre sería selectivo y posterior mediante la aplicación de un conjunto de procedimientos y métodos de trabajo llevados a cabo por auditorías y exámenes especiales (Perú, 2013: 156-173).

5.5.2. Constitución Política de 1993

Actualmente la Contraloría General de la República Peruana, está institucionalizada por la Constitución Política del Perú de 1993, dentro del capítulo IV, que trata sobre el régimen tributario y presupuestal de la Nación. En marzo de 2014 la Ley de reforma constitucional 31988 restableció la bicameralidad del Congreso de la República del Perú y con ello se realizaron modificaciones a los artículos del control fiscal y la Contraloría General de la República, los cuales señalan lo siguiente:

Artículo 81. La Cuenta General de la República, acompañada del informe de auditoría de la Contraloría General de la República, es remitida por el presidente de la República al Congreso de la República en un plazo que vence el quince de agosto del año siguiente a la ejecución del presupuesto. [] La Cuenta General de la República es examinada y dictaminada por una comisión bicameral integrada por igual número de senadores y diputados, conforme lo dispone el Reglamento del Congreso, hasta el quince de octubre. El Senado y la Cámara de Diputados, reunidos en Congreso, se pronuncian en un plazo que vence el treinta de noviembre. Si no hay pronunciamiento del Congreso de la República en el plazo señalado, se eleva el dictamen de la comisión bicameral al Poder Ejecutivo para que este promulgue un decreto legislativo que contenga la Cuenta General de la República.

Artículo 82. "La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de derecho público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control. Supervisa la legalidad de la ejecución del presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control. [] El Contralor General es designado por el Senado, a propuesta del Poder Ejecutivo, por siete años. Puede ser removido por el Congreso por falta grave."

Artículo 199. "Los gobiernos regionales y locales son fiscalizados por sus propios órganos de fiscalización y por los organismos que tengan tal atribución por mandato constitucional o legal, y están sujetos al control y supervisión de la Contraloría General de la República, la que organiza un sistema de control descentralizado y permanente. Los mencionados gobiernos formulan sus presupuestos con la participación de la población y rinden cuenta de su ejecución, anualmente, bajo responsabilidad, conforme a ley"

En desarrollo del mandato constitucional, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República - Ley N° 27785, publicada el 23 de julio de 2002, con

modificaciones de 2004, 2005, 2010 y 2018; organiza el efectivo ejercicio del control gubernamental en todos los niveles. La última reforma de 2018 realizada mediante la Ley 30742 buscó modernizar la CGR y el Sistema Nacional de Control, así como la optimización de sus capacidades orientadas a la prevención y lucha contra la corrupción. Entre los artículos más destacados se encuentran los siguientes:

Artículo 3.- *Ámbito de aplicación.* Las normas contenidas en la presente Ley y aquellas que emita la Contraloría General son aplicables a todas las entidades sujetas a control por el Sistema, independientemente del régimen legal o fuente de financiamiento bajo el cual operen. Dichas entidades sujetas a control por el Sistema, que en adelante se designan con el nombre genérico de entidades, son las siguientes: a) El Gobierno Central, sus entidades y órganos que, bajo cualquier denominación, formen parte del Poder Ejecutivo, incluyendo las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, y sus respectivas instituciones. b) Los Gobiernos Regionales y Locales e instituciones y empresas pertenecientes a los mismos, por los recursos y bienes materia de su participación accionaria. c) Las unidades administrativas del Poder Legislativo, del Poder Judicial y del Ministerio Público. d) Los Organismos Autónomos creados por la Constitución Política del Estado y por ley, e instituciones y personas de derecho público. e) Los organismos reguladores de los servicios públicos y las entidades a cargo de supervisar el cumplimiento de los compromisos de inversión provenientes de contratos de privatización. f) Las empresas del Estado, así como aquellas empresas en las que éste participe en el accionariado, cualquiera sea la forma societaria que adopten, por los recursos y bienes materia de dicha participación. g) Las entidades privadas, las entidades no gubernamentales y las entidades internacionales, exclusivamente por los recursos y bienes del Estado que perciban o administren. En estos casos, la entidad sujeta a control, deberá prever los mecanismos necesarios que permitan el control detallado por parte del Sistema.

Artículo 4.- *Control de recursos y bienes del Estado fuera del ámbito del sistema.* Las entidades que, en uso de sus facultades, destinen recursos y bienes del Estado, incluyendo donaciones provenientes de fuentes extranjeras cooperantes, a entidades no gubernamentales nacionales o internacionales no sujetas a control, se encuentran obligadas a informar a la Contraloría General, sobre la inversión y sus resultados, derivados de la evaluación permanente que debe practicarse sobre tales recursos. Dichos recursos y bienes serán administrados por los beneficiarios de acuerdo a la finalidad o condición de su asignación, para cuyo efecto se utilizarán registros y/o cuentas especiales que permitan su análisis específico, asimismo, en sus convenios o contratos se establecerá la obligación de exhibir dichos registros ante la

Contraloría General, cuando ésta lo requiera. Los órganos del Sistema deberán prever los mecanismos necesarios que permitan un control detallado, pudiendo disponer las acciones de verificación que correspondan.

Artículo 6.- Concepto. El control gubernamental consiste en la supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado, así como del cumplimiento de las normas legales y de los lineamientos de política y planes de acción, evaluando los sistemas de administración, gerencia y control, con fines de su mejoramiento a través de la adopción de acciones preventivas y correctivas pertinentes. El control gubernamental es interno y externo y su desarrollo constituye un proceso integral y permanente.

Artículo 7.- Control Interno. El control interno comprende las acciones de cautela previa, simultánea y de verificación posterior que realiza la entidad sujeta a control, con la finalidad que la gestión de sus recursos, bienes y operaciones se efectúe correcta y eficientemente. Su ejercicio es previo, simultáneo y posterior. El control interno previo y simultáneo compete exclusivamente a las autoridades, funcionarios y servidores públicos de las entidades como responsabilidad propia de las funciones que le son inherentes, sobre la base de las normas que rigen las actividades de la organización y los procedimientos establecidos en sus planes, reglamentos, manuales y disposiciones institucionales, los que contienen las políticas y métodos de autorización, registro, verificación, evaluación, seguridad y protección. [] El control interno posterior es ejercido por los responsables superiores del servidor o funcionario ejecutor, en función del cumplimiento de las disposiciones establecidas, así como por el órgano de control institucional según sus planes y programas anuales, evaluando y verificando los aspectos administrativos del uso de los recursos y bienes del Estado, así como la gestión y ejecución llevadas a cabo, en relación con las metas trazadas y resultados obtenidos. [] Es responsabilidad del Titular de la entidad fomentar y supervisar el funcionamiento y confiabilidad del control interno para la evaluación de la gestión y el efectivo ejercicio de la rendición de cuentas, propendiendo a que éste contribuya con el logro de la misión y objetivos de la entidad a su cargo. El Titular de la entidad está obligado a definir las políticas institucionales en los planes y/o programas anuales que se formulen, los que serán objeto de las verificaciones a que se refiere esta Ley.

Artículo 8.- Control Externo. Se entiende por control externo el conjunto de políticas, normas, métodos y procedimientos técnicos, que compete aplicar a la Contraloría General u otro órgano del Sistema por encargo o designación de ésta, con el objeto de supervisar, vigilar y verificar la gestión, la captación y el uso de los recursos y bienes del Estado. Se realiza fundamentalmente mediante acciones de con-

tro con carácter selectivo y posterior. En concordancia con sus roles de supervisión y vigilancia, el control externo podrá ser preventivo o simultáneo, cuando se determine taxativamente por la presente Ley o por normativa expresa, sin que en ningún caso conlleve injerencia en los procesos de dirección y gerencia a cargo de la administración de la entidad, o interferencia en el control posterior que corresponda. Para su ejercicio, se aplicarán sistemas de control de legalidad, de gestión, financiero, de resultados, de evaluación de control interno u otros que sean útiles en función a las características de la entidad y la materia de control, pudiendo realizarse en forma individual o combinada. Asimismo, podrá llevarse a cabo inspecciones y verificaciones, así como las diligencias, estudios e investigaciones necesarias para fines de control.

Artículo 9.- Principios del control gubernamental. Son principios que rigen el ejercicio del control gubernamental: (a) La universalidad, entendida como la potestad de los órganos de control para efectuar, con arreglo a su competencia y atribuciones, el control sobre todas las actividades de la respectiva entidad, así como de todos sus funcionarios y servidores, cualquiera fuere su jerarquía; (b) El carácter integral, en virtud del cual el ejercicio del control consta de un conjunto de acciones y técnicas orientadas a evaluar, de manera cabal y completa, los procesos y operaciones materia de examen en la entidad y sus beneficios económicos y/o sociales obtenidos, en relación con el gasto generado, las metas cualitativas y cuantitativas establecidas, su vinculación con políticas gubernamentales, variables exógenas no previsibles o controlables e índices históricos de eficiencia; (c) La autonomía funcional, expresada en la potestad de los órganos de control para organizarse y ejercer sus funciones con independencia técnica y libre de influencias. Ninguna entidad o autoridad, funcionario o servidor público, ni terceros, pueden oponerse, interferir o dificultar el ejercicio de sus funciones y atribuciones de control; (d) El carácter permanente, que define la naturaleza continua y perdurable del control como instrumento de vigilancia de los procesos y operaciones de la entidad; (e) El carácter técnico y especializado del control, como sustento esencial de su operatividad, bajo exigencias de calidad, consistencia y razonabilidad en su ejercicio; considerando la necesidad de efectuar el control en función de la naturaleza de la entidad en la que se incide; (f) La legalidad, que supone la plena sujeción del proceso de control a la normativa constitucional, legal y reglamentaria aplicable a su actuación; (g) El debido proceso de control, por el que se garantiza el respeto y observancia de los derechos de las entidades y personas, así como de las reglas y requisitos establecidos; (h) La eficiencia, eficacia y economía, a través de los cuales el proceso de control logra sus objetivos con un nivel apropiado de calidad y óptima utilización de recursos; (i) La oportunidad, consistente en que las acciones de control se lleven a cabo en el momento y circunstancias debidas y pertinentes para cumplir su cometido; (j)

La objetividad, en razón de la cual las acciones de control se realizan sobre la base de una debida e imparcial evaluación de fundamentos de hecho y de derecho, evitando apreciaciones subjetivas; (k) La materialidad, que implica la potestad del control para concentrar su actuación en las transacciones y operaciones de mayor significación económica o relevancia en la entidad examinada; (l) El carácter selectivo del control, entendido como el que ejerce el Sistema en las entidades, sus órganos y actividades críticas de los mismos, que denoten mayor riesgo de incurrir en actos contra la probidad administrativa; (ll) La presunción de licitud, según la cual, salvo prueba en contrario, se reputa que las autoridades, funcionarios y servidores de las entidades, han actuado con arreglo a las normas legales y administrativas pertinentes; (m) El acceso a la información, referido a la potestad de los órganos de control de requerir, conocer y examinar toda la información y documentación sobre las operaciones de las entidades sujetas al ámbito de control gubernamental, aunque sea secreta, necesaria para su función. Esto comprende el acceso directo, masivo, permanente, en línea, irrestricto y gratuito a las bases de datos, sistemas informáticos y cualquier mecanismo para el procesamiento o almacenamiento de información, que administran las entidades sujetas al Sistema Nacional de Control; sin otras limitaciones que los casos previstos en la cuarta y quinta disposiciones finales de la presente ley. Así como a la capacidad de las herramientas informáticas a cargo del procesamiento o almacenamiento de la información que se requiera hasta su implementación a cargo de la entidad; (n) La reserva, por cuyo mérito se encuentra prohibido que durante la ejecución del control se revele información que pueda causar daño a la entidad, a su personal o al Sistema, o dificulte la tarea de este último. Culminado el servicio de control y luego de notificado el informe, el mismo adquiere naturaleza pública y debe ser publicado en su integridad en la página web de la Contraloría General de la República; (o) La continuidad de las actividades o funcionamiento de la entidad al efectuar una acción de control; (p) La publicidad, consistente en la difusión oportuna de los resultados de las acciones de control u otras realizadas por los órganos de control, mediante los mecanismos que la Contraloría General considere pertinentes; (q) La participación ciudadana, que permita la contribución de la ciudadanía en el ejercicio del control gubernamental; (r) La flexibilidad, según la cual, al realizarse el control, ha de otorgarse prioridad al logro de las metas propuestas, respecto de aquellos formalismos cuya omisión no incida en la validez de la operación objeto de la verificación, ni determinen aspectos relevantes en la decisión final. Los citados principios son de observancia obligatoria por los órganos de control y pueden ser ampliados o modificados por la Contraloría General, a quien compete su interpretación.

Artículo 10.- Acción de control. La acción de control es la herramienta esencial del Sistema, por la cual el personal técnico de sus órganos

conformantes, mediante la aplicación de las normas, procedimientos y principios que regulan el control gubernamental, efectúa la verificación y evaluación, objetiva y sistemática, de los actos y resultados producidos por la entidad en la gestión y ejecución de los recursos, bienes y operaciones institucionales. Las acciones de control se realizan con sujeción al Plan Nacional de Control y a los planes aprobados para cada órgano del Sistema de acuerdo a su programación de actividades y requerimientos de la Contraloría General. Dichos planes deberán contar con la correspondiente asignación de recursos presupuestales para su ejecución, aprobada por el Titular de la entidad, encontrándose protegidos por el principio de reserva. Como consecuencia de las acciones de control se emitirán los informes correspondientes, los mismos que se formularán para el mejoramiento de la gestión de la entidad, incluyendo el señalamiento de responsabilidades que, en su caso, se hubieran identificado. Sus resultados se exponen al Titular de la entidad, salvo que se encuentre comprendido como presunto responsable civil y/o penal.

Artículo 11.- Responsabilidades y sanciones derivadas del proceso de control. Las acciones de control que efectúen los órganos del Sistema no serán concluidas sin que se otorgue al personal responsable comprendido en ellas, la oportunidad de conocer y hacer sus comentarios y aclaraciones sobre los hallazgos en que estuvieran incursos, salvo en los casos justificados señalados en las normas reglamentarias. Cuando en el informe respectivo se identifiquen responsabilidades, sean estas de naturaleza administrativa funcional, civil o penal, las autoridades institucionales y aquellas competentes de acuerdo a Ley, adoptarán inmediatamente las acciones para el deslinde de la responsabilidad administrativa funcional y aplicación de la respectiva sanción, e iniciarán, ante el fuero respectivo, aquellas de orden legal que consecuentemente correspondan a la responsabilidad señalada. Las sanciones se imponen por el Titular de la entidad y, respecto de éste en su caso, por el organismo o sector jerárquico superior o el llamado por ley.

Artículo 12.- Definición. El Sistema Nacional de Control es el conjunto de órganos de control, normas, métodos y procedimientos, estructurados e integrados funcionalmente, destinados a conducir y desarrollar el ejercicio del control gubernamental en forma descentralizada. Su actuación comprende todas las actividades y acciones en los campos administrativo, presupuestal, operativo y financiero de las entidades y alcanza al personal que presta servicios en ellas, independientemente del régimen que las regule.

Artículo 13.- Conformación. El Sistema está conformado por los siguientes órganos de control: a) La Contraloría General, como ente técnico rector. b) Todas las unidades orgánicas responsables de la función de control gubernamental de las entidades que se mencionan en el Artículo 3 de la presente Ley, sean éstas de carácter sectorial, regional, institucional o se regulen por cualquier otro ordenamiento organiza-

cional. c) Las sociedades de auditoría externa independientes, cuando son designadas por la Contraloría General y contratadas, durante un período determinado, para realizar servicios de auditoría en las entidades: económica, financiera, de sistemas informáticos, de medio ambiente y otros.

Artículo 14.- Regulación del control. El ejercicio del control gubernamental por el Sistema en las entidades, se efectúa bajo la autoridad normativa y funcional de la Contraloría General, la que establece los lineamientos, disposiciones y procedimientos técnicos correspondientes a su proceso, en función a la naturaleza y/o especialización de dichas entidades, las modalidades de control aplicables y los objetivos trazados para su ejecución. Dicha regulación permitirá la evaluación, por los órganos de control, de la gestión de las entidades y sus resultados. La Contraloría General, en su calidad de ente técnico rector, organiza y desarrolla el control gubernamental en forma descentralizada y permanente, el cual se expresa con la presencia y accionar de los órganos a que se refiere el literal b) del artículo precedente en cada una de las entidades públicas

Teniendo en cuenta la anterior normatividad y de conformidad con el artículo 82° de la Constitución Política del Perú, la Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público, que goza de autonomía conforme a su Ley Orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control; supervisa la legalidad de la ejecución del presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control (Perú, 2011).

De esta forma, se encuentran sujetas al ámbito de control del Sistema, todas las entidades que administran recursos públicos, independientemente del régimen legal o fuente de financiamiento bajo el cual operen, sean estas integrantes de los poderes Ejecutivo, Legislativo o Judicial.

Igualmente se debe resaltar que la CGR es competente para aplicar el control posterior, previo y preventivo o simultáneo, conforme lo establece el artículo 8 de la Ley N° 27785, siempre y cuando el control preventivo no conlleve injerencia en los procesos de dirección y gerencia a cargo de la administración de la entidad, o interferencia en el control posterior. De esta forma, el control externo es de legalidad, de gestión, financiero, de resultados, de evaluación de control interno u otros que sean útiles en función de las características de la entidad.

Así mismo, la Ley orgánica N° 27785, establece en el artículo 6° que el control gubernamental consiste en la supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública; control que es interno y externo y su desarrollo constituye un proceso integral y permanente.

5.5.3. Estructura organizacional y alcance de la actividad fiscalizadora

Desde el año 2009, la CGR elaboró un diagnóstico sobre los problemas que afectaban el desempeño de la Contraloría, lo que conllevó a plantear diversas políticas para reforzar las labores de control, y el diseño de un nuevo enfoque de control integral, que responda a las necesidades de la gerencia pública y a la investigación de actos de corrupción; así como la integración de los Órganos de Control Institucional (OCI), y la revisión de la desconcentración de funciones. En una segunda etapa, se afirmaron las bases para fortalecer el Sistema de control integral y desarrollar los servicios, priorizando el reforzamiento legal anticorrupción, la implementación de la descentralización vía Macro Regiones e integración de los jefes de OCI, en el marco de un nuevo modelo de gestión; y el desarrollo de operativos y labores preventivas acordes con el nuevo enfoque (Perú, 2010).

La necesidad de crear valor para la sociedad y de atender adecuadamente la demanda de control, ha dado lugar a la modificación progresiva de la organización hacia un Nuevo Modelo de Gestión, basado en el concepto cliente/producto, que implica el rediseño de las funciones y procesos en los órganos del Sistema Nacional de Control. Por lo tanto, la implementación de este modelo significó la realización de cambios en los procesos vigentes, entre ellos el fortalecimiento de los procesos de control, separando la auditoría del proceso de identificación de responsabilidades, y la puesta en marcha del proceso administrativo sancionador y del Sistema Nacional de Atención de Denuncias (Perú, 2011).

En materia de descentralización, se ha reforzado la capacidad operativa de las Oficinas Regionales y se concluyó con la creación de cuatro Macro Regiones, y la incorporación de los Jefes de OCI en la

estructura funcional y administrativa de la Contraloría General. Lo anterior implicó mejoras en el proceso de traslado de autoridad y facultades de decisión a dichos órganos, según el nivel que ocupen en la nueva estructura de gobierno (Perú, 2011).

Por otra parte, la CGR ha trabajado en el establecimiento de alianzas estratégicas con las entidades que participan en la lucha contra la corrupción, el Ministerio Público y Poder Judicial. Así mismo, el fortalecimiento institucional también se ha complementado con el apoyo de organismos de cooperación nacional e internacional, y de las instituciones fiscalizadoras de la región. Otros logros son las modificaciones a la estructura orgánica para articular un trabajo más ordenado y productivo, la gestión de los recursos humanos y presupuestales en apoyo a la descentralización, y el afianzamiento del control preventivo (Perú, 2011).

En el informe de gestión de la CGR de 2021, se resalta la aprobación de la Ley 30742 para el fortalecimiento de la CGR y del Sistema Nacional de Control. También se resalta la expedición de la Ley 31288 que tipifica las conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional y establece medidas para el adecuado ejercicio de la potestad sancionadora de la CGR, y la Ley 31358 de 2021 que establece medidas para la expansión del control concurrente (Perú, 2021).

A nivel interno, la CGR busco la consolidación de la carrera de auditor gubernamental para garantizar el ascenso con base a criterios técnicos y objetivos de mérito e igualdad de oportunidades, vinculado a la gestión del rendimiento y de la capacitación, buscando el fortalecimiento institucional (Perú, 2021).

El Plan Estratégico Institucional 2022-2024 es establecida una política institucional enmarcada en los lineamientos promovidos por organismos internacionales tales como: Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI), la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores (OLACEFS) y OCDE; así como de los compromisos asumidos por el Gobierno de Perú para cumplir con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). También se tiene en cuenta para la formulación de las políticas institucionales, los objetivos y acciones aprobadas del

Acuerdo Nacional, Plan Estratégico de Desarrollo Nacional – Plan Bicentenario al 2021, Visión del Perú al 2050 y la política nacional de integridad y lucha contra la corrupción, cuyos postulados se encuentran alineados con las funciones y competencias asignadas en la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República (Perú, 2022).

Los lineamientos de la citada política son: 1. Enfoque de control integral con énfasis en el control preventivo para hacer frente a la corrupción y la inconducta funcional, 2. Promoción de valores de integridad, transparencia y rendición de cuentas, 3. Promoción del control social en apoyo al control gubernamental, 4. Ampliación de cobertura del control y consolidación de un modelo de control descentralizado, 5. Calidad, mejora continua e innovación en los servicios de control gubernamental, 6. Promoción del control interno como primer mecanismo de defensa y gestión de riesgos de corrupción e inconducta funcional, 7. Implementación de un control orientado a resultados y con un enfoque de valor público, 8. La cadena de valor y su articulación institucional (Perú, 2022).

5.6. Análisis comparado

Conforme se advirtió en la introducción del capítulo, el análisis histórico del control fiscal, busca evidenciar las dificultades y avances que cada país ha tenido, así como contextualizar las instituciones jurídicas que en la actualidad operan, con base principalmente en informes oficiales de las propias entidades de control de cada país.

Para realizar el análisis comparado, primero se realizarán algunas apreciaciones sobre la época colonial y el inicio de las nuevas Repúblicas en América Latina, donde existen diferencias importantes entre los países colonizados por España y Brasil, colonizado por Portugal. Después, destacaremos puntos en común del control fiscal en el siglo XX, para finalizar con algunas apreciaciones sobre el control fiscal en la actualidad, teniendo en cuenta las diferencias presentes entre países organizados como repúblicas federales (Argentina, Brasil y México), frente a países organizados como repúblicas unitarias (Chile y Perú).

Para iniciar con la época colonial, del análisis histórico realizado, es posible verificar que los países colonizados por España (Argentina, Chile, México y Perú) tuvieron serias dificultades para establecer instituciones de control estables y procedimientos claros para la fiscalización de las cuentas públicas a lo largo del siglo XIX, donde en ninguno de los países se establecieron mecanismos de rendición de cuentas sobre los gobernantes. Las numerosas reformas realizadas sobre los organismos encargados de ejercer el control fiscal evidencian la falta de consenso sobre los controles que deberían existir en las administraciones públicas.

En especial, el informe de la Contraloría del Perú (2013) sobre su historia, muestra los numerosos conflictos de los Tribunales de Cuenta en América, por falta de claridad de la información, la concentración de atribuciones en los órganos de control, los conflictos de intereses y la falta de rendición de cuentas de los funcionarios encargados. También, se debe resaltar cómo la Real Audiencia en España limitaba la autonomía de los Tribunales de cuentas en América, causando que las decisiones fueran políticas, dependiendo de las personas involucradas. Por ello, luego de la independencia, los Tribunales de Cuentas fueron incapaces de contener la corrupción y la ineficacia administrativa, lo que en Perú se evidencia con la pérdida de los recursos obtenidos de explotación del guano.

El caso de Brasil es diferente, porque su proceso de independencia no fue violento como en el resto de América Latina, lo que en parte ayudó a la estabilidad de muchas instituciones, entre ellas el Tribunal de Cuentas de la Unión (TCU), que desde su creación en 1891 ha tenido estatus constitucional, como entidad encargada de liquidar las cuentas de ingresos y gastos del gobierno, así como órgano competente para verificar la legalidad de las cuentas que van a ser presentadas al Congreso. Por ello Speck (2000:45) resalta la estabilidad que ha tenido el TCU desde su creación, adaptándose a los cambios constitucionales y a los regímenes políticos dictatoriales y democráticos. Se destaca que el TCU desde 1934 aprobó todas las cuentas de gobierno, con excepción del 2014 en el gobierno de Dilma Rousseff, lo que dio paso a su destitución. Sin embargo, los informes que el TCU presenta al Congreso son de difícil comprensión para el público general, pues la terminología y la extensión impide que personas ajenas a la administración lo puedan utilizar. También en muchas oportunidades se han

cuestionado los criterios utilizados por el TCU para realizar las auditorías y aprobar las cuentas del gobierno.

Ahora bien, continuando con el análisis comparativo del control fiscal en el siglo XX, debemos destacar que el cambio de modelo de Estado mínimo al Estado interventor requirió de mayor claridad y orden en las cuentas públicas de los países, para facilitar préstamos y garantizar el pago de las deudas (Valencia-Tello, 2024a). Para esto, fue enviado el profesor de la Universidad de Princeton Edwin Walter Kemmerer a asesorar a varios países de la región, entre los que se encuentran Chile, Colombia, Bolivia, Perú y Ecuador. Fruto de la visita del profesor, fue implementado el modelo anglosajón de control, instituyéndose Contralorías en vez de los tradicionales Tribunales de Cuentas.

Aunque las reformas profesor Kemmerer buscaron garantizar transparencia en la información fiscal, equilibrio presupuestal y claridad en el ejercicio del control, siguiendo algunas características del modelo estadounidense GAO; los países no implementaron muchas de las recomendaciones del profesor, modificando las normas e instituyendo contralorías poco independientes y con poderes sancionatorios, como podemos verificar en el caso de Chile y Perú analizados previamente. Por ello, en América Latina, las Contralorías tienen competencias de fiscalización y de imposición de multas y sanciones como los Tribunales de cuentas.

En el caso de México, el Departamento de la Contraloría se creó desde 1917, pero existieron muchas dudas sobre su posición dentro de la estructura del Estado, por no estar mencionado en el artículo 90 de la Constitución y teniendo en cuenta las funciones asignadas a la Secretaría de Hacienda. Por ello, las funciones de fiscalización y control previo no fueron reglamentadas. Solo hasta 1926 fue expedida una ley orgánica para subsanar los vacíos jurídicos (Lanz, 1993). Aun así, fueron realizadas muchas reformas sobre las entidades encargadas de ejercer el control sobre la administración pública, hasta que en 1999 se crea la actual Auditoría Superior de la Federación que depende de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión (Escobar, 2020).

En todos los países aquí analizados, a excepción de Chile, el órgano de control del Estado depende del Congreso de la República, lo que evidencia uno de los desafíos más importantes del control

fiscal, señalados en el numeral segundo de este capítulo, que tiene que ver con las importantes diferencias entre los controles jurídicos y los controles a la administración pública que pueden llegar, en algunos casos, a causar que los controles a la administración sean más políticos que jurídicos. Lo anterior se agrava cuando las contralorías tienen capacidad de declarar la responsabilidad fiscal de los administradores, pues este procedimiento es jurisdiccional y debe contar con soporte técnico suficiente para garantizar el debido proceso.

Aunque la GAO en Estados Unidos, desde 1945 redefinió y reorganizó el control administrativo abandonando el control previo y las funciones contables, para un control posterior e integral (Naranjo, 2005: 48-49); las contralorías y auditorías en América Latina continuaron con el control previo, muchas veces, sin la debida reglamentación, lo que dificultó la aplicación objetiva del control fiscal. En este momento, todas las entidades de control analizadas tienen potestades para ejercer el control previo y posterior, lo que en algunos casos puede dar lugar a la coadministración.

Con relación a los países federales, Argentina, Brasil y México se evidencian diversos problemas de coordinación con las entidades territoriales; teniendo en cuenta que, bajo el régimen federal de gobierno, cada Estado de la Unión puede crear y reglamentar sus propios entes de control. En el caso de Argentina, coexisten dos modelos de entidades fiscalizadoras, dado que existen auditorías generales y tribunales de cuentas, cada uno con sus propias normas y procedimientos, lo que evidentemente, dificulta el ejercicio del control fiscal de manera coordinada en todo el territorio. En Brasil, aunque solo existen Tribunales de Cuentas, no existen normas que unifiquen los diferentes mecanismos, conceptos y procedimientos para aplicar el control externo de la administración. En el caso de México, la Auditoría Superior de la Federación ha realizado convenios con las entidades de fiscalización de cada Estado para armonizar las funciones y establecer mecanismos de coordinación.

Chile, al ser un Estado Unitario, las contralorías territoriales son órganos desconcentrados de la Contraloría General de la República y en consecuencia existen normas y procedimientos comunes a nivel nacional y territorial. Finalmente, Perú que también es un Estado Unitario, organizó la Contraloría General de la República como una

entidad descentralizada, que si bien, otorga mayor autonomía a las entidades territoriales, éstas deben respetar en todo momento la ley orgánica del sistema nacional de control y de la Contraloría General de la República, lo que garantiza uniformidad en las normas y en los procedimientos utilizados por los órganos de control externo.

En este orden de ideas, todas las entidades de fiscalización superior (EFS) aquí analizadas cuentan con reconocimiento constitucional y con marcos legales para su ejercicio, pero dependiendo de la estructura del Estado y las prácticas para el ejercicio del control fiscal, el control externo se desarrolla mediante diversas normas y procedimientos que en algunos casos dificultan la efectividad de los controles sobre las administraciones públicas. Los problemas organizacionales de coordinación y estandarización de las normas de control fiscal impactan directamente en la calidad de las auditorías a las entidades públicas.

En todas las EFS analizadas, además de las funciones de fiscalización, las entidades de control fiscal tienen potestades para juzgar a los responsables del gasto público, razón por la cual sus informes muchas veces, pueden enfocarse en casos puntuales de corrupción, sin tener en cuenta la importancia de las recomendaciones para la mejora continua de las entidades, así como para la eficiencia del gasto público y la efectividad de las políticas públicas. Cuando los informes de auditoría no ayudan al fortalecimiento institucional de las entidades auditadas, se pierde la oportunidad de aprender de los errores y de generar mejoras que impacten a la ciudadanía y al servicio público.

6. EL SISTEMA COLOMBIANO⁷

6.1. Antecedentes históricos

La Constitución de 1886 no determinó inicialmente instituciones bien definidas para el control de los recursos públicos por parte de los administradores, lo que evidencia las dificultades que tuvo la

⁷ Apartes del libro: Valencia-Tello, D.C. (2022). *La buena administración en el control de la gestión pública. Análisis del caso Colombiano*. Bogotá: Tirant lo Blanch.

nueva República para disciplinar el uso de los recursos públicos y garantizar un efectivo control y rendición de cuentas de todos los funcionarios públicos. Sólo hasta el año 1923 con la creación de la Contraloría, se inicia un nuevo periodo en el ejercicio del control fiscal en Colombia. Al respecto, el magistrado de la Corte Constitucional, Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, en Sentencia C-716 de 2002 afirmó lo siguiente:

Así, hasta el año de 1923, en el país no existía un mecanismo lo suficientemente sólido como para garantizar el control efectivo del manejo de los dineros públicos. Es célebre ya la “Ley contra los empleados de la Hacienda”, dictada en 1819 por el vicepresidente de la Nueva Granada, que sancionaba con pena de muerte la malversación de fondos por parte de funcionarios de la Administración. En el mismo año se estableció, mediante Decreto del 14 de septiembre, un tribunal encargado de solicitar cuentas relacionadas con el manejo de los recursos del erario, llamado Tribunal Superior de Cuentas, el cual fue reemplazado en 1821 por la Contaduría General de Hacienda, posteriormente denominada Dirección General de Hacienda y Rentas Nacionales. Y aunque en 1847, a través de la Ley Orgánica de la Administración de Hacienda Nacional, se creara la Corte de Cuentas, que luego en 1912 fue adscrita al Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, lo cierto es que los mecanismos utilizados por el Estado colombiano para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal seguían siendo lentos y difusos, debido principalmente a su naturaleza netamente jurisdiccional y a su ejecución por la vía contencioso-administrativa.

Efectivamente, en 1923 durante el gobierno de Pedro Nel Ospina, llegó a Colombia la primera comisión de estudio del siglo XX, la cual permaneció dos meses en el país, conocida como la misión Kemmerer. Esta misión buscará sanear las finanzas públicas, promover la inversión extranjera y organizar tanto la hacienda pública como el sistema financiero colombiano, aunque no se trató de una misión oficial del gobierno norteamericano (Palacios & Safford, 2004: 525). Para esto, la misión asesoró al gobierno nacional en la preparación de leyes y decretos reglamentarios para la reorganización de los servicios, las rentas y los impuestos nacionales.

Las recomendaciones elaboradas por esta comisión de expertos tendrían un fuerte impacto en la historia económica colombiana; pues implementó cuatro conceptos básicos: (a) El patrón oro, mediante la creación del Banco de la República, garantizando que no

se emitiera dinero sin el debido respaldo; (b) el equilibrio presupuestal que impide que el gobierno gaste por fuera de los límites del erario público; (c) la transparencia en la información fiscal y (d) el control preventivo o previo realizado por la Contraloría (Naranjo, 2007: 78-81).

De esta forma, la Contraloría fue concebida en principio como un departamento de contabilidad del Estado, encargado del control preventivo; siguiendo algunas características del modelo establecido en aquel entonces por la Agencia “*General Accounting Office*” (GAO), recientemente creada en 1921.

Sin embargo, aunque la contraloría en Colombia tenga algunos elementos y funciones similares a los de la Agencia GAO de Estados Unidos, conforme las recomendaciones de la misión Kemmerer, el organismo de control continuó realizando actividades de revisión y fenecimiento de las cuentas, razón por la cual se afirma que el modelo colombiano es un híbrido entre el modelo de auditoría anglosajón y los tribunales de cuentas de Europa Continental (Naranjo, 2007: 82).

La creación legal de la contraloría, sin respaldo de una norma constitucional y sin claridad sobre sus funciones, ni sobre su ubicación dentro de la estructura del Estado, permitió que el Congreso realizara rápidamente varias modificaciones, tan pronto se fue la misión del país, para mantener mayor influencia política sobre el nuevo órgano de control. De esta forma, desde el inicio, la contraloría no ha contado con la independencia, ni la objetividad requerida para ejercer un efectivo control fiscal sobre los recursos públicos y la gestión de los agentes del Estado.

La reforma constitucional realizada en 1945 va a ser fundamental para dotar de mayores herramientas a la administración pública para el desarrollo del Estado social de derecho en Colombia. En materia de control fiscal, esta reforma es relevante pues otorgó a la Contraloría la categoría de órgano constitucional, así como también, estableció la obligatoriedad del control fiscal sobre todos los funcionarios que administren dinero público (Cepeda, 2001: 4).

Sin embargo, la fuerte politización de la Contraloría, la falta de reglamentación sobre el control fiscal y la falta de capacidad técnica

debido a la falta de un sistema de carrera y de mérito de los funcionarios encargados del control fiscal, estaba directamente relacionada a la forma de elección del contralor y a la inexistencia de carrera administrativa para los funcionarios encargados del control fiscal, lo que permitía que la entidad se convirtiera en un botín político, permeable a diversas estrategias de corrupción.

En 1975, el presidente López Michelsen consideró que la moralización de la administración pública dependía en buena medida de la mejora del control fiscal y del fortalecimiento institucional de la Contraloría en el Estado. Opinión similar tenía el expresidente Carlos Lleras Restrepo, quien afirmó:

La Constitución dice que los empleos de la Contraloría deben ser señalados por la Ley. Eso no se ha cumplido nunca, y la omisión hace que el Contralor sea en la práctica un funcionario con poderes y facultades más grandes que los del Presidente de la República. Libérrimamente crea cargos, fija las remuneraciones, no se tiene que sujetar a las normas sobre la carrera administrativa. Ahora bien, es un hecho público y no hay por qué callarlo, que desde hace mucho tiempo los candidatos a Contralores han venido buscando los votos que necesitan para ser elegidos ofreciendo a los miembros de las Cámaras posiciones para las personas que éstos recomienden. Desde luego quien aspira a que no lo reemplacen se defiende de la misma manera. De ahí el crecimiento burocrático, la designación de personal incompetente, la inestabilidad de los funcionarios, los cambios de organización". (Lleras 1974, En: Duque 1980, pág. 68) (Hernández Gamarra, 2018: 23).

La Ley 20 de 1975 "por la cual se modifican y adicionan las normas orgánicas de la Contraloría General de la República, se fijan sistemas y directrices para el ejercicio del control fiscal y se dictan otras disposiciones", fue fundamental para aclarar conceptos y metodologías en el desarrollo de las actividades del control fiscal. Aquí por primera vez se reglamenta el control previo y perceptivo en Colombia, para efectos de otorgar mayores herramientas a los funcionarios públicos para el ejercicio del control fiscal en el Estado.

No obstante, se debe destacar que el control previo que venía desarrollándose desde época de la colonia, no era eficiente al momento de controlar, pues permitía la valoración política de quien controlaba conforme su conveniencia, bajo un enfoque meramente legalista, el cual ya había sido revaluado en otros países, como Estados Unidos

por ser incompleto para evaluar adecuadamente el cumplimiento de los objetivos de las diversas actividades desarrolladas por el Estado, conforme fue señalado antes.

6.2. *El control fiscal en la Constitución de 1991*

El control fiscal previo y perceptivo desarrollado durante la Constitución de 1886 fue ampliamente criticado por la Asamblea Nacional Constituyente que dio origen a la Constitución de 1991, debido a las posibilidades de corrupción y la poca eficacia que presentaba para garantizar el buen manejo de los recursos públicos, así como por la falta de rendición de cuentas a la ciudadanía. Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia C-648 de 2002, afirma lo siguiente:

[...] eran frecuentes las críticas al carácter previo y perceptivo del control fiscal, en particular por haberse transformado en mecanismo de co-administración y en foco de corrupción. Estas características fueron consideradas en los debates surtidos en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente y sirvieron como fundamento para reemplazar el control fiscal previo y perceptivo por uno posterior y selectivo, que comprende un control financiero, de gestión y de resultados, basado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

Por ello, la Constitución de 1991 creó una nueva estructura institucional que busca mayor equilibrio del poder en el Estado y mayor rendición de cuentas para la ciudadanía. Esto se evidencia en los títulos V y X de la Constitución que determinan a la Contraloría General de la República (CGR) como ente independiente de las ramas del poder público, con amplias competencias para el ejercicio del control fiscal. Al respecto, la sentencia C-189 de 1998, afirmó:

Las contralorías no hacen parte de la rama administrativa, ni ejercen funciones de gobierno o de ejecución administrativa, salvo aquellas estrictamente referidas a su organización interna, puesto que su tarea constitucional es esencialmente de control.

Adicionalmente, la Constitución de 1991 estableció en el artículo 209 y 269 la obligación para todas las administraciones públicas,

en todos sus órdenes de contar con un control interno de gestión, teniendo en cuenta la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos. De esta forma, el control interno es fundamental para el adecuado funcionamiento del control fiscal posterior y selectivo ejercido por la CGR.

En el nivel territorial, la Constitución determinó en el artículo 272 que la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios corresponde a contralorías departamentales y municipales según la clasificación de las entidades territoriales establecida en la Ley 617 de 2000, razón por la cual en la actualidad además de la CGR existen 65 contralorías territoriales.

El control fiscal en Colombia ha tenido dos reformas constitucionales importantes. La primera reforma fue el Acto Legislativo 2 de 2015 que modifica la forma de elección del Contralor General, y la segunda, mucho más ambiciosa, fue el Acto Legislativo 4 de 2019, que introduce el control preventivo y concomitante, entre otras disposiciones.

El Acto Legislativo 2 de 2015 buscó que la elección del contralor fuera “entregada a la ciudadanía” mediante la realización de una convocatoria pública para la elección del contralor general, sin tener en cuenta las históricas prácticas clientelistas que han tenido lugar en el Congreso. No cualquier ciudadano tiene conocimiento del control fiscal y puede participar de las convocatorias públicas para la elección del contralor. La rigurosidad y la transparencia que invoca este cambio constitucional es difícil de demostrar cuando en la práctica las mayorías en el Congreso utilizan su influencia para realizar la convocatoria pública entre amigos y elegir al responsable de la CGR.

Esto quedó en evidencia en el proceso de elección del Contralor General para el periodo 2022-2026, pues el Congreso electo para el periodo 2018-2022 adelantó la elección del nuevo contralor general, desde 2021 para seleccionar la lista de elegibles e impedir que el nuevo Congreso, que inició periodo en 2022 hasta 2026 adelante el proceso en su totalidad. En el pasado, una de las funciones iniciales del nuevo Congreso en cada periodo de gobierno era la elección del Contralor, adelantando para ello el proceso en su totalidad, conforme lo establecido en el artículo 267 de la Constitución.

En esta ocasión, debido a la falta de claridad en las nuevas reglas para la elección del Contralor General, las listas de los aspirantes fueron demandadas en varias oportunidades, causando cambio en los nombres de los aspirantes en dos oportunidades. La lista inicial de los 10 aspirantes al cargo fue demandada para cumplir la cuota de género y también fue cuestionada por involucrar a algunos candidatos en supuestas irregularidades en contratación. Otros conflictos de intereses fueron resaltados en varios candidatos, debido a su cercanía con el saliente contralor Córdoba Larrarte, así como por ser familiares cercanos de funcionarios públicos reconocidos (INFOBAE, 2022). La fuerte injerencia política del Congreso en la elección del contralor general evidencia las dificultades de garantizar la independencia de la EFS conforme las recomendaciones dadas por INTOSAI.

Lo mismo sucede con la elección de los contralores territoriales, pues la reforma constitucional también incluyó el concurso de méritos para la elección de contralores territoriales. Sin embargo, “en la práctica no es mucho lo que ha cambiado en los procesos de elección de los contralores territoriales” (Castro Franco, 2020: 41). Lo anterior indica que todas las elecciones por mérito que han adelantado las corporaciones públicas, se encuentran en este momento cuestionadas por la indebida injerencia política de los miembros de estas corporaciones y por la falta de transparencia en la realización de los concursos de mérito que determinan las listas de elegibles a los cargos.

La segunda reforma constitucional realizada mediante el Acto Legislativo 04 de 2019 buscó: (a) la inclusión del control concomitante y preventivo, complementario al control posterior y selectivo; (b) la unificación de competencias de la CGR y las contralorías territoriales y (c) la asignación de funciones jurisdiccionales a la CGR para la determinación de la responsabilidad fiscal y el fortalecimiento del proceso coactivo.

Con esto, se crea un super órgano de control con todas las competencias necesarias para prevenir la corrupción y castigar a los responsables, sin que en momento alguno se discuta las implicaciones que esta concentración de poder tiene para el diseño institucional

del Estado o para la garantía de derechos fundamentales de los ciudadanos.

En la exposición de motivos del Acto Legislativo no se evidencia en ningún momento análisis o debate sobre la importancia del fortalecimiento del control interno en las entidades públicas para el adecuado ejercicio de la administración y la prevención de la corrupción. Tampoco se evalúa la necesidad de coordinar de manera más armónica el sistema de control interno y externo del Estado o el fortalecimiento en competencias y habilidades que requieren los funcionarios públicos para el adecuado desarrollo de auditorías en las entidades. El debate solo se concentra en la necesidad de otorgar mayores competencias a la CGR, como si el combate a la corrupción solo dependiera de ella y de las nuevas competencias que necesita concentrar.

La reforma constitucional fortalece de manera importante los cuerpos burocráticos de la CGR, otorgando importantes recursos públicos durante las siguientes tres vigencias, sin que se justifique adecuadamente mediante estudio técnico de cargas laborales y de recursos presupuestales dicho aumento, lo que explica el gran interés que ha suscitado en el Congreso de la República la elección del Contralor General para el periodo 2022-2026. Esta forma de aumentar puestos en entidades sin la debida justificación y sin reglamentación oportuna sobre los concursos de mérito y la carrera administrativa, evidencia la cultura patrimonialista y clientelista que todavía permea muchos cuerpos administrativos en Colombia.

6.3. Estructura organizacional y alcance de la actividad fiscalizadora

La CGR tiene a su cargo: (a) el control macro del Estado; (b) el control micro; y (c) la responsabilidad fiscal. Con relación al control macro, la CGR debe realizar evaluaciones sobre las finanzas del Estado y el grado de cumplimiento de los objetivos macroeconómicos expresados por el Gobierno, generando diversos informes, algunos de carácter constitucional, como el informe anual de las finanzas del Estado, la situación de la deuda, la cuenta general del presupuesto y el tesoro, el estado de los recursos naturales y del medio ambiente, entre otros. El control micro se manifiesta en la vigilancia sistemática

y permanente de las entidades del Estado y particulares que administren recursos públicos. Para esto, la CGR formula anualmente un Plan General de Auditoría que contiene la programación de las entidades que serán auditadas durante un año y como resultado de las auditorías, las entidades deben desarrollar un Plan de Mejoramiento que contenga especialmente las acciones correctivas para subsanar las observaciones formuladas por la CGR.

La responsabilidad fiscal a cargo de la CGR trata sobre los hallazgos con incidencia fiscal, disciplinaria o penal, que son evaluados por la Contraloría Delegada para investigaciones, juicios fiscales y jurisdicción coactiva. El proceso de responsabilidad fiscal busca determinar la responsabilidad individual de personas naturales o jurídicas y además recuperar los recursos públicos malversados o extraviados como consecuencia de una inadecuada gestión fiscal.

Con relación al control posterior y selectivo, la Constitución en el artículo 267 determinó que se deben establecer procedimientos, sistemas y principios para la vigilancia fiscal, donde se deben incluir el ejercicio del control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de costos ambientales.

En desarrollo del mandato constitucional la Ley 42 de 1993 define el control fiscal como una función pública que vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles. Para esto debe ser ejercido de forma posterior y selectiva por la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales y municipales, conforme los principios establecidos en la ley.

El artículo quinto define el control posterior como la vigilancia de las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos de control y de los resultados obtenidos por los mismos. Por su parte, el control selectivo se entiende como la selección mediante un procedimiento técnico de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones o actividades para obtener conclusiones sobre el universo del objeto del control fiscal.

Para el ejercicio del control fiscal, el artículo noveno determina que pueden aplicarse controles como el financiero, de legalidad,

de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno. Para esto, la ley definió cada uno de los controles y otorgó competencia al Contralor General de la República para determinar las personas obligadas a rendir cuentas, así como prescribir los métodos, formas y plazos para el ejercicio del control fiscal.

Aquí es importante resaltar que el control fiscal posterior y selectivo solo es posible cuando las entidades y los diversos programas públicos cuentan con sistemas de control interno, que documentan procesos, procedimientos, operaciones, indicadores de gestión, etc. Esto porque el control interno de las entidades es fundamental para garantizar el cumplimiento de parámetros legales, así como también, la existencia de procedimientos administrativos bien regulados e indicadores de gestión que apoyan el cumplimiento de los objetivos y de la misión institucional, conforme la planeación organizacional de cada entidad pública.

Sin embargo, este importante cambio normativo no fue realizado con el cuidado y acompañamiento que requería, pues poco se informó a los funcionarios públicos de las administraciones y de las contralorías sobre las implicaciones prácticas y técnicas que el cambio de modelo realizaba sobre el funcionamiento de las administraciones públicas. En consecuencia, en los primeros años de vigencia del nuevo orden constitucional, la mayoría de los funcionarios y de las entidades no comprendieron la magnitud de la reforma, ni contaron con herramientas para la debida implementación del control interno en las entidades y mucho menos del control fiscal posterior y selectivo.

Diversos casos graves de corrupción han causado que el combate a este flagelo sea uno de los principales ejes de campañas políticas tanto para el Congreso de la República, como para la Presidencia. Por ello, en materia de control fiscal fueron realizadas dos reformas constitucionales que modifican sustancialmente el diseño institucional inicialmente planteado por la Constitución de 1991.

En la exposición de motivos del Acto Legislativo 4 de 2019 la Contraloría considera que el control posterior y selectivo: “[...] se queda corto en la real y efectiva protección del patrimonio público, porque por sus límites competenciales puede actuar única y exclusivamente

cuando los procesos administrativos se han ejecutado, lo que muchas veces equivale a decir: cuando el daño se ha consumado”. Por ello, la Contraloría considera que para responder eficientemente a la ciudadanía es necesario modificar el modelo constitucional, introduciendo un nuevo parámetro de control “concomitante y preventivo”, donde la ciudadanía debe jugar un papel protagónico en la prevención del daño, a través de un control fiscal participativo, que evitará la configuración y materialización del daño en las administraciones públicas.

Así, el control concomitante implica que la Contraloría puede intervenir en cualquier momento, cuando se ha identificado un daño inminente sobre el patrimonio público, teniendo en cuenta denuncias presentadas por la ciudadanía. No obstante, la Contraloría considera que la concomitancia no implica la intervención sobre la gestión fiscal, pues la actuación se concentra en el riesgo o daño potencial y no en un universo indeterminado de actos de gestión fiscal. Para el ejercicio de este nuevo tipo de control, en el artículo 268 de la Constitución fue adicionada una nueva atribución al contralor general en el numeral 13, el cual establece:

Advertir a los servidores públicos y particulares que administren recursos públicos de la existencia de un riesgo inminente en operaciones o procesos en ejecución, con el fin de prevenir la ocurrencia de un daño, a fin de que el gestor fiscal adopte las medidas que considere procedentes para evitar que se materialice o se extienda, y ejercer control sobre los hechos así identificados.

La Corte Constitucional en Sentencia C-140 de 2020 declaró la constitucionalidad del AL 4 de 2019, pues en su concepto, la Constitución no establece reglas intangibles, ni cláusulas pétreas, sino principios axiales, como la separación de poderes que no se ven afectados por el cambio en el modelo de control fiscal.

En este orden de ideas, para la Corte, la Constitución adopta un sistema flexible de distribución de funciones del poder público, donde la colaboración armónica de los diferentes órganos del Estado es fundamental, sin que esto comprometa la independencia y la autonomía de los órganos para autogobernarse, conforme la especialización que tiene cada entidad pública, evitando la concentración del

poder. Con relación al control fiscal la Corte afirma en la sentencia C-140 de 2020:

[...] la tradicional separación de poderes se ha visto sometida a los cambios provenientes del reconocimiento o la aparición de funciones —como el control fiscal— que complementan las encargadas a cada una de las ramas del poder público, en procura de una colaboración recíproca orientada a un mejor desempeño de la actividad estatal y al control que surge como consecuencia de la implementación de un delicado mecanismo de pesos y contrapesos.

Aquí la Corte Constitucional evidencia las dificultades de ubicar el control fiscal en el esquema tradicional de separación de poderes y por ello afirma que es una función complementaria, que debe ser desempeñada en colaboración recíproca entre las entidades públicas. Bajo este enfoque, la CGR como órgano encargado del control fiscal cuenta con funciones específicas para trabajar de forma colaborativa y armónica con las ramas tradicionales del poder público, con la finalidad de proteger el patrimonio público, actividad que puede realizar de forma posterior y selectiva o mediante el nuevo control preventivo y concomitante, sin que esto implique el retorno del control previo y perceptivo.

Ahora bien, es importante resaltar que ni en la exposición de motivos, ni en la sentencia de la Corte Constitucional se realizó análisis sobre el impacto que este nuevo control fiscal preventivo y concomitante tendrá en el sistema de control interno en las diferentes entidades públicas, conforme los parámetros establecidos en la Ley 87 de 1993 y el Modelo Estándar de Control Interno (MECI) en el Estado colombiano.

Este análisis es importante porque el modelo inicial de control que fue establecido en la Constitución de 1991 realiza un énfasis importante en la obligatoriedad de implementar sistemas de control interno en todas las entidades públicas, precisamente para contar con un control en tiempo real, que es preventivo y concomitante pues se basa en los principios de autocontrol, autorregulación y autogestión de los servidores públicos y las entidades, basados en el análisis y la valoración del riesgo para la toma de decisiones informadas por parte de los responsables en las entidades.

El decreto-ley 403 de 2020 regula en el título VII el ejercicio del control fiscal concomitante y preventivo indicando en el artículo 67 que este tipo de control se manifiesta mediante la emisión de advertencias sobre el evento o riesgo identificado, los cuales deberán estar soportados en los ejercicios de vigilancia y seguimiento de los recursos públicos. Así mismo destaca que la facultad de advertir está en cabeza del contralor general de manera exclusiva y no podrá delegarse.

Sobre la advertencia, el artículo 68 indica que el pronunciamiento del contralor no es vinculante, pero busca que el gestor fiscal identifique un riesgo inminente de pérdida de recursos públicos, para evaluar de forma autónoma la adopción de medidas que considere procedentes para ejercer control sobre los hechos identificados y así evitar que el daño se materialice.

El artículo 70 destaca que el control concomitante y preventivo no es de aplicación universal sobre todos los actos de gestión y en consecuencia, debe estar enfocado sobre objetos de control en ejecución, concretos y previamente identificados. Por ello es importante también el artículo 69 que indica las materias específicas sobre la cual procede este tipo de control, indicando que los criterios son: (a) trascendencia social; (b) alto impacto ambiental; y (c) alta connotación económica.

Finalmente, los artículos 71 y 72 tratan sobre el sistema general de advertencia público el cual busca administrar la información de las advertencias dirigidas a los gestores fiscales, donde el sistema debe contener como mínimo: (a) Registro actualizado de las advertencias, identificando la entidad, el gestor fiscal, el objeto de control y el contenido de la advertencia; (b) la relatoría de las principales advertencias en donde se destaquen los aspectos que sirvan de insumo para el desarrollo de buenas prácticas en el marco de la gestión fiscal; y (c) Banco de resultados positivos originados en las advertencias y con ocasión de las descesiones o medidas adoptadas autónomamente por los gestores fiscales.

6.4. Consideraciones sobre el sistema fiscal colombiano⁸

En Colombia, las Constituciones que se sucedieron a lo largo del siglo XIX, no realizaron mayor énfasis en la necesidad de control sobre los gobernantes o las instituciones públicas, pues la inestabilidad política y las guerras impidieron generar adecuados consensos alrededor de las instituciones que requería el país para lograr sus metas (Arenas, 2021).

Solo hasta 1923, son analizadas con mayor detenimiento las instituciones de control del Estado, gracias a la misión Kemmerer, que buscó sanear las finanzas públicas, organizar la hacienda pública y promover la inversión extranjera, conforme las políticas intervencionistas que estaban modificando las clásicas funciones del Estado, para garantizar la provisión de bienes y servicios, así como corregir las fallas del mercado en sectores estratégicos de la economía.

En este contexto, una de las principales recomendaciones de la misión Kemmerer fue la creación de la Contraloría, conforme el modelo anglosajón de control, lo que fue aprobado mediante la Ley 42 de 1923. Con esto, se introducen en el ordenamiento colombiano instituciones y principios del derecho anglosajón, los cuales no fueron bien comprendidos, pues la tradición jurídica colombiana ha contado con una fuerte influencia del derecho de Europa continental, donde la centralidad de la ley y el establecimiento de competencias dentro de estructuras jerárquicas rígidas, fueron los principales mecanismos de control sobre la discrecionalidad de los funcionarios públicos. Esto se evidencia al constatar que en la Constitución de 1886 no se determinaron mecanismos de control conforme la teoría anglosajona de *checks and balances*, que busca repartir competencias en varios poderes del Estado, para evitar la centralización del poder en un solo órgano.

⁸ Apartes de: (a) Valencia-Tello, D. C. (2023). “Antecedentes del control fiscal del Estado en Colombia: cien años de la Contraloría General de la República”. En *Revista A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte. Año 23. Núm. 93. Jul./sept. 2023. Pp. 41-71.; y (b) Valencia-Tello, D. C. (2023). “La elección del Contralor General de la República de Colombia: la politización del control fiscal”. En *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba. Vol 10. Núm. 2. Maio/ago, 2023. Pp. 251 et seq.

Por ello, la introducción de la contraloría dentro del ordenamiento jurídico colombiano no fue pacífica, pues fue difícil explicar la posición de esta nueva institución dentro de la estructura del Estado, así como fue imposible garantizar la independencia que requería para el ejercicio de las funciones fiscales, especialmente frente al Congreso. La fuerte politización de la Contraloría, fue posible gracias a que la ley fue rápidamente modificada para permitir que la elección del contralor general fuera realizada por la Cámara de Representantes por solo dos años. Además, la falta de reglamentación sobre el control fiscal previo y perceptivo permitió en muchos casos la coadministración. También, la falta de capacidad técnica de los funcionarios públicos (la mayoría de ellos, vinculados por recomendaciones de congresistas) era consecuencia directa de la falta de un sistema de carrera, lo que permitía que la entidad se convirtiera en un botón político, permeable a diversas estrategias de corrupción.

La Constitución de 1991 buscó corregir estas fallas, estableciendo el control fiscal posterior y selectivo, así como el control interno en todas las entidades públicas; además de otorgar mayor autonomía a los organismos de control, extendiendo el periodo de elección del contralor general a 4 años y determinando que en su elección debían participar el Congreso y las Altas Cortes, conforme lo recomendó Kemmerer en 1923.

Sin embargo, el Acto Legislativo 2 de 2015, que modifica la Constitución de 1991, fortalece nuevamente la politización de la CGR, pues pasamos de un proceso que vinculaba al Congreso y a las Altas Cortes, a un proceso de elección que solo depende del Congreso en pleno.

La elección para Contralor General 2022-2026 tuvo tantas irregularidades, que obligó al Consejo de Estado en mayo de 2023, a anular la elección del contralor y ordenar al Congreso de la República a rehacer todo el proceso a partir de la convocatoria, para elegir nuevamente al contralor por lo que resta del periodo constitucional (Colombia, 2023). Hasta el momento (mayo de 2024), el Congreso no abrió convocatoria para la elección del contralor y por ello, la entidad tiene un contralor encargado de funciones. Es importante resaltar que desde hace varios años las convocatorias para cargos de carrera administrativa se encuentran paralizadas, razón por la cual

más de la mitad de la planta de personal de la CGR es nombrada en provisionalidad, sin concursos de mérito, y puede ser desvinculada en cualquier momento. Esto representa un alto riesgo para la seguridad de la información en temas sensibles de las administraciones públicas, además de causar pérdida de la memoria institucional y falta de idoneidad en los servidores públicos encargados de ejercer el control fiscal.

En la exposición de motivos para la reforma constitucional de 2015, que modificó la elección del contralor general se afirma que la elección debe ser realizada por convocatoria pública para entregar a la ciudadanía la posibilidad de encargarse del control fiscal, mediante procesos rigurosos y transparentes de elección que ayuden a reequilibrar el poder y garantizar los principios de transparencia, publicidad, participación ciudadana y equidad de género. Esta justificación, idealiza la capacidad de la ciudadanía para “encargarse de la función fiscal” mediante la realización de una convocatoria pública para la elección del contralor general, sin tener en cuenta las históricas prácticas clientelistas que han tenido lugar en el Congreso. No cualquier ciudadano tiene conocimiento del control fiscal y puede participar de las convocatorias públicas para la elección del contralor. La rigurosidad y la transparencia que invoca este cambio constitucional es difícil de demostrar cuando en la práctica las mayorías en el Congreso utilizan su influencia para realizar la convocatoria pública entre amigos y elegir al responsable de la CGR.

La falta de claridad en las nuevas reglas para la elección del Contralor General, se evidenció con el hecho de que las listas de los aspirantes para el periodo 2022-2026 fueron demandadas en varias oportunidades, causando cambio en los nombres de los aspirantes en tres oportunidades. La lista inicial de los 10 aspirantes al cargo fue demandada para cumplir la cuota de género y también fue cuestionada por involucrar a algunos candidatos en supuestas irregularidades en contratación. Otros conflictos de intereses fueron resaltados en varios candidatos, debido a su cercanía con el saliente contralor Córdoba Larrarte, así como por ser familiares cercanos de funcionarios públicos reconocidos (Acosta, 2022).

Llamó la atención el hecho que muchos funcionarios de Córdoba Larrarte quedaron en los primeros puestos de la lista de elegibles,

así como también, que el proceso del concurso público realizado en la Universidad Industrial de Santander, en el que participaron 210 aspirantes, fueron eliminados 190 aspirantes con puntajes secretos, donde los descalificados no tuvieron derecho a cuestionar el resultado o la prueba realizada. Así, la falta de transparencia en la prueba más importante para aspirar a ser contralor general generó muchas dudas sobre todo el concurso público (Ramírez, 2022), el cual fue la razón principal para justificar la reforma constitucional, buscando garantizar los principios de mérito, transparencia, participación y publicidad en el proceso de elección.

Debido a las demandas en contra de las listas de aspirantes a contralor general, fue conformada una comisión accidental en el Congreso mediante la Resolución 0635 de 2022 de la Cámara de Representantes para definir la lista de elegibles a Contralor General de la República para el periodo 2022-2026. La puja política por la elección del nuevo contralor general causó que varios senadores que integraban la comisión accidental renunciaran debido a un nuevo cambio en las listas de los aspirantes. Al respecto, el senador Humberto de la Calle afirmó:

En la plenaria reiteré las razones de mi renuncia a la comisión accidental para elegir al Contralor. No tengo ningún candidato y desde mi perspectiva, desconocer un acto administrativo y rehacer la lista de candidatos, implica riesgos para el Congreso, la Comisión y el erario público (Ramírez, 2022).

Aun así, el actual presidente del Senado Roy Barreras defendió la lista final de aspirantes a Contralor General, afirmando que había sido construida bajo los criterios de mérito, género y acatamiento de fallos judiciales (Ramírez, 2022).

En este contexto, el 18 de agosto de 2022 fue elegido como Contralor General, Carlos Hernán Rodríguez con 260 votos a favor. Sin embargo, la elección fue demandada debido a la falta de claridad y transparencia en el proceso de conformación de lista de elegibles y en el concurso público de méritos (EFE, 2022). Esto ya demuestra la importancia política del cargo y el especial interés de los principales grupos políticos para incidir en la dirección de la CGR, más si se tiene en cuenta el gran aumento de poder y de cargos que tiene en

la actualidad la CGR, gracias a la reforma constitucional del Acto Legislativo 4 de 2019, conforme fue abordado antes en el numeral 6.3.

Aunque existen guías, procedimientos e instructivos para la realización del control posterior y selectivo, la movilidad del personal en la CGR impide adecuado entrenamiento sobre aspectos técnicos que se deben tener en cuenta al momento de auditar. Esto se evidencia en la falta de calidad de muchos informes de auditoría, que pueden ser excesivamente extensos y sin información relevante para la mejora continua de las entidades auditadas. Muchos procesos de responsabilidad fiscal también sufren las consecuencias, pues en muchas oportunidades los hallazgos no cuentan con los debidos soportes probatorios y en consecuencia los procesos deben archivarse.

Ahora bien, el nuevo tipo de control concomitante y preventivo no dialoga hasta el momento con el control interno, el cual busca ser un control ejercido en tiempo real, teniendo en cuenta los principios de autocontrol, autoregulación y autogestión, que se materializan en el Modelo Estándar de Control Interno. De esta forma, no existen guías con criterios objetivos para determinar cuándo se debe aplicar.

Con relación a las contralorías territoriales, la Constitución de 1991 inicialmente buscó el fortalecimiento de la descentralización territorial y por ello Colombia es el único país de la región que además de tener una CGR cuenta con 65 contralorías territoriales con autonomía para el ejercicio del control fiscal. Sin embargo, la mayoría de las contralorías territoriales tienen poca capacidad institucional y técnica, debido en parte a que la elección de los contralores depende de los consejos municipales y las asambleas departamentales. Además, la falta de carrera administrativa y de presupuesto han ocasionado poca efectividad para el ejercicio del control fiscal en el territorio. Las reformas constitucionales de 2015 y 2019, lejos de abordar los problemas de fortalecimiento institucional y corrupción en las contralorías territoriales, buscó la prevalencia de la CGR frente a las entidades territoriales, al modificar el artículo 272 de la Constitución, lo que ayuda al fortalecimiento de la centralización y la concentración del poder en la CGR.

Por otra parte, una de las principales apuestas de la reforma constitucional de 2019 para la modernización del control fiscal fue la

introducción de nuevas tecnologías de la información (TIC), tales como la analítica de datos, la inteligencia artificial y en general, el desarrollo de instrumentos de *big data* para mejorar las herramientas de auditoría y control. Para esto, la CGR espera utilizar en tiempo real, datos abiertos, datos públicos digitales, bases de datos, etc., de todas las entidades públicas y de los particulares que ejercen funciones públicas.

Sin embargo, esta visión prometedora de las TIC en la administración, no tiene en cuenta el estado real de los sistemas de información en las entidades públicas. El Conpes 3920 del 17 de abril de 2018 que trata la política nacional de explotación de datos (Big Data), establece un diagnóstico difícil para el análisis de grandes datos en el Estado colombiano, debido a dificultades en varios procesos internos relacionados con la organización adecuada de la información y de las bases de datos en los diferentes procesos administrativos. Por ejemplo, en materia de datos públicos digitales el documento Conpes establece que existe una baja disponibilidad de datos públicos debido a: (a) baja digitalización; (b) bajos niveles de datos abiertos; y (c) baja interoperatividad. Además, se evidencia ausencia de articulación de políticas públicas para el adecuado manejo de los datos públicos en las entidades.

Aun así, en la exposición de motivos del Acto Legislativo 04 de 2019 no se evidencia mayor debate sobre las implicaciones del uso extendido de todos los datos, sistemas de información y bases de datos del Estado de forma centralizada en la CGR y las contralorías territoriales. Aspectos fundamentales tales como infraestructura, ciberseguridad y protección de derechos fundamentales, en especial el *habeas data*, no fueron discutidos en el Congreso de la República.

Sin embargo, el decreto-ley 403 de 2020 en su artículo 89 determina que la CGR tendrá acceso a todos los sistemas de información o bases de datos de las entidades públicas y de las entidades privadas que dispongan o administren recursos y/o ejerzan funciones públicas. Esto evidencia un gran reto de transparencia y buen uso de los datos, en momentos donde todavía no tenemos políticas públicas claras sobre la interoperatividad de los sistemas de información, la ciberseguridad, inteligencia artificial, machine learning y el uso apropiado de datos sensibles de los ciudadanos.

Aunque el decreto-ley afirma que la información solo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la vigilancia y control fiscal, se generan varios cuestionamientos sobre cómo garantizar el adecuado uso de los datos, cuando se centralizan tantas competencias en un solo organismo.

Adicionalmente, el artículo 90 ordena la inoponibilidad de las entidades públicas y privadas que dispongan o administren recursos y/o ejerzan funciones públicas frente a la solicitud de información o bases de datos por parte de la CGR y demás órganos de control fiscal, con el argumento del carácter reservado o clasificado de la información. Se afirma que los funcionarios de los órganos de control fiscal estarán obligados a guardar la reserva y la confidencialidad de la información que tenga dicho carácter, en los términos de las leyes 1712 de 2014 y 1581 de 2012. Sin embargo, surgen muchos cuestionamientos de cómo se garantizará esta reserva por parte de todos los funcionarios y contratistas que tengan acceso a información confidencial o sensible en las contralorías, cómo será la cadena de custodia, cómo se garantiza el adecuado uso de datos sensibles de los ciudadanos, entre otros aspectos que deberían ser abordados con mayor cuidado. Lo anterior se agrava cuando se analiza la falta de carrera administrativa y la falta de estabilidad del personal en la CGR.

Finalmente, también debemos resaltar que en los últimos años, la CGR mediante regulación interna estableció la posibilidad de revisión de los informes de auditoría por parte de los directivos, lo que en casos de grave corrupción, pone en entre dicho la independencia y objetividad del organismo de control, conforme sucedió recientemente, con el contralor general encargado Carlos Mario Zuluaga quien cerró la investigación que adelantaba la CGR por la compra de un avión de lujo por parte de la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional, por un valor de 12 millones de dólares, equivalentes a 58.000 millones de pesos colombianos (Herrera, 2024). Casos como este evidencian el gran retroceso que ha sufrido el control fiscal y la CGR en los últimos años a causa de las reformas constitucionales, legales y reglamentarias impulsadas desde 2015.

7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES PARA AMÉRICA LATINA Y COLOMBIA

7.1. Conclusiones

En América Latina, luego del periodo de independencia, cuando el Estado liberal estaba en formación, fue difícil consolidar instituciones eficientes de control al Estado y a su administración pública. En todos los países analizados, fue posible verificar los permanentes cambios sobre la institución encargada de hacer el control, a lo largo del siglo XIX y en algunos países durante el siglo XX, donde también se documentó las dificultades para evitar la corrupción y la mala administración de los recursos públicos.

Solo el Tribunal de Cuentas de la Unión del Brasil ha sido la institución que ha perdurado desde su creación a pesar de cambios en los regímenes políticos y en las Constituciones. Esto, ha otorgado cierta estabilidad, que en buena medida se debe a que los magistrados del TCU son nombrados de forma vitalicia y a que muchas técnicas de control no se han actualizado con los años. Sin embargo, la estabilidad del TCU sin mayores actualizaciones, no ha ayudado a mejorar las administraciones públicas en Brasil y tampoco ha permitido evitar la corrupción, aunque en los últimos años se ha buscado establecer nuevos estándares para el control externo mediante el Instituto Rui Barbosa.

En Colombia, Chile y Perú, la misión Kemmerer a inicios del siglo XX fue fundamental para traer cierto orden a las cuentas públicas e implementar un nuevo modelo de control, que en muchos aspectos no pudo materializarse conforme las recomendaciones iniciales, debido a las trayectorias y condicionamientos que existían en nuestras administraciones públicas. Por ello, en América Latina, las contralorías además de ejercer el control fiscal también están encargadas de establecer la responsabilidad fiscal de los administradores públicos y en consecuencia la relación entre control y sanción es mucho más acentuada que en el modelo anglosajón, donde la GAO busca principalmente el control a la gestión para la adecuada rendición de cuentas y el mejoramiento continuo de las entidades públicas. En todas las EFS, salvo en Chile, se evidenció cierta dependencia al Congreso del

órgano de control fiscal, lo que dificulta la consolidación de criterios objetivos para el adecuado ejercicio del control a las administraciones públicas.

Aunque la GAO desde 1945 abandonó el control previo, debido que a medida que el Estado intervencionista ampliaba su rango de actuación, se tornaba imposible controlar todas las actuaciones realizadas por todos los funcionarios públicos; en las EFS de América Latina se continúa hasta ahora con el control previo, preventivo o concomitante. Aquí es importante tener en cuenta que bajo el modelo anglosajón solo es posible el control posterior y selectivo, el cual se basa en la existencia de adecuados sistemas de control y de gestión en las entidades auditadas, conforme normas de control interno que garantizan el ejercicio del control en tiempo real, donde cada funcionario público es responsable por gestionar adecuadamente sus procesos, teniendo en cuenta estándares que garantizan la buena administración. Así, el control posterior y selectivo debe verificar periódicamente el cumplimiento de los estándares establecidos en los sistemas de gestión y control, para garantizar la mejora continua, el fortalecimiento institucional y la delimitación de responsabilidades en cabeza de los respectivos funcionarios públicos.

En este orden de ideas, el control a la gestión pública es fundamental para garantizar la adecuada rendición de cuentas, así como el cumplimiento de parámetros constitucionales y legales para la buena administración. Las sanciones que pueden surgir de las auditorías del control fiscal, son solo consecuencias negativas cuando se materializa un incumplimiento relevante que afecta la operación de las entidades. Pero, en definitiva, la razón de ser del control fiscal está más allá de la imposición de sanciones, pues la buena administración pública solo es posible cuando existen mecanismos efectivos de verificación sobre los objetivos propuestos, para posibilitar la mejora continua y la rendición de cuentas efectiva a la ciudadanía.

7.2. Recomendaciones para América Latina

Consideramos que el énfasis colocado sobre la responsabilidad fiscal en América Latina ha causado cierto descuido sobre el control fiscal para la mejora continua de las entidades y el fortalecimiento

institucional. Por ello, en los casos donde se evidencia corrupción, es fundamental que las EFS insten a tomar medidas institucionales para evitar que la misma situación se presente en el futuro, más allá de los casos de responsabilidad que apliquen. Para que esto sea posible, los auditores deben contar con el conocimiento técnico y la experiencia para que los informes ayuden a las entidades auditadas a tomar las mejores decisiones. Los informes de auditoría deben procurar tener un lenguaje claro, para que cualquier ciudadano pueda entender la información consignada, así como deben ser cortos y concisos para facilitar la lectura de todos los actores interesados.

También, garantizar la carrera administrativa de todos los auditores en las EFS es fundamental para la calidad de los informes de gestión y para la independencia de las EFS frente a los grupos políticos, donde, además, la elección de los directivos no debe depender totalmente del Congreso y deben existir normas técnicas que determinen criterios objetivos para el buen desarrollo de auditorías legales, financieras, de desempeño, etc. De esta forma, aunque todas las EFS de la región cumplen formalmente con los parámetros establecidos en las Declaraciones de Lima y México de la INTOSAI, también es cierto que las prácticas y trayectorias institucionales del control fiscal, limitan en buena parte la eficacia de las normas establecidas.

La complejidad de las administraciones públicas en la actualidad requiere de profundas transformaciones que ayuden a mejorar los procesos de planeación, gestión y control de los diferentes procesos administrativos, y por ello, las auditorías externas de las EFS, en todos los Estados, son una herramienta fundamental para una buena administración de lo público, que garantice la participación ciudadana, la rendición de cuentas y la eficacia, eficiencia y efectividad en el uso de los recursos públicos conforme los intereses generales de las comunidades más vulnerables. De esta forma, los principales desafíos de las EFS en la región son:

1. Garantizar diseños institucionales que eviten indebidas injerencias políticas en el desarrollo del control fiscal, conforme las trayectorias de cada EFS, donde es fundamental analizar rigurosamente las principales causas que han permitido prácticas patrimonialistas y clientelistas en el control a la administración, para establecer reformas viables que ayuden al fortalecimiento institucional y a combatir la corrupción.

2. La publicación de los informes de auditoría no debe depender del aval del Congreso o de los órganos de dirección de las EFS. Si las auditorías se basan en criterios objetivos establecidos en las normas técnicas, el informe de auditoría debe publicarse sin condiciones para ayudar a ejercer el control político con información confiable, de forma tal que se respete el ámbito de competencia entre el control político y el control fiscal.

3. Establecer estándares objetivos para el desarrollo del control fiscal, en todas las etapas (previa o posterior), y en todos los tipos de auditoría (legal, financiera, de desempeño, etc.) para garantizar la calidad en los informes de auditoría, que deben ayudar a la mejora continua de todos los procesos auditados.

4. Las auditorías financieras, legales, de desempeño, de cumplimiento o de gestión deben contar con criterios y procedimientos claros para facilitar el diálogo entre la EFS y la entidad auditada, así como para lograr informes de auditoría de alta calidad.

5. Mejorar la coordinación entre las EFS centrales y las territoriales para evitar duplicidad de funciones y conflictos de competencia. En algunos países es fundamental estandarizar las normas de control fiscal entre el nivel federal y territorial para permitir un adecuado diálogo y coordinación entre todos los actores involucrados.

6. Mejorar la coordinación con los sistemas de control interno, para mejorar la comunicación entre las EFS y las entidades auditadas. Aquí es importante el diálogo entre las normas de control interno y las normas del control externo.

7. Fortalecer la carrera administrativa de todo el personal vinculado a las EFS, así como la capacitación y el entrenamiento adecuado para el cumplimiento de sus funciones conforme los diferentes sectores de gobierno.

8. Diferenciar adecuadamente el control fiscal de la responsabilidad fiscal de los administradores públicos en los informes de auditoría, realizando énfasis en las acciones de mejora continua que deberían ser implementadas para el fortalecimiento institucional o para combatir hechos de corrupción o de mala administración pública, cuando este sea el caso.

9. Escribir los informes de auditoría de forma concreta y corta para facilitar la lectura y comprensión de los entes auditados y de la ciudadanía en general.

10. Establecer protocolos para el uso adecuado de los datos y la seguridad de la información, teniendo en cuenta los avances de la inteligencia artificial, el *big data*, el *machine learnig*, etc.

Finalmente, consideramos importante resaltar que, en la actualidad, vamos a requerir mayor investigación y reflexión sobre los alcances de las nuevas tecnologías en la gestión pública y en particular en los mecanismos de control y verificación que pueden ser usados por las entidades, aplicando el control interno y por las EFS al momento de realizar el control externo. Aquí, el establecimiento de reglas claras y estándares objetivos se vuelve fundamental para garantizar derechos fundamentales de todos los administrados. Por ello, es importante comenzar estas discusiones e identificar buenas prácticas y factores de riesgo que puedan ayudar a generar debates responsables y transparentes sobre estos temas.

7.3. Recomendaciones para Colombia

Consideramos que las últimas reformas realizadas sobre el control fiscal son un gran retroceso, frente a los cambios que buscó generar la Constitución de 1991. La politización del nombramiento de controladores territoriales y del contralor general, no ayudan al fortalecimiento técnico que requiere el órgano de control fiscal. La falta de carrera administrativa, que garantice el mérito y la idoneidad de los encargados de ejercer el control fiscal es una gran deuda pendiente que impide que el control realmente funcione.

La pérdida de autonomía de las contralorías territoriales, sin solucionar los problemas de politización y la gran centralización del poder en la CGR en la era del *big data* representa grandes riesgos para el manejo de datos en Colombia. El nuevo control concomitante y preventivo al no valorar adecuadamente los avances en materia de control interno, demuestra falta de coherencia entre los sistemas normativos que rigen las entidades públicas. La posibilidad de revisión de los informes de auditoría por parte del contralor general

encargado, pone en entre dicho la independencia y objetividad del organismo de control.

Por ello, consideramos que las últimas reformas realizadas sobre el control fiscal no ayudarán a evitar la corrupción o garantizar la buena administración en el Estado colombiano, pues la politización del control externo impide la materialización de criterios objetivos para el desarrollo adecuado de las auditorías. Además, la indebida intromisión de las contralorías en las oficinas de control interno de las entidades no ayudará a generar cambios positivos en el modelo de control a la gestión en las entidades públicas, pues la diferenciación entre las funciones de gestión y de control se confunden fácilmente bajo el nuevo modelo de control fiscal concomitante y preventivo.

En consecuencia, además de las recomendaciones ya dadas antes para todos los países de la región, en Colombia es necesario realizar una reforma constitucional que busque la mejora del control fiscal y de las contralorías, estableciendo mecanismos más apropiados para la elección de los contralores, así como la obligatoriedad de la carrera administrativa y la coordinación con el control interno. También sería necesario evaluar la conveniencia de que la CGR continúe desempeñando funciones de control fiscal y de responsabilidad fiscal, pues conforme analizamos al inicio de este capítulo, es importante diferenciar entre el control a la gestión y las sanciones que pueden ser impuestas cuando existen violaciones a las normas constitucionales y legales.

Finalmente, en la actual coyuntura de avances en materia de inteligencia artificial y big data, es fundamental iniciar el debate sobre las condiciones técnicas e institucionales que deben tener la CGR y las contralorías territoriales para centralizar los datos de todas las entidades públicas. Posteriores estudios deberán evaluar la pertinencia y efectividad de las reformas realizadas por los Actos Legislativos 02 de 2015 y 04 de 2019, así como del decreto-ley 403 de 2020.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Aragón, M. (1999). *Constitución y control de poder: Introducción a una teoría constitucional del control*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Arenas, H. (2021) *Constituciones de Colombia: más de 200 años de anhelos, guerras, realidades y esperanzas*. Bogotá: Tirant.
- Atchabahian, A. (2006). *Organismos de Control Externo en la Hacienda Pública: Importancia de su Raigambre Constitucional*. Universidad de Buenos Aires. AAIH Simposio Nacional de Profesores Universitario de Contabilidad Pública. Catamarca
- Barbosa, E. (2002). *Controle interno da administração pública: instrumento de controle e de gerenciamento*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
- Barbosa, R. (1994). Exposição de motivos sobre a criação do Tribunal de Contas, 7 de novembro de 1890 (reproduzida na íntegra). *Revista do Tribunal de Contas da União*. Vol. 25(62). Pp. 180-190.
- Barzelay, M. (2002). Instituições Centrais de Auditoria e Auditoria de Desempenho: uma nova análise comparativa das estratégias organizacionais na OCDE. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *O controle externo e a nova administração pública: uma visão comparativa*. Brasília: Ed. do TCU. Pp. 25-78.ã
- Camargo, G. (2010). *Governança republicana como vetor para a interpretação das normas de direito financeiro*. São Paulo: Universidade de São Paulo.
- Carvalho, J. (2003). *A construção da ordem: a elite política imperial*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- Castro, A. (2020). *El futuro del control fiscal en Colombia*. Lineamientos para la implementación del Acto Legislativo 04 de 2019. Bogotá: Ibañez.
- Castro, P. (2007). *Sistema de Controle Interno: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial*. Belo Horizonte: Forum.
- Cepeda, C. (2001). *El Sistema de Control Interno del Estado*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Coelho, H. (2010). O papel dos Tribunais de Contas na busca da efetividade do controle externo. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Minas Gerais. Vol. 75 (2). Pp. 68-69.
- Costa, F. (2008). Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. *Revista de Administração Pública*. Vol. 42(5). Pp. 837.

- Cruz, O. (1999). *Historía del derecho en México*. Oxford University Press.
- Escobar, G. (2020). Análisis histórico y jurídico del control externo de la administración pública en México, Colombia y Ecuador. *Revista de derecho*. UNAM.
- Escobedo, R. (1995). *El Bando de Buen Gobierno, instrumento de la Ilustración. Memoria del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. UNAM.
- Fioravanti, M. (2016). *Los derechos fundamentales*. 7ª ed. Madrid: Editorial Trotta.
- García, E. (1995). *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Alianza.
- Gómez, A. (1983). *Antecedentes históricos de la contraloría. Economía colombiana. Núm. 150*.
- Gonçalves, F. (1991). O controle que o Tribunal de Contas precisa praticar. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Vol. 22(49).
- González, J. (2018). Presidente del Tribunal Constitucional. Jurisprudencia Constitucional en relación con el Tribunal de Cuentas. En *Revista Española de Control Externo*.
- Hamilton, J. & Madison. (1787). *The Federalist Papers*. Judge Advocates Association.
- Jacobsohn, G. (1985). Modern Jurisprudence and the Transvaluation of Liberal Constitutionalism. *Journal of Politics*. Vol 47(2).
- Lanz, J. (1993). *La Contraloría y el control interno en México*. México: FCE. Secretaría de la Contraloría General de la Federación.
- Loureiro, M, Teixeira, M. & Moraes, T. (2009). Democratização e reforma do estado: o desenvolvimento institucional dos tribunais de contas no brasil recente. *Revista de administração pública*. Vol. 43(4). Pp. 746-748.
- Malagón, M. (2007). *Vivir en Policía*. Una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Mariluz, J. (1998). El agente de la administración pública en Indias. Buenos Aires: Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano e Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.
- Marques, F. (2009). Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO. Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum.
- Medina, J. (2003). La independencia y la imparcialidad en la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas de España. *Revista Española de Control Externo*. Editorial Tribunal de Cuentas. Vol. 5(15).

- Meirelles, H. (2000). *Direito Administrativo Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: RT.
- Misas, A. *et al.* (2006). *Control Fiscal, modernización y lucha contra la corrupción: experiencias en América Latina*. Contraloría General de la República. Bogotá: BID, SECAB.
- Naranjo, R. (2007). *Eficacia del control fiscal en Colombia*. Derecho comparado, historia, macro organizaciones e instituciones. Bogotá: Ed. del Universidad del Rosario.
- North, D. (2007). *Para entender el proceso de cambio económico*. Trad. Pons, Horacio. Bogotá: Norma.
- Palacios, M. & Safford, F. (2004). *Colombia. País fragmentado sociedad dividid*. Bogotá: Editorial Norma.
- Pederiva, J. (1998). Accountability, Constituicao e contabilidade. *Revista de Informação Legislativa*. Vol 35 (140). Pp. 17-39.
- Pérez, G. (2014). *El Tribunal de Cuentas del Reino de España*. Universidad Almería.
- Phelan, J. (1995). *El Reino de Quito en el siglo XVII*. Quito: Banco Central de Ecuador.
- Rodríguez, J. (2006). La Contraloría General de los Estados Unidos. Funcionamiento y auditorías. *Revista española de control externo*. Vol 8(22). Pp. 137-154.
- Sánchez, I. (1991). *El Tribunal de Cuentas de México, Siglo XVIII*. Pamplona: EUNSA.
- Schedler, A. (2008). *¿Qué es la rendición de cuentas? México: Instituto Federal de Acceso a la Información Pública -IFAI-*.
- Speck, B. (2000). *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer.
- Speck, B. (2008). Tribunal de Contas. In: AVRITZER, Leonardo et al. (Org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Ed. da UFMG.
- Valencia, D. (2011). *Disertação de Mestrado. O Controle da administração pública no Brasil e na Colômbia*. Universidade Federal do Paraná. Setor de Ciências Jurídicas. Curitiba.
- Valencia, D. (2022). *Los modelos de Estado y de administración pública. La globalización del pensamiento jurídico*. Bogotá: Tirant lo Blanch. Universidad del Rosario.
- Valencia, D. (2023a). *La buena administración en el control de la gestión pública. Análisis del caso Colombiano*. Bogotá: Tirant lo Branch.

- Valencia, D. (2023b). *El control Fiscal en América Latina*. Bogotá: Tirant lo Branch.
- Valencia, D. (2023c). “Antecedentes del control fiscal del Estado en Colombia: cien años de la Contraloría General de la República”. *Revista A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Núm. 93. Pp. 41-71.
- Valencia, D. (2023d). “La elección del Contralor General de la República de Colombia: la politización del control fiscal”. *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba. Vol. 10 (2). Pp. 251.
- Valencia, D. & De Chueiri, V. (2016). Accountability, rendición de cuentas y controles a la administración. “¿Cómo funciona en Argentina según el ordenamiento jurídico vigente?”. *Opinión Jurídica*. Vol 15(29).
- Weber, M. (1963). *Economía y Sociedad: Teoría de la Organización Social*. México: Fondo de Cultura Económica. Vol. 4.
- Wolkmer, A. (2008). *Cenários da cultura jurídica moderna na América Latina*. Fonseca, R. & Seelaender, A. (Coords.). *História do Direito em Perspectiva: do Antigo Regime à Modernidade*. Juruá, Curitiba.
- Younes, D. (2015). *Derecho del control fiscal y del control interno*. Bogotá: Ibañez.
- Zapata, V. (2020). “Funciones jurisdiccionales de los tribunales de cuentas. El estándar argentino de control judicial y el caso de España”. *Revista Española de Control Externo*. Vol. 22(66).

Informes, resoluciones y otros documentos

- Acosta, L. (2022) Comisión accidental define la lista de 10 candidatos a contralor general. *Infobae*.
<https://www.infobae.com/america/colombia/2022/08/05/comision-accidental-define-la-lista-de-10-candidatos-a-contralor-general/>.
- BRASIL. CONACI (2009) - Conselho Nacional de Órgãos de Controle Interno dos Estados Brasileiros e do Distrito Federal. *Diagnóstico da organização e do funcionamento dos órgãos de controle interno dos estados brasileiros e do Distrito Federal*.
- BRASIL. Instituto Rui Barbosa. (2022) Normas Brasileiras de Auditoria do Setor Público. NBASP 100. Principios Fundamentais de Auditoria. https://irbcontas.org.br/wpadmin/adminajax.php?juwpfisadmin=false&action=wpfd&task=file.download&wpfd_category_id=2108&wpfd_file_id=23155&token=10fcbd8c9e6bcc671ce2abdea877f73b&preview=1.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. (2012) Prestação de Contas 2011. <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/transparencia/contas/Relat%C3%B3rio%20de%20Gest%C3%A3o%20LRF%20TCU%202011.pdf>.

- COLOMBIA. Consejo de Estado. (2023) Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Nulidad Electoral. Bogotá. Sentencia del 25 de mayo de 2023. Exp. 11001-03-28-000-2022-00297-00
- CHILE. Contraloría General de la República. (s.f.) *Historia*. <https://www.contraloria.cl/web/cgr/que-hacemos>.
- CHILE. Contraloría General de la República. (s.f.) *Ámbito de la Función Jurídica*. <https://www.contraloria.cl/web/cgr/ambito-de-la-funcion-juridica>.
- CHILE. Contraloría General de la República. (s.f.) *Ámbito de la Función Auditora*. <https://www.contraloria.cl/web/cgr/ambito-de-la-funcion-auditora>.
- CHILE. Contraloría General de la República. (s.f.) *Ámbito de la Función Contable*. <https://www.contraloria.cl/web/cgr/ambito-de-la-funcion>.
- CHILE. Contraloría General de la República. (s.f.) *Tribunal de Cuentas*. Disponible en: <https://www.contraloria.cl/web/cgr/primera-instancia#>.
- DESPOUY, L. (2012a). *Informe del Presidente de la Auditoría General de la Nación*. Auditoría General de la Nación. El Control público en Argentina. Realidades y Perspectivas. *Cuestiones sustantivas abordadas en los informes de la Auditoría General de la Nación a lo largo de la década 2002-2012*. <http://www.ucr.org.ar/data/material/El-control-publico-en-Argentina—informe-completo.pdf>.
- DESPOUY, L. (2012b). *El control público en Argentina. Realidad y Perspectivas*. Informe de Gestión 2002-2012. Síntesis Ejecutiva. <http://www.ucr.org.ar/data/material/El-control-publico-en-Argentina-sintesis.pdf>.
- EFE. (2022) Carlos Hernán Rodríguez, el nuevo contralor: cuál ha sido su carrera. Portafolio. <https://www.portafolio.co/economia/gobierno/carlos-hernan-rodriguez-el-nuevo-contralor-quien-es-y-que-ha-hecho-569721>.
- ESPAÑA. (s.f.). (1991) Tribunal Constitucional. STC 18/199. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1991-5258>.
- ESPAÑA. (s.f.) TRIBUNAL DE CUENTAS. La Institución y sus antecedentes. <https://www.tcu.es/export/sites/default/.galleries/pdf/LA-INSTITUCION-Y-SUS-ANTECEDENTES.pdf>.
- FUNDACIÓN PODER CIUDADANO. (2008). El fortalecimiento de la responsabilidad de los funcionarios públicos: Construyendo puentes entre organismos de control y la sociedad civil. Los casos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Mendoza y Santa Fe. Buenos Aires: Fundación Poder Ciudadano.

- Herrera, P. (2024) El contralor Zuluaga cerró investigación por compra de avión de lujo en la Policía. ¿Por qué ignoró las pruebas? En: Cambio. <https://cambiocolombia.com/avion-lujo-policia-contraloria-cierra-investigacion>.
- INFOBAE. (2022) Comisión accidental define la lista de 10 candidatos a contralor general. <https://www.infobae.com/america/colombia/2022/08/05/comision-accidental-define-la-lista-de-10-candidatos-a-contralor-general/>.
- INTOSAI. (2022) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES. *Sinopsis*. <https://www.intosai.org/es/acerca-de-nosotros/sinopsis>.
- INTOSAI. (2019). ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES. *The Value and benefits of Supreme Audit Institutions: Making a difference to the lives of citizens*. INTOSAI-P 12. https://www.intosai.org/fileadmin/downloads/documents/open_access/INT_P_11_to_P_99/INTOSAI_P_12/INTOSAI_P_12_en_2019.pdf.
- INTOSAI. (2010). ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES. *How to Increase the use and impact of audit reports: A Guide For Supreme Audit Institutions*. <https://www.intosaicbc.org/download/increase-use-and-impact-of-audit-reports-eng/>.
- MÉXICO. (s.f.) *Auditoría Superior de la Federación*. https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_mex_ASF.pdf.
- OECD (2022) ORGANISATION FOR ECONOMY CO-OPERATION AND DEVELOPMENT., *Fortaleciendo el impacto de la Contraloría de la República de Chile: Lecciones de las ciencias conductuales para la Integridad Pública*, Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública. OECD Publishing, Paris. <https://doi.org/10.1787/f21e41f7-es>.
- PERÚ. (2013). Contraloría General de la República. *La Contraloría cuenta su historia*. Lima. Pp. 10 <https://www.gob.pe/institucion/contraloria/informes-publicaciones/2304250-la-contraloria-cuenta-su-historia>.
- PERÚ. (2012) *Contraloría General de la República. Informe de Gestión*. Enero-Diciembre de 2011. Lima. http://www.contraloria.gob.pe/wps/portal/portalcgr/informescontrol/informescontrol!/ut/p/b1/pZFJboNAFETPwgm6GzDDknlKgMYBTG8sZiEMJDZGiNPHejkokCi1-9J7UukXIOAESJ9OTZ2OzdCnl_Um3NnQPIdVIA0F1oDQ8j3ft51XmsXsA0g2AA9t-

- PERÚ. (2011) Contraloría General de la República. *Informe de Gestión*. Enero-Diciembre 2011.
https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_per_cgr_inf.pdf.
- PERÚ. (2021) Contraloría General de la República. *Informe de Gestión*. Enero-Diciembre 2021.
<https://www.gob.pe/institucion/contraloria/colecciones/1322-informes-de-gestion>.
- PERÚ. (2022) Contraloría General de la República. *Plan Estratégico Institucional 2022-2024*.
https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3655429/g210922planestartegico_institucional22-24digital.pdf.pdf?v=1663699938.
- Ramírez, J. (2022) Candidatos descalificados en concurso para Contralor General, denuncian irregularidades. Noticias Uno. La red independiente. Bogotá, 7 de marzo de 2022.
https://www.youtube.com/watch?v=VU7Uc_Ag810.
- Ramírez, S. (2022) Se bajaron del bus: senadores renunciaron a comisión accidental para elegir Contralor. El Colombiano. <https://www.elcolombiano.com/colombia/politica/senadores-renunciaron-a-comision-accidental-que-armo-roy-barreras-para-elegir-contralor-EK18304990>.
- U.S. GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE. GAO. (s.f.). (1921). *GAO: Working for Good Government Since 1921*.
<https://www.gao.gov/assets/201909/GAO%20Working%20for%20Good%20Government%20Since%201921.pdf>.
- U.S. GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE. GAO. (s.f.) *Strategic Plan 2022-2027. Serving Congress and the Nation*.
<https://www.gao.gov/products/gao-22-1sp>.
- U.S. GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE. GAO. (s.f.) *Performance and Accountability Report. Fiscal Year 2022*. <https://www.gao.gov/products/gao23900398#:~:text=Publicly%20Released%3A%20Nov%2015%2C%202022,of%20federal%20programs%20and%20more>.
- U.S. GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE. GAO. (s.f.). (2018). *Government Auditing Standards*. <https://www.gao.gov/assets/gao-18-568g.pdf>.

2. RESPUESTAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y SANCIONATORIA

2.1. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS AGENTES ESTATALES

Capítulo 3
***La responsabilidad fiscal en la
gestión de recursos públicos***

INDIRA LATORRE GONZÁLEZ*

1. INTRODUCCIÓN

El crimen transnacional es un fenómeno complejo que requiere del desarrollo y ejecución de herramientas multidisciplinarias sistémicas para prevenir y sancionar las conductas que contribuyen a su generación. Así, para combatir la influencia de la criminalidad organizada sobre el ejercicio de la función administrativa, las sanciones que se generen de la responsabilidad por el inadecuado manejo de recursos públicos se convierten en un factor relevante, ya que la asignación de responsabilidad y su correlativa sanción pueden tener un impacto como elemento disuasorio del crimen transnacional. De esta manera, este capítulo ofrece una mirada a la figura de la responsabilidad que se origina por el manejo de los recursos públicos. Me referiré a este tipo de responsabilidad como “responsabilidad fiscal”, como se le denomina en Colombia, advirtiendo, en todo caso, que dicha denominación no es común. De hecho, puede decirse que no existe una denominación estándar para hacer referencia a ella.

Aunque la responsabilidad fiscal puede estudiarse con independencia del diseño institucional que lo operativiza, es relevante reconocer que existe una interrelación importante entre control, gestión y responsabilidad fiscal. Así, evaluar la efectividad de un determi-

* Abogada y magíster en derecho administrativo de la Universidad del Rosario. Máster en ciencias jurídicas y Ph.D. en Derecho de la Universidad Pompeu Fabra. Profesora principal de carrera académica, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Público, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia)

nado régimen de responsabilidad fiscal pasa por entender cómo operan los diseños jurídicos del control fiscal o, concretamente, los modelos clásicos de control: tribunales de cuentas con atribuciones jurisdiccionales, o auditorías sin atribuciones jurisdiccionales. Y esto es así porque el sujeto que declara la responsabilidad no es necesariamente un juez, sino una entidad administrativa o, más exactamente, una Entidad Fiscalizadora Superior (EFS). Existen diferentes tipos de EFS, según las tradiciones legales, financieras y políticas. Usualmente, el tipo de EFS varía según tres modelos: el anglosajón, el francés y el español. Cada modelo se distingue por la forma como se organiza y se fija el alcance del control. Así, el modelo anglosajón es unipersonal y se centra en un control financiero y contable. La figura que representa este modelo es la del auditor o contralor general. El modelo francés se organiza colegiadamente y tiene competencias jurisdiccionales. En este modelo se presentan las cortes de cuentas. Por su parte, el modelo español se centra en un control a los tributos y tienen competencias jurisdiccionales, adquiriendo resonancia los denominados Tribunales de cuentas.

En la práctica, sin embargo, se observa que los países de América Latina tienen una combinación de elementos. De este modo, importa el diseño institucional de la EFS porque en alguna medida se vincula con la responsabilidad por daños al patrimonio público, bien porque es la propia EFS quien declara la responsabilidad mediante sentencia, bien porque sus informes de auditoría o de control pueden dar lugar a la apertura de un proceso de responsabilidad fiscal.

En este sentido, con el objeto de obtener una mirada lo más amplia posible de la figura de la responsabilidad fiscal, en este capítulo se expondrán, en primer lugar, los estándares internacionales que puedan tener incidencia en la forma como los países regulan esta figura. En segundo lugar, se analizará cómo se regula la responsabilidad por daño al patrimonio en España y Estados Unidos. En tercer lugar, se describirá su regulación en los cinco países latinoamericanos que son objetos de estudio a lo largo del presente volumen (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú). Para cada país se determina el modelo de EFS, así como los elementos de la responsabilidad y las consecuencias de su declaratoria. En cuarto lugar, se analiza la regulación de la figura de la

responsabilidad fiscal en Colombia y, finalmente, se llevará a cabo un análisis comparativo, con el fin de revisar tendencias comunes o diferentes que permitan ofrecer una serie de recomendaciones para que los procesos de responsabilidad fiscal se conviertan en una herramienta efectiva contra las formas de criminalidad organizada.

2. REFERENTES INTERNACIONALES SOBRE RESPONSABILIDAD FISCAL

A nivel internacional se encuentran referentes relevantes para la figura de la responsabilidad fiscal. Si bien no existen tratados o convenciones internacionales que regulen de manera completa esta figura, sí es posible encontrar la regulación de ciertos elementos que, de alguna manera, pueden incidir en la forma como los países regulan la responsabilidad fiscal.

Así, en primer lugar, se encuentra la Convención Interamericana contra la Corrupción del año 1996, que tiene entre sus propósitos, regulados en su art. 2, “Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción”. De modo interesante, esta convención consagra una definición de funcionario público que puede considerarse amplia. Así, “Funcionario público”, “Oficial Gubernamental” o “Servidor público”, [es] cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos. Contar a nivel internacional con una definición amplia es relevante porque permite ensanchar también el alcance de las regulaciones internas de los países en caso de que estas últimas resulten muy rígidas en su comprensión acerca de quiénes son sujetos de los regímenes de responsabilidad fiscal. Asimismo, esta convención también dispone la importancia de que los Estados parte establezcan medidas para crear, mantener y fortalecer “órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas.” (Convención interamericana contra la corrupción, 1996: art. 3).

En segundo lugar, otro referente internacional valioso se encuentra en la Declaración de Lima de Criterios sobre las Normas de Auditoría, la cual se aprobó en el IX Congreso Internacional de la INTOSAI en 1977. En su art. 11 núm. 2, reconoce que las verificaciones de control de una EFS pueden darse en ejercicio de una función jurisdiccional o no, reconociendo, en este último caso, la importancia de que la EFS pueda dirigirse a la autoridad competente para poder exigir las correspondientes responsabilidades.

Se advierte entonces que la amplitud terminológica, así como el diseño institucional del sistema de control fiscal tiene relevancia internacional. Este último tiene impactos relevantes sobre la efectividad de la responsabilidad fiscal en la lucha contra la corrupción.

De este modo, en las siguientes secciones se hará una breve referencia al diseño institucional existente en cada país, así como a la forma en que cada ordenamiento regula la responsabilidad fiscal. Con el ánimo de facilitar un análisis comparativo, para la mayoría de los países se menciona, cuando menos, el modelo de control fiscal que la desarrolla, los elementos de la responsabilidad, su naturaleza jurídica y las consecuencias de su declaratoria. En la sección tres se examinan los sistemas de Estados Unidos y España, y en la cuarta sección los sistemas de algunos países de la región latinoamericana.

3. LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AL PATRIMONIO EN ESPAÑA Y ESTADOS UNIDOS

3.1. España

En España se consagra la responsabilidad contable para designar aquel tipo de responsabilidad en que pueden incurrir quienes manejan fondos públicos. El diseño institucional que soporta este tipo de responsabilidad está conformado por el Tribunal de Cuentas, quien tiene la competencia para realizar el juicio de responsabilidad contable. Así, el Tribunal de Cuentas es constitucionalmente el órgano supremo fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público y, para efectos de la responsabilidad contable que acá interesa, este órgano también tiene asignada una función

jurisdiccional, en virtud del cual enjuicia la responsabilidad contable de quienes manejan fondos públicos¹.

La competencia del Tribunal es exclusiva para el sector público estatal, si bien no es el único órgano encargado de fiscalizar en el nivel autonómico y local. Sin embargo, respecto de su competencia de enjuiciamiento, el Tribunal es el único que puede enjuiciar. Es bien conocida la sentencia del Tribunal Constitucional 18/91 que señala: “El Tribunal de Cuentas es supremo, pero no único, cuando fiscaliza, y único, pero no supremo, cuando enjuicia la responsabilidad contable”. Así, “la jurisdicción contable es necesaria e improrrogable, exclusiva y plena”, según lo señala el art. 17.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (en adelante LOTC).

La responsabilidad contable es compatible con la de tipo disciplinario y con la de tipo penal (Tribunal de cuentas, s.f.) Así, de acuerdo con el art. 16 de la LOTC, la denominada jurisdicción contable no conoce de asuntos de competencia del Tribunal Constitucional ni de cuestiones sometidas a la jurisdicción contencioso-administrativa, tampoco de hechos constitutivos de delito o falta, o de asuntos de índole civil, laboral o de otra naturaleza encomendadas a los órganos del Poder Judicial (Muñoz Juncosa, 2017). Vale anotar, en todo caso, que, en las Sentencias de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 18 de abril y 28 de octubre de 1986, se afirma como una subespecie de responsabilidad civil. No obstante, resulta interesante

¹ El Tribunal Constitucional español, en su Sentencia 187/1988 distingue la función de fiscalización de la función jurisdiccional: “La actividad fiscalizadora se centra en el examen y comprobación de la actividad económico-financiera del sector público desde el punto de vista de los principios de legalidad, eficacia y economía (art. 9), y el resultado de la misma se recoge en los Informes o Memorias anuales que el Tribunal debe remitir a las Cortes Generales (art. 12.1), en los que propondrá las medidas a adoptar, en su caso, para la mejora de la gestión económico-financiera del sector público (art. 14) y hará constar cuantas infracciones, abusos o prácticas irregulares haya observado, con indicación de la responsabilidad en que, a su juicio, se hubiera incurrido y de las medidas para exigirla (art. 12.2).” (Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional Español. Recurso de inconstitucional núm. 426/1984).

señalar que para la doctrina no parece haber acuerdo en este punto, en cuanto algunos señalan que la responsabilidad contable es de tipo autónomo (Muñoz Juncosa, 2017).

Además, la responsabilidad contable puede ser directa o subsidiaria. Se configura como un modelo de responsabilidad jurídica puramente reparatorio o indemnizatorio, en cuanto de allí se deriva una obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al erario. La subsidiariedad se refiere a que el menoscabo del erario ocurre por medio de otras personas. Así, la responsabilidad contable es jurisdiccional y de naturaleza patrimonial. Además, resulta interesante advertir que la acción de responsabilidad contable tiene carácter público.

En cuanto a los sujetos que pueden resultar responsables contablemente, la LOTC se refiere a los gestores de los fondos públicos y los perceptores de subvenciones y ayudas públicas. En particular, cuando se “recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos”. Además, se trata de una responsabilidad de tipo subjetivo, ya que se requiere que exista dolo, culpa o negligencia graves y, además, que esto signifique actuar en contra de leyes que regulan el régimen presupuestario y de contabilidad (Fernández García, 2013). De este modo, entre los elementos que deben encontrarse, de manera concurrente, para que exista responsabilidad, se señalan: (a) el daño o perjuicio a los caudales públicos; (b) el incumplimiento, al menos con negligencia grave, de las normas presupuestarias, de contabilidad o de las subvenciones públicas; y (c) la relación de causa-efecto entre la acción u omisión y el daño producido a los fondos públicos.

Finalmente, entre la doctrina española existen algunas críticas acerca del procedimiento, llamando a la necesidad de unificar procedimientos (González Soler, 2016). Otra crítica que se hace es que la responsabilidad contable se da solo por infracción de ley de naturaleza contable o presupuestaria, lo cual restringe los supuestos para declarar la responsabilidad contable (González Soler, 2016). Finalmente, se critica que casi siempre la responsabilidad se da como consecuencia del “alcance contable” o de la “malversación”, ocasionando que otras fuentes de responsabilidad contable queden invisibilizadas (Fernández García, 2013).

3.2. Estados Unidos

Estados Unidos es el país que ejemplifica el modelo anglosajón de control fiscal. Este modelo se caracteriza por ser unipersonal, independiente de la rama ejecutiva y, principalmente, con funciones de asesoría al parlamento y fiscalizadoras. Estados Unidos cuenta con un Contralor General (*Comptroller General of the United States*), quien lleva el control de los recursos que gasta el Estado, al tiempo que ejerce un importante apoyo en el control político que realiza el Congreso.

El Contralor General tiene a su cargo la “*Government Accountability Office*” (GAO) que cuenta con “plena autoridad para investigar todo lo relacionado con los ingresos, gastos y la aplicación de los fondos públicos, haciendo recomendaciones para mejorar la economía y la eficiencia del gasto público”, y esto lo realiza por medio de auditorías o investigaciones asignadas por el Congreso, pero no tiene entre sus funciones la declaratoria de responsabilidad por daño al patrimonio público. El Contralor General no tiene funciones jurisdiccionales; con lo cual, ante irregularidades contables, será la jurisdicción ordinaria la llamada a actuar.

La GAO, como entidad de control externo que tiene independencia del ejecutivo, tiene principalmente la función de realizar auditorías para identificar el nivel de cumplimiento de los programas públicos de acuerdo con sus objetivos formulados por cada entidad. A partir de estas auditorías, la GAO realiza informes con recomendaciones sobre cómo desarrollar mejor estos programas. Una vez formulados estos informes, se presentan al Congreso y se realiza un seguimiento sobre el cumplimiento de las recomendaciones (Rodríguez Ariza, 2006). Este seguimiento no puede obligar al Congreso a cumplirlas, ya que depende de su potestad, pero sí permite observar su acatamiento. Para 2004, se estima que la GAO realizó alrededor de 2.500 recomendaciones frente a informes y ponencias del Congreso (*Ídem.*).

Estas auditorías se dan en materia de ingresos, gastos y aplicación de fondos públicos. De manera que, las posteriores recomendaciones están enfocadas en destacar vías de mejoramiento de la economía y dar mayor eficacia al gasto público. El despliegue de todas sus actividades se basa en tres principios rectores: “responsabilidad, inte-

gridad y fiabilidad” (Madrid, 2007: 138). Estos principios encuentran su concreción en las *Generally Accepted Government Auditing Standards*, que fueron emitidas por la GAO en 1972. Con estas normas se formulan disposiciones para que todo auditor público realice sus funciones de la mejor manera posible, propendiendo por la objetividad y la transparencia (Madrid, 2007: 142). La GAO cuenta con un sistema de garantía de calidad que refuerza su buen desempeño como entidad fiscalizadora superior. Este sistema incluye valoraciones sobre áreas de alto riesgo, planes estratégicos para mejorar calidad del sistema federal, distribución de recursos informáticos y humanos, informe de auditoría en varios formatos para que pueda ser revisado por cualquier persona (*Ibid.*: 162).

Por otra parte, los inspectores generales (*Office of Inspector General*) actúan de forma independiente para supervisar e investigar la conducta de los agentes o contratistas del gobierno, con el fin de detectar y prevenir el fraude, el abuso o la mala gestión de los programas gubernamentales. Existen inspectores generales en más de doce departamentos o agencias federales (Ley de Inspector General de 1978). Las investigaciones pueden incluir asuntos penales, civiles y administrativos. Y una vez finalizada la investigación, el inspector general elabora un informe basado en pruebas, e incluirá recomendaciones para poder corregir la circunstancia encontrada. Así, en caso de detectar fraude u otro fenómeno inapropiado, se remiten los casos al Departamento de Justicia para que inicie las correspondientes acciones penales o civiles.

En los Estados Unidos, todos los empleados federales deben apoyar, defender la Constitución de los Estados Unidos y también deben jurar o afirmar que, durante su empleo, no participarán en ninguna huelga contra el Gobierno. Tampoco pueden tener actividad política y se prohíbe a los empleados de ciertas agencias participar en campañas políticas (Cardona, 2003: 2). Adicionalmente, la reglamentación fija principios de conducta. Así, se espera que los empleados antepongan la lealtad a la Constitución por encima del beneficio privado, que desempeñen sus funciones con honestidad, que protejan y conserven la propiedad federal, que cumplan las leyes y reglamentos, que cumplan con el principio de igualdad y que denuncien casos de despilfarro, fraude, abuso y corrupción (*Ibid.*).

Los funcionarios pueden enfrentarse a tres tipos de responsabilidades: disciplinarias, penales y civiles (patrimonial). Las dos primeras se determinan, bien mediante proceso disciplinario (administrativo), bien mediante procedimiento penal. Por su parte, la responsabilidad patrimonial se establece junto con la responsabilidad disciplinaria o penal; es decir, dentro del mismo procedimiento. Así, cuando se encuentre una relación causa-efecto con una falta administrativa o una infracción penal, se declarará también la responsabilidad patrimonial (*Ibíd.*: 3).

Tanto el procedimiento penal como el disciplinario tiene lugar en los tribunales penales cuando se trata de delitos graves o leves. Las pruebas generadas en los procedimientos penales pueden servir de base para emprender acciones administrativas. Como efectos de la declaratoria de responsabilidad se puede dar la destitución, así como el hecho de enfrentar las consecuencias económicas o financieras. Por esto se le denomina responsabilidad civil o patrimonial. El funcionario que cause daños al patrimonio público o que ocasione la pérdida de bienes públicos debe indemnizar. Los daños al patrimonio se pueden pagar mediante retenciones al salario (*Ídem.*).

3.3. Análisis comparado

Ambos países cuentan con modelos distintos. España tiene un modelo de tribunal de cuentas, mientras que Estados Unidos tiene un modelo autónomo de fiscalización, y cuenta con autoridades del orden ejecutivo y judicial para investigar casos de corrupción, entre otros. Ambos modelos, sin embargo, buscan la reparación o indemnización de los daños causados al erario.

Resulta también interesante advertir el carácter público de las denuncias. Cualquier persona puede denunciar un caso en ambos países analizados, lo cual puede tener un efecto positivo al aumentar las posibilidades de resolver la mayor cantidad de casos posibles.

Por su parte, Estados Unidos resulta tener un sistema eficiente puesto que en cualquier procedimiento disciplinario o penal es posible verificar la existencia de perjuicios económicos, así, a diferencia de España, la uniformidad de procedimientos en Estados Unidos

parece mejorar las posibilidades para lograr el establecimiento de responsabilidades patrimoniales.

4. SISTEMAS LATINOAMERICANOS DE REFERENCIA: ARGENTINA, BRASIL, CHILE, MÉXICO Y PERÚ

4.1. Argentina

Desde el año 1992 la EFS en Argentina es la Auditoría General de la Nación (AGN). Esto implicó un cambio importante, pues con anterioridad existía el Tribunal de Cuentas de la Nación, que ejercía el control previo de la Administración, central y descentralizada. Este Tribunal estaba a cargo tanto del control contable y financiero como de asumir competencias jurisdiccionales por medio de los juicios de responsabilidad administrativo-patrimonial y juicio de cuenta (Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores, 2020: 13). Esto cambió con la Ley de Administración Financiera del Estado, Ley 24.156 del año 1992, que creó la Auditoría General de la Nación, la cual además tiene rango constitucional. Esta ley buscó ordenar el sistema económico y financiero del Estado, distinguiendo entre el control interno y el control externo, este último en cabeza de la AGN. Además, se resalta, eliminó la posibilidad por parte de la AGN para llevar a cabo investigaciones, y no le otorga funciones jurisdiccionales. De este modo, en el nivel nacional la responsabilidad patrimonial es tramitada por el poder judicial. Es a la justicia ordinaria a quien le corresponde decidir si alguien es responsable patrimonialmente. Mientras que en el nivel provincial existen Tribunales de cuentas, y es allí en donde se dilucida la responsabilidad patrimonial.

En Argentina no existe un único cuerpo que regule la responsabilidad en el ámbito público (Vercellone, 2016), si bien se distingue entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad de los funcionarios públicos. Las normas de derecho civil, arts. 1112 y 1113 del Código Civil son las que regulan esta última, así como la Ley de Administración Financiera del Estado (*Ídem.*). Además, se distingue la responsabilidad patrimonial de la responsabilidad civil, la primera se da cuando se producen daños a los bienes de la administración, y la segunda cuando se producen daños a los terceros administrados.

De esta manera, la figura de la responsabilidad patrimonial se manifiesta cuando un agente público produce daños a la propia Administración, daños que pueden ser directos o indirectos. Se trata, además, como una responsabilidad independiente de la responsabilidad penal y de la disciplinaria. Un mismo hecho puede dar lugar a que concurran varios tipos de responsabilidades, sin que se transgreda el principio de *non bis in idem*. La responsabilidad penal y la patrimonial se encuentran vinculadas, en el sentido de que la firmeza de la sentencia condenatoria en lo penal hace imposible impugnar la existencia de los hechos principales en sede administrativa (Ivanega, 2004: 115).

En todo caso, para dar inicio a la acción de responsabilidad patrimonial se espera primero un análisis de conveniencia, que realiza: “[...] la autoridad política pertinente, requiriendo previamente la opinión de la respectiva Dirección General de Asuntos Jurídicos del área en que se origina la consulta, sobre la existencia del daño y la posibilidad de adjudicar la responsabilidad por su producción a uno o más agentes” (*Ibid.*: 118).

Con el dictamen de la Dirección de Asuntos Jurídicos, la autoridad superior jurisdiccional decidirá si se inician las acciones judiciales que correspondan (*Ibid.*: 118).

El objeto de la acción de responsabilidad patrimonial es resarcitorio. Adicionalmente, se trata de una responsabilidad contractual y subjetiva. El capítulo 3 de la Ley 24.156 establece el art. 130 que las personas físicas responderán por los daños ocasionados con dolo, culpa o negligencia en el ejercicio de las funciones. Esta responsabilidad es residual, pues prevalece aquella que se encuentra cobijada por regímenes especiales de responsabilidad patrimonial. En cuanto a los elementos de la responsabilidad patrimonial, estos son: el daño, la imputación del daño y la relación de causalidad. Respecto al término de prescripción, la acción de responsabilidad patrimonial prescribe según los términos del Código Civil, y comienza a contar desde que se ha cometido el hecho generador del daño o de producido el daño. Plazo que, según se ha interpretado, es de diez años (Ivanega, 2004: 117).

Finalmente, la doctrina señala que el régimen de responsabilidad patrimonial se encuentra disperso, que le falta mayor transparencia

para acceder a información y datos sobre perjuicios y acciones iniciadas, por lo que existe un desconocimiento de los resultados de las investigaciones. Esto ha ocasionado que la responsabilidad penal resulte conociendo hechos que no debería.

4.2. Brasil

En Brasil el Tribunal de Cuentas de la Unión ejerce el control externo posterior de las cuentas del gobierno federal. Esto lo hace en auxilio del Congreso Nacional. La Constitución Federal le asigna funciones jurisdiccionales para evaluar las cuentas de los administradores y otros responsables de dineros, bienes y valores públicos y de aquellos que ocasionen un daño al erario público. El juzgamiento del Tribunal de Cuentas de la Unión es de su competencia exclusiva, por lo que sus decisiones no están sujetas a revisión por otra autoridad². Solo en casos de nulidad resultante de un incumplimiento formal grave o una ilegalidad, será revisado por el Supremo Tribunal Federal de Brasil (Gómez Lee, 2006; Vargas Valarde, 2008).

El Tribunal de cuentas de la Unión revisa anualmente las cuentas y, durante esta revisión puede declarar si son regulares, regulares con salvedad o irregulares. Las cuentas serán juzgadas regulares con salvedad, cuando se observe cualquier falta que no resulte daño al erario, y se considerarán irregulares cuando se omita el deber de rendir cuentas; se compruebe un acto de gestión ilegal de naturaleza contable, financiera, presupuestaria, operacional o patrimonial; o se ocasione un daño al erario, desfalco o desviación de dineros o bienes públicos.

En virtud de la función jurisdiccional del Tribunal, cuando se encuentren cuentas irregulares, se tratará de determinar la responsabilidad civil por los daños al erario. Para esto el Tribunal sigue su

² En todo caso, contra la decisión proferida caben los recursos de reconsideración, embargos de declaración y revisión, ante el Tribunal de Cuentas.

propio procedimiento administrativo³, conocido como la Auditoría Especial (*tomada de cuentas especial*), mediante el cual verifica la responsabilidad civil por daños a la administración pública general. Este procedimiento busca examinar los hechos, cuantificar el daño e identificar a los responsables, con el fin de obtener una indemnización (IN/TCU 71/2012, art. 2).

La responsabilidad civil por daños al erario es de naturaleza administrativa y, adicionalmente, se trata de una responsabilidad civil subjetiva. Como se lee en sentencias del Tribunal, esta se concreta con la existencia de una conducta culposa o dolosa, el daño y la relación entre la conducta y el daño:

En el procedimiento de Responsabilidad Especial, los elementos requeridos para la caracterización de la responsabilidad civil subjetiva se refieren a la existencia de una conducta culposa o dolosa del agente, al daño al fisco y a la conexión causal entre la conducta y el daño. Si existen estos supuestos, existe el deber de indemnizar (Sentencia del Tribunal de cuentas n° 2367/2015).

Sin embargo, es de advertir que el procedimiento de Auditoría Especial tiene carácter excepcional, ya que primero se deben agotar otras vías administrativas para corregir la irregularidad o compensar los daños antes de formalizar la apertura del proceso administrativo. Por esto, algunos resaltan el alcance limitado que ha tenido este procedimiento administrativo para el logro de sus objetivos (Pinto Godoi Quintão & Carneiro, 2015).

Adicionalmente, en cuanto a las consecuencias de la declaratoria de responsabilidad, el Tribunal tiene una función sancionadora. Según lo señalado por la ley orgánica del tribunal, Ley 8443 de 1992, se pueden dar sanciones como: (a) aplicación de multas a los administradores o responsables en un total proporcional a la pérdida causada al tesoro público, a condición de que la pena no sea más grande que la cantidad de la pérdida; (b) multa al responsable de cuentas juzgadas irregulares debido a un acto irregular, ilegítimo o antieconómico, por obstruir la libre realización de inspecciones o

³ Esta es una competencia constitucional prevista en los arts. 70 y 71 de la Constitución Federal.

auditorías, además de ocultar proceso, documento o información; (c) impedir el responsable de ejercer cargo en comisión o posición de confianza en la administración pública, por un periodo de cinco a ocho años; y (d) declarar al responsable no apto para participar de licitación en la administración pública por un periodo de hasta cinco años.

Finalmente, una vez ejecutoriada la condena, el actor responsable debe efectuar el reintegro de la deuda. La firmeza de la decisión del Tribunal se considera título ejecutivo para dar inicio a la acción de ejecución.

4.3. Chile

Chile cuenta con una entidad fiscalizadora superior bajo la modalidad de Contraloría General de la República. Al igual que en el caso colombiano, la Misión Kemmerer propuso la creación de esta institución en Chile. La Contraloría es un organismo autónomo de control que forma parte de la Administración del Estado.

La responsabilidad civil de los funcionarios públicos por el uso inadecuado de recursos públicos está regulada en la ley orgánica de la Contraloría General de la República (LOCGR), ley 10.336, modificada por la ley 19.817. Con fundamento en el art. 98 de la Constitución Política, desarrollado en el art. 1 de la Ley 10.336, la Contraloría General de la República cuenta con funciones jurisdiccionales; examina y juzga las cuentas de las personas que tienen a cargo bienes o fondos públicos. A esta función se le denomina “jurisdicción de cuentas” (Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores, 2020).

En Chile la administración y los sujetos dentro de ella pueden ser responsables civil, administrativa, penal y políticamente. Por esto se afirma que se trata de tipos de responsabilidad independientes. Los mismos hechos pueden dar lugar a cualquiera de estas responsabilidades (Cerdea Cattán, 2018: 12). La responsabilidad civil es la que se genera cuando un servidor de la administración le ocasiona un daño patrimonial, surgiendo de allí la obligación de repararlo. La acción de responsabilidad para obtener la reparación de perjuicios tiene

varias vías. La primera puede darse en sede de jurisdicción ordinaria, como una acción de indemnización de perjuicios. Otra vía es la de interponer la acción civil ante un tribunal penal cuando se trate de perseguir delitos contra la función pública y, la que acá más interesa, puede darse ante la jurisdicción de cuentas, mediante la forma de reparo como resultado del examen de cuentas, o como consecuencia de una auditoría, o tras detectar alguna irregularidad en un sumario administrativo (Ferrada Bórquez, 2012).

El examen de cuentas, según señala la jurisprudencia y doctrina chilena, es un procedimiento administrativo del cual pueden obtenerse tres posibles resultados: (a) una aprobación de la cuenta en la medida que el órgano contralor considere conforme la misma; (b) observación de la cuenta, particularmente si aprecia errores de forma, los que deberán ser subsanados para proceder a re-examinar la cuenta; y (c) reparar la cuenta, si el órgano contralor considera que esta presenta vicios de fondo (Tribunal Constitucional de Chile, 2021).

De obtenerse el último resultado, se dará inicio al juicio de cuentas, desarrollándose plenamente la función jurisdiccional de la contraloría.

El juicio de cuentas, como procedimiento contencioso de doble instancia, con un juzgado de primera instancia y un tribunal de segunda instancia, busca la responsabilidad civil extracontractual “de quienes intervienen en la administración, recaudación, custodia e inversión de los fondos o bienes sometidos a la fiscalización de la Contraloría General de la República” (Cerdea Cattán, 2013). Esta responsabilidad es de tipo extracontractual, así lo ha establecido tanto la jurisprudencia como la doctrina, si bien presenta algunas particularidades. Así, se entiende que la relación entre el servidor público y el Estado no es de tipo contractual, sino legal y, por ende, se entiende que su obligación de reparación de daños no puede tampoco tener origen contractual (Cerdea Cattán, 2018: 14). En este sentido, las personas que prestan sus servicios por honorarios no tienen calidad de funcionarios públicos y, por ende, no están sometidos al régimen de responsabilidad patrimonial.

Frente a los elementos de la responsabilidad civil, el daño aparece como un elemento clave. No basta una simple lesión al interés público, por ejemplo, por infringir normas sobre gasto público, sino

que debe existir un daño concreto en el patrimonio: “el daño en el juicio de cuentas tiene un carácter estrictamente patrimonial, no extendiéndose a otro tipo de bienes, derechos o intereses, como en el ámbito civil” (Ferrada Bórquez, 2012: 312). Y, además, el daño implica un hecho objetivo, como es el efectivo detrimento o menoscabo al patrimonio público. Así, no se configura daño cuando existe un beneficio para el patrimonio afectado (Cerdea Cattán, 2018: 16). De no demostrarse el daño, no es posible establecer la responsabilidad del funcionario y no surgirá la obligación de reparación. El otro elemento de la responsabilidad es el de la imputabilidad. Esto es, que el daño pueda atribuirse, causalmente, por su conducta dolosa o culposa. De manera que exige un factor de atribución subjetivo.

La responsabilidad civil extracontractual derivada del daño patrimonial busca principalmente el resarcimiento de los daños ocasionados al Estado. Pero, adicionalmente, también se considera que cumple otras funciones. La función punitiva y la preventiva. Bajo la primera se entiende que la responsabilidad implica una sanción para el servidor público y, bajo la segunda, se busca que los servidores tengan mayor cuidado en su comportamiento (Cerdea Cattán, 2018: 14).

Finalmente, en Chile se ha discutido acerca de la buena fe como causal eximente de responsabilidad del funcionario público. Al respecto se ha señalado que ella “no descarta la configuración de la responsabilidad civil, entendida ésta como una consecuencia de la negligencia en la ejecución presupuestaria de un órgano público, que provoca el daño que se demanda en autos” (Tribunal Constitucional de Chile, 2010).

4.4. México

El sistema federal de responsabilidades de los servidores públicos en México está conformado por cinco tipos de responsabilidad: política, penal, civil, administrativa y resarcitoria (López Olvera, 2013). En los arts. 108 a 114 y en el 79 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se encuentran regulados. Cada tipo de responsabilidad es autónoma: tienen procedimientos y sanciones propias, si bien pueden coincidir. Así, por ejemplo, la responsabilidad administrativa que se da cuando un servidor público incumple

con los principios de honradez, lealtad, imparcialidad y legalidad; mientras que la responsabilidad resarcitoria se presenta cuando el daño que genera el servidor público implica un perjuicio o daño al erario federal o al patrimonio de entes públicos federales o paraestatales federales (*Ibid.*). El objetivo de la responsabilidad resarcitoria no es castigar al servidor público, sino buscar la integridad de su patrimonio del Estado. Su fundamento se encuentra en el art. 74 de la Constitución.

La responsabilidad resarcitoria es de naturaleza administrativa y, como elementos esenciales de esta se señalan la realización del acto y la realización del perjuicio. Así, no es posible iniciar un procedimiento por la mera “expresión de ideas”, tal y como lo indica el numeral primero del art. 109 de la Constitución. El sujeto activo de esta responsabilidad es el servidor público que haya realizado el acto o la omisión por la que se generó el daño, pero también puede serlo el servidor jerárquicamente inmediato que haya omitido revisar o que haya autorizado el acto. Así mismo, si un particular participó en el acto que generó el daño, surgirá responsabilidad solidaria. Por su parte, el sujeto pasivo es el Estado, que se encuentra legitimado para iniciar el proceso de responsabilidad a través de la Auditoría Superior de la Federación (López Olvera, 2013).

La ESF en México es la Auditoría Superior de la Federación de los Estados Unidos Mexicanos (ASF). Según el art. 79 de la Constitución, es el órgano técnico especializado de la Cámara de Diputados, con autonomía técnica y administrativa. La Cámara de Diputados es la competente para realizar la fiscalización de los recursos públicos federales, función que delega en la ASF. La ASF se creó en el año 2000 y, además, se le asignaron funciones jurisdiccionales. Así, tiene un modelo híbrido. De esta manera, el procedimiento para dar tratamiento a esta forma de responsabilidad puede iniciar por una denuncia o por la revisión que hace la Auditoría Superior de la Federación. Esta cuenta con competencia directa para fincar directamente responsabilidades resarcitorias y aplicar multas y sanciones. De la responsabilidad resarcitoria se deriva un crédito fiscal, generando como consecuencia la obligación de pago, y la posibilidad de hacerla efectiva coactivamente (Rendón Huerta, 2003).

4.5. *Perú*

El sistema de responsabilidad del Perú entiende que en el ejercicio de sus funciones los servidores y funcionarios públicos pueden incurrir en tres tipos de responsabilidad: responsabilidad administrativa funcional, responsabilidad civil y responsabilidad penal. Los servidores y funcionarios públicos incurrir en responsabilidad administrativa funcional cuando contravienen el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen o cuando en el ejercicio de sus funciones hayan desarrollado una gestión deficiente. Incurren en responsabilidad civil, cuando por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones, hayan ocasionado un daño económico al Estado, siendo necesario que éste sea ocasionado incumpliendo sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve. Finalmente, incurren en responsabilidad penal cuando en el ejercicio de sus funciones han efectuado un acto u omisión tipificado como delito.

De acuerdo con el art. 82 de la Constitución Política del Perú, del año 1993, la Contraloría General de la República es una entidad descentralizada que funge como el órgano superior del Sistema Nacional de Control. Como parte de sus potestades administrativas, la Contraloría puede sancionar y separar temporalmente a funcionarios y servidores que incumplan sus deberes y que ocasionen un perjuicio al Estado. Sin embargo, esto lo hace dentro del ámbito de la responsabilidad administrativa funcional. La Ley Núm. 29622 ha establecido la facultad sancionadora de la Contraloría General de la República en materia de responsabilidad administrativa funcional, sólo para los casos derivados de los informes de control emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control-(SNC) —la Contraloría General, por los Órganos de Control Institucional o por las Sociedades de Auditoría designadas— que identifiquen responsabilidades graves o muy graves, por hechos cometidos o culminados a partir del 6 de abril de 2011. Ello significa, que las entidades conservan su facultad disciplinaria y sancionadora respecto de las infracciones administrativas funcionales que directamente identifiquen y que no deriven de acciones de control efectuadas por alguno de los órganos del SNC.

Por su parte, la responsabilidad civil de los funcionarios públicos está regulada en forma específica por la novena disposición final de

la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República Núm. 27785, del 22 de julio de 2002. Los casos de responsabilidad civil de los funcionarios y servidores públicos son juzgados por el poder judicial. La responsabilidad civil es de tipo contractual, genera la obligación del resarcimiento y la acción prescribe a los diez (10) años de ocurridos los hechos que generan el daño económico. Así, para determinar la responsabilidad civil, las autoridades del Sistema Nacional de Control deberán iniciar acciones en los respectivos fueros, por ejemplo, a través del Procurador y, si hay lugar a ello, un juez podrá determinar la responsabilidad civil.

A partir de la definición de responsabilidad civil que señala la ley, como elementos de la responsabilidad la doctrina señala (León Flores, 2008); en primer lugar, el sujeto activo, que es quien realiza el perjuicio económico y debe tener la calidad de funcionario público o servidor público. En segundo lugar, el daño, que debe ser cierto e indubitable. Además, no basta con que sea inminente, sino que debe haberse concretado. Su naturaleza debe ser económica, no de tipo moral ni personal. En tercer lugar, la relación de causalidad. Esto es, que el vínculo entre este hecho generador y el perjuicio tiene una naturaleza de “causa adecuada”, esto significa que el hecho que genere el daño debe ser aquel que normalmente lo produce. En cuarto lugar, se requiere un factor de atribución, marcado por una conducta que puede ser dolosa o culposa, sea esta última inexcusable o leve (León Flores, 2010). En quinto lugar, una conducta antijurídica, es decir, que el daño económico debe ser ocasionado como consecuencia de incumplir las funciones propias de los funcionarios o servidores públicos. Adicional a esto, de acuerdo con la novena disposición final de la ley 27785 el deber incumplido o la conducta reprochable del funcionario debe estar establecida en las normas. Finalmente, el sujeto pasivo, que puede ser, o la entidad en la que ejerce funciones el funcionario público, o el Estado.

4.6. Análisis comparado

La anterior descripción permite constatar que no existe un sistema unificado de responsabilidad fiscal en la región latinoamericana. En especial, en lo que tiene que ver con el diseño institucional

se puede observar que, en la búsqueda de mayor efectividad, países como Argentina han transitado hacia un modelo anglosajón, eliminando funciones jurisdiccionales de la EFS en el nivel nacional. Brasil mantiene un modelo de tribunal de cuentas y sus decisiones no son revisables por otra autoridad. En Chile la Contraloría General de la República cuenta con funciones jurisdiccionales, al contrario que en Perú, en donde se asigna a los jueces la función de juzgar la responsabilidad por daños económicos al Estado. México, al igual que Chile y Colombia, cuenta con un modelo híbrido.

Por su parte, si se mira aisladamente la figura de la responsabilidad fiscal, se encuentran mayores similitudes. En la mayoría de los países estudiados se entiende como una responsabilidad autónoma, distinta de la responsabilidad civil, penal o disciplinaria, si bien existen discusiones doctrinarias al respecto. Por lo mismo, es llamativo que en cada país se le dé una denominación distinta, cuando en realidad en todos los países se reconocen elementos y objetivos similares. Todos entienden que existen tres elementos: el daño, la culpa y la relación de causalidad. Así, si bien se tiene como una forma de responsabilidad subjetiva, la doctrina también discute si debería entenderse como objetiva. Adicionalmente, en cada país el objetivo de este tipo de responsabilidad es resarcitorio; busca resarcir el daño ocasionado.

Finalmente, en Brasil y Argentina se ha cuestionado el alcance limitado y la poca efectividad del sistema de responsabilidad. Como se verá más adelante, lo mismo se ha señalado del sistema colombiano.

5. EL SISTEMA COLOMBIANO

En Colombia se contempla un diseño híbrido de control fiscal⁴. Cuenta con una Contraloría General de la República y con contralorías territoriales, las cuales vigilan la gestión fiscal de la administración pública y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la nación o de las entidades territoriales. En la Constitu-

⁴ Esta sección se encuentra basada y toma apartes del capítulo V del libro de Restrepo-Medina & Peláez-Gutiérrez (2021).

ción Política de 1991 se entendió el control fiscal como una función pública, que ejercen estas instituciones de forma posterior y selectiva y, excepcionalmente, de modo concomitante y selectivo. Esta última modalidad de control fue establecida recientemente por el Acto Legislativo 4 de 2019, y pretende servir a la generación de alertas y advertencias que permitan corregir a tiempo el riesgo de fraude y corrupción (OCDE, 2021). Vale resaltar que esta función fiscalizadora se debe ejercer de modo independiente, con autonomía presupuestal, administrativa y con carácter técnico. Se entiende, además, que el control fiscal tiene por finalidad la protección del patrimonio público, así como la garantía de la correcta utilización de los recursos públicos por parte de los servidores públicos o de los particulares que manejen fondos o bienes públicos.

A su turno, la figura de la responsabilidad fiscal se presenta como una obligación de:

[...] reintegrar al patrimonio público los valores correspondientes a todas las pérdidas, mermas o deterioros que se hayan producido como consecuencia de la acción u omisión, en forma dolosa o culposa, de las personas encargadas de la recaudación, manejo o inversión de dineros públicos o de la custodia o administración de bienes del Estado, que asuman una conducta que no está acorde con la ley, o de cualquier otro funcionario que contraiga a nombre de los órganos oficiales obligaciones no autorizadas por aquella (Consejo de Estado, 1995, en Restrepo-Medina & Peláez-Gutiérrez, 2021: 141).

La responsabilidad fiscal se distingue de otros tipos de responsabilidad en las que puede incurrir un servidor público, como la política, la penal, la administrativa o disciplinaria y la civil.

En este sentido, la responsabilidad fiscal tiene una naturaleza jurídica autónoma, si bien tiene los mismos elementos de la responsabilidad civil⁵: daño, conducta antijurídica dolosa o culposa y la relación de causalidad entre el daño y dicha conducta. Además, se trata de una responsabilidad “esencialmente administrativa, patrimonial y

⁵ En todo caso, la responsabilidad fiscal se distingue de la responsabilidad civil. Esta última se rige por el derecho privado y se produce cuando un servidor público causa daños a terceros; daños que, en todo caso, no están relacionados con el ejercicio de la gestión fiscal.

meramente resarcitoria.” (Corte Constitucional de Colombia, 1996, en Restrepo-Medina & Peláez-Gutiérrez, 2021: 142). Por esto mismo, se entiende que los mismos hechos pueden dar lugar a la responsabilidad penal o disciplinaria.

Sobre el daño patrimonial, según el art. 6 de la Ley 610 de 2000, puede decirse que el mismo supone:

[...] una lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de los órganos de control fiscal.

Es de resaltar la amplitud de los elementos y del alcance de control. Así, puede ser responsable un servidor público que por su acción u omisión ocasione daños al patrimonio, pero, como lo dice la ley, por su “gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente o, en términos generales, que no se aplique al cumplimiento de los cometidos estatales, particularizados por el objeto funcional y organizacional de la respectiva entidad o programa.” (Restrepo-Medina & Peláez-Gutiérrez, 2021: Sec. 1.4).

Sobre la conducta antijurídica, la ley exige dolo o culpa grave. Se trata, por tanto, de una responsabilidad subjetiva. Según lo señala el art. 5 de la Ley 610 de 2000, modificada por el art. 125 del Decreto 403 de 2020, la responsabilidad fiscal está integrada, entre otros elementos, por “una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal o de quien participe, concurra, incida o contribuya directa o indirectamente en la producción del daño patrimonial al Estado (...)”. Una cuestión relevante tiene que ver con qué se entiende por culpa grave en este caso, ya que no hay una definición legal en el régimen de responsabilidad fiscal. La importancia de esto tiene que ver con la percepción advertida por Restrepo-Medina y Peláez-Gutiérrez (2021), según la cual, “hoy es prácticamente imposible llegar a una declaración de responsabilidad fiscal, sobre todo cuando se está frente a un examen de culpa y no de dolo por parte del gestor fiscal, lo cual ocurre en la gran mayoría de los casos”.

En este sentido, resulta importante la presunción de culpa grave que estableció la Ley 1474 de 2011. Según el art. 118 de la mencionada ley, se presume culpa grave cuando:

1. Se hayan elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, que hubieran conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectaran la integridad patrimonial de la entidad contratante.

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

3. Se haya omitido el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría o de las funciones de supervisión, tales como el adelantamiento de revisiones periódicas de obras, bienes o servicios, de manera que no se establezca la correcta ejecución del objeto contractual o el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad ofrecidas por los contratistas.

4. Se haya incumplido la obligación de asegurar los bienes de la entidad o la de hacer exigibles las pólizas o garantías frente al acaecimiento de los siniestros o el incumplimiento de los contratos.

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

También resulta interesante mencionar que los particulares pueden ser sujetos de control y responsabilidad fiscal, si bien para ello deben manejar recursos públicos “en virtud de un vínculo legal, contractual o administrativo anterior a la causación del detrimento, que los haya habilitado para tener la disposición jurídica o material de fondos, bienes o valores públicos” (Restrepo-Medina & Peláez-Gutiérrez, 2021), de no existir esta habilitación, el daño que llegare a ocasionar un particular caerá dentro del campo de la responsabilidad civil extracontractual.

Finalmente, sobre la relación de causalidad, el art. 125 del Decreto Ley 403 de 2020 lo incorpora como tercer elemento de la respon-

sabilidad fiscal. Debe darse un nexo causal entre el daño patrimonial al Estado y la conducta dolosa o culposa atribuible al servidor o particular que ejerce gestión fiscal. De este modo, debe asegurarse que fue la conducta la que generó, de manera necesaria, indirecta e inmediata, el daño. Y, se produce el rompimiento del nexo causal por fuerza mayor o caso fortuito. A pesar de esto, la doctrina ha discutido si es posible adoptar una teoría objetiva, en lugar de tener como elemento el nexo causal (Amaya Olaya, 1996).

Igualmente, vale la pena mencionar las consecuencias de la declaración de responsabilidad fiscal. La primera tiene que ver con la obligación de pago. El fallo de responsabilidad fiscal establece la obligación de pagar “una suma líquida de dinero en favor de la nación o de algunas de las entidades u organismos que conforman su estructura”. El Consejo de Estado ha señalado que el fallo sólo puede obligar al pago del daño emergente; mientras que la Corte Constitucional ha señalado que debe darse una indemnización integral que incluye, tanto el daño emergente como el lucro cesante. Además, la determinación del valor de la indemnización debe tener en cuenta si la administración pública obtuvo beneficios, con la consecuencia de disminuir el valor de la responsabilidad (Restrepo-Medina & Peláez-Gutiérrez, 2021). En caso de no cumplirse la obligación de pago, se abre la puerta para el cobro coactivo de la obligación por parte de las contralorías, de acuerdo con el procedimiento dispuesto en el Decreto 403 de 2020. Adicionalmente, el incumplimiento de la obligación ocasionará la inclusión del nombre del responsable en el boletín de responsables fiscales, algo que no es de menor relevancia, en cuanto este hecho genera “una inhabilidad para poder ser nombrado o tomar posesión de un cargo público o para contratar con el Estado, la cual permanece hasta su exclusión” (Restrepo-Medina & Peláez-Gutiérrez, 2021: 155).

La segunda consecuencia de la declaración de responsabilidad fiscal es la declaratoria de la caducidad de los contratos estatales que aún no hayan sido terminados y que no se encuentren liquidados. Las contralorías cuentan con la competencia para ello cuando la responsabilidad recae sobre un contratista.

Y, finalmente, la tercera consecuencia de la declaración de responsabilidad fiscal es la impugnabilidad judicial del fallo. Así, según

la Ley 610 de 2000, el fallo definitivo es impugnabile ante la jurisdicción contencioso administrativa. Esta consecuencia es muy importante porque, como bien anotan Restrepo-Medina y Peláez-Gutiérrez (2021), está relacionada con las disfuncionalidades del régimen de responsabilidad fiscal en Colombia.

Así, ante las preocupaciones por la falta de efectividad de la responsabilidad fiscal y por sus debilidades como medio para luchar contra los actos de corrupción, se planteó una reforma del régimen de responsabilidad a través del Acto Legislativo 4 de 2019 y del Decreto Ley 403 de 2020. Sin embargo, como señalan algunos autores (Restrepo-Medina, 2021), esta reforma tuvo un alcance limitado, en cuanto se centró en aspectos procedimentales⁶, y no en elementos estructurales, que son la verdadera causa de las disfuncionalidades de la responsabilidad fiscal:

[...] la ineffectividad de la responsabilidad fiscal y por ende su baja incidencia como mecanismo en la lucha contra la corrupción, obedece más a factores estructurales del diseño y la operación del sistema de control fiscal colombiano, que de no ser corregidos, así se intenten reformas legales puntuales a las reglas de trámite de los procesos, harán que el estado actual de cosas se mantenga y que la responsabilidad fiscal no sea un instrumento propicio para prevenir y reprimir la corrupción (Restrepo-Medina & Peláez-Gutiérrez, 2021: 159).

Además, el componente sobre responsabilidad fiscal contenido en el Decreto Ley 403 de 2020 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-090 de 2022, al encontrar que el presidente de la república se extralimitó en el ejercicio de la competencia legislativa conferida por el constituyente derivado (Acto Legislativo 04 de 2019). De esta manera, la Corte Constitucional dispuso que, para evitar una laguna normativa, debía operar la reviviscencia de los artículos de las leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011 que fueron modificados o adicionados por los arts. 124 a 143 del Decreto Ley 403 de 2020.

⁶ En el decreto que desarrolló los contenidos del Acto Legislativo 4 de 2019, se limitó a “realizar algunos retoques en las reglas del procedimiento, la mayoría de las cuales se ajustaron a pronunciamientos previos de la Corte Constitucional sobre esas materias, sin abordar las verdaderas causas que han hecho que el ejercicio de esta función esté signado por la ineficiencia.” (Restrepo-Medina & Peláez-Gutiérrez, 2021: 159).

Los problemas estructurales del sistema tienen que ver con el modelo híbrido que estableció la Constitución Política. En virtud de esto las contralorías tienen competencia para decidir sobre la responsabilidad fiscal y, a su vez, sus decisiones son impugnables ante la rama judicial. Así, la falta de cosa juzgada del fallo de las contralorías ocasiona problemas, lo que no sucedería si se estableciera, o bien un modelo de tribunal de cuentas cuyas decisiones sí tienen dicho carácter, o bien un modelo de auditorías sin funciones jurisdiccionales, encargadas de demandar ante los jueces la responsabilidad fiscal.

El Acto Legislativo 4 de 2019 mantuvo este sistema híbrido, y pretendió superar los problemas de este disponiendo de un término máximo para la revisión judicial de los fallos declarativos de responsabilidad fiscal. Estableció que este fuera máximo de un año, y previó un trámite preferencial respecto de las demás acciones y procesos que conozca la jurisdicción de lo contencioso administrativo, “con excepción de las acciones de tutela, populares preventivas, de grupo, de cumplimiento, del recurso de habeas corpus, del medio de control de nulidad electoral, y del proceso de pérdida de investidura” (Restrepo-Medina & Peláez-Gutiérrez, 2021: 157). No parece suficiente, sin embargo, que este plazo mejore sustancialmente los problemas de eficiencia del sistema de responsabilidad fiscal.

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES PARA AMÉRICA LATINA Y COLOMBIA

6.1. Conclusiones sobre la menor efectividad de los sistemas híbridos

De la descripción realizada acerca de cada uno de los países es posible derivar conclusiones y recomendaciones para la mejora de la efectividad de los sistemas de responsabilidad fiscal, que impacten positivamente en la prevención y sanción del crimen transnacional.

Así, en primer lugar, debe reconocerse que desde los mismos estándares internacionales los sistemas de responsabilidad fiscal tienen un rol importante. La existencia de sistemas sólidos se reconoce como elemento clave para detectar prácticas corruptas. Así mismo, a nivel internacional se reconoce que la efectividad de estos sistemas

pasa por asignar responsabilidades y sanciones de forma eficaz, con el fin de tener un impacto en la disuasión de crímenes transnacionales.

De la descripción realizada llama la atención que no existe una denominación estándar para hacer referencia a la responsabilidad que se genera por el inadecuado manejo de los recursos públicos. Esto llevaría a pensar en la dificultad de realizar un trabajo articulado de carácter transnacional para enfrentar y sancionar prácticas corruptas. Sin embargo, aunque cada país cuenta con distintas denominaciones, en todos existe un reconocimiento a la responsabilidad derivada por el mal o inadecuado manejo de quienes tienen a su cargo recursos públicos. En este sentido, es posible contar con un diálogo regional e internacional acerca de la responsabilidad fiscal, como se le denomina en Colombia.

En todo caso, cuando se pregunta por la efectividad de los sistemas de responsabilidad fiscal, no es suficiente indagar por la comprensión que cada país hace de esta figura individualmente considerada, sino que se hace necesario examinar en qué tipo de sistema de control fiscal tiene lugar. Por esto, este capítulo ha hecho referencia al modelo de control que existe en cada país, pues la efectividad de un determinado régimen de responsabilidad fiscal pasa por entender cómo operan los diseños jurídicos institucionales del control fiscal o, concretamente, los modelos clásicos de control: tribunales de cuentas con atribuciones jurisdiccionales, o auditorías sin atribuciones jurisdiccionales.

Así, determinados diseños pueden ofrecer más barreras que otros en el establecimiento de responsabilidades. Y otros por el contrario ser más ágiles y efectivos. Una barrera se da cuando, por ejemplo, las decisiones de las EFS son impugnables ante la jurisdicción, como sucede en el caso de Colombia. Otra barrera puede presentarse cuando se le otorga carácter excepcional al conocimiento de casos de responsabilidad a los tribunales de cuentas, obligando al agotamiento previo de otras vías administrativas, como ocurre en Brasil. Así, se recomienda contar con un sistema que minimice este tipo de barreras.

Pero en términos generales, los diseños institucionales de control híbridos parecen estructuralmente menos efectivos. Esto sucede por-

que no logran fortalecer ninguna de las funciones a su cargo, precisamente por la falta de especialidad. Al tener a cargo funciones de control a la gestión y funciones jurisdiccionales, se puede generar un mayor desgaste institucional, como se anotó al hacer referencia al caso colombiano. Además, teniendo en cuenta que la tendencia en el mundo es promover modelos de gestión que puedan hacer un verdadero control de la efectividad de las políticas públicas, parece necesario repensar la existencia de modelos híbridos que no generen resultados eficaces.

Así, contar con un sistema que se especialice en el establecimiento de la responsabilidad fiscal parece adecuado, siempre y cuando no se impongan barreras ni para el conocimiento de casos ni para la toma de decisiones definitivas sobre ellos. Esto es, ni barreras de acceso ni barreras de salida, como es la revisión judicial posterior. Un modelo que resulta interesante es el sistema de Estados Unidos, en donde la responsabilidad patrimonial se reconoce por los jueces junto con la responsabilidad disciplinaria o penal, dentro del mismo procedimiento.

6.2. Recomendaciones para América Latina

En lo que tiene que ver con la figura de la responsabilidad, esto es, independientemente del modelo de control en el que se inserte, la descripción realizada en las anteriores secciones permite señalar, en primer lugar, la importancia de que los sistemas jurídicos incorporen una noción de servidor o empleado público amplia y clara, de modo que dicha responsabilidad sea susceptible de ser aplicada a toda la gama de actores que puede llegar a producir daños al erario.

En segundo lugar, se debe resaltar la relevancia del carácter indemnizatorio y autónomo de este tipo de responsabilidad. Lo primero porque es necesario contar con un dispositivo que permita resarcir los daños y recuperar los recursos perdidos, y lo segundo porque, si bien puede resultar conectada con la responsabilidad penal o disciplinaria, una comprensión independiente es necesaria para darle valor al cuidado de los recursos públicos. En general, se observa que estas son características comunes a todos los países estudiados.

Finalmente, también se puede observar que es común entender la responsabilidad como una de tipo subjetivo. Los distintos regímenes jurídicos de los países revisados exigen que se actúe con dolo o culpa, algunos exigiendo expresamente culpa grave. Al respecto parece necesario recomendar que los distintos regímenes deben contar con una noción o criterios claros que permitan determinar qué tipo de actuaciones estarán comprendidas dentro de la noción de culpa, en sus diferentes graduaciones, esto con el fin de reducir la ambigüedad semántica y la discrecionalidad por parte de las autoridades. No se descarta, como lo ha establecido la doctrina en algunos países, lo conveniente que puede resultar la creación de regímenes de responsabilidad objetiva para ciertos tipos de daños. Esto, por supuesto, amerita una reflexión que acá no puede darse, y que debe pasar por establecer cuál sería el fundamento de este tipo de responsabilidad.

6.3. Recomendaciones para Colombia

Antes de la expedición de la Ley 610 de 2000, el entonces Contralor General de la República manifestaba en la exposición de motivos a un proyecto de ley que enmendaba la Ley 42 de 1993, que el panorama de entonces se caracterizaba por el gran atraso y lentitud en los procesos de responsabilidad fiscal, lo que redundaba en la ineficiencia del aparato de control fiscal, privaba al Estado de la utilización óptima de sus recursos, al no ser estos vigilados eficientemente, y fomentaba de paso la corrupción, el desgreño administrativo y la impunidad.

Con la regulación sobre la responsabilidad fiscal introducida mediante la Ley 610 de 2000, se pretendía que tanto las contralorías como los gestores fiscales contaran con unas reglas de juego claras sobre la materia, al determinarse con precisión las facultades y los deberes de aquellas, así como las obligaciones y las garantías de estos. Se buscaba así, facilitar el ejercicio de esta atribución constitucional de los organismos de control fiscal, y contribuir al logro del propósito de su función, cual es la preservación de la integridad del patrimonio público.

Si bien es cierto que dicha normatividad supera los problemas de garantía y protección de los derechos de los implicados, no logró la

eficiencia pretendida de ser un mecanismo adecuado de protección del erario, como lo reflejan las cifras oficiales al respecto. Por ello, dos décadas después de la expedición y aplicación del referido estatuto, se pretendió cambiar esta realidad con la propuesta de una reforma constitucional al régimen de responsabilidad fiscal.

Luego de que la propuesta original contenida en el proyecto de reforma constitucional que derivó en la expedición del Acto Legislativo 4 de 2019, sin adentrarse en las causas intrínsecas de la falta de eficiencia en la gestión de los procesos de responsabilidad fiscal, planteara como solución que a esta función se le reconociera carácter jurisdiccional y por lo tanto los fallos declarativos no pudieran ser controvertidos ante el contencioso administrativo, como si el problema de la ineficiencia fuera la demora en el ejercicio del control de legalidad de tales actos administrativos, ante la inminencia de una inconstitucionalidad por sustitución de la Constitución, la reforma terminó en establecer que el término máximo para la revisión judicial de los fallos declarativos de responsabilidad fiscal fuera de máximo un año en los términos en que lo regulara la ley.

Como se advierte de lo plasmado en el acto legislativo, una de las principales motivaciones de la reforma constitucional, que era el mejoramiento del diseño institucional para el ejercicio de la función de derivar la responsabilidad patrimonial por el ejercicio ilegal o indebido de la gestión fiscal, no terminó contribuyendo en su redacción final a la solución de sus disfuncionalidades porque no hubo un planteamiento acertado sobre sus causas y por ende mal podría haberse encontrado una respuesta en el texto de la enmienda a la Carta Política.

En esa medida, al margen de las cuestiones puramente procedimentales, que siempre serán susceptibles de ser corregidas, la ineffectividad de la responsabilidad fiscal y por ende su baja incidencia como mecanismo en la lucha contra la corrupción, obedece más a factores estructurales del diseño y la operación del sistema de control fiscal colombiano, que de no ser corregidos, así se intenten reformas legales puntuales a las reglas de trámite de los procesos, harán que el estado actual de cosas se mantenga y que la responsabilidad fiscal no sea un instrumento propicio para prevenir y reprimir la corrupción.

A esos factores estructurales se hizo alusión en el capítulo sobre control fiscal y a ellos se hace remisión para estos efectos.

Baste con reiterar que el diseño constitucional colombiano en esta materia no es el más adecuado, en la medida en que la configuración híbrida de su sistema de control fiscal determina que las contralorías decidan sobre responsabilidades de los gestores fiscales, a través de procedimientos administrativos montados sobre estructuras procesales judiciales, cuyas decisiones están sometidas en todo caso a la revisión de su validez jurídica por parte de la rama judicial.

Mientras no se revalúe ese diseño constitucional, será muy difícil lograr la efectividad de los mecanismos de responsabilidad. Alcanzarla desde lo normativo supondría una reforma constitucional que de una vez por todas se decida por uno de los dos modelos clásicos de control: tribunales de cuentas con atribuciones jurisdiccionales para que decidan con carácter de cosa juzgada las responsabilidades de los gestores fiscales, o auditoría sin atribuciones de establecer responsabilidades que traslade a los jueces su establecimiento.

En la medida en que este modelo híbrido constituye una dificultad para lograr la efectividad de los mecanismos de responsabilidad, cualquier retoque que se haga a la estructura del proceso de responsabilidad fiscal, como se pretendió con las modificaciones introducidas por la Ley 1474 de 2011, mientras no sea resuelto el sincretismo constitucional del modelo de control no se resolverá de fondo el problema, y por el contrario se limitará a crear expectativas que en la práctica serán de muy difícil concreción.

Por ello, dada la reticencia política que ha tenido el restablecimiento de la figura del tribunal de cuentas, que existió en Colombia hasta que en 1923 se creó la Contraloría General de la República, tendría más probabilidades de ser aprobada una reforma en el segundo de los sentidos propuesto, pues no implicaría la creación de nuevas entidades ni la transformación de las ya existentes, sino una redistribución de competencias entre ellas.

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 la 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.

Por último, también es necesario calificar el ejercicio de la función fiscalizadora, pues si bien constitucionalmente se reconoce a los servidores de la misma como de Carrera Administrativa Especial, su existencia no ha sido aprovechada para introducir como requisito previo a su ingreso, o como condición de promoción dentro de la misma para quien no lo haya acreditado al momento de su incorporación, el de formación específica en auditoría gubernamental, ya sea que se ofrezca por las escuelas de capacitación de las propias contralorías o a través de programas que con esos contenidos impartan las instituciones de educación superior. Esa carencia se ve reflejada en la baja calidad de los hallazgos de auditoría (Restrepo, 2018), que luego se traduce en la alta proporción de actuaciones fiscales para el establecimiento de responsabilidades patrimoniales que son archivadas porque el daño al patrimonio público no fue bien configurado ni determinado en el proceso auditor.

Por esta razón, aparte del establecimiento de esa exigencia, es necesario al propio tiempo estructurar un programa permanente de capacitación especializada, que tenga como finalidad desarrollar y evaluar las habilidades y competencias requeridas para realizar la planeación y ejecución de las auditorías y la elaboración de los informes, con énfasis en la estructuración y validación de los hallazgos, a la vez que resulta conveniente que las auditorías de control interno que realizan las contralorías y las que lleva a cabo la Auditoría General de la República como entidad de vigilancia de la gestión de estas últimas, establezcan como una de sus líneas la verificación de la calidad de los hallazgos, mediante la comprobación de su configuración técnica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-090 de 2022, Magistrado Ponente: Antonio José Lizarazo Ocampo.
- Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional Español. Recurso de inconstitucional 426/1984.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español. Sentencia 18/91.
- Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia Rol 10.581-2021, Ministro rector: José Ignacio Vásquez Márquez.
- Tribunal de Cuentas de Brasil. Sentencia 2367/2015.

Doctrina

- Amaya, U. A. (1996). *Fundamentos constitucionales del control fiscal*. Bogotá: Umbral Ediciones.
- Cardona, F. (2003). “Liabilities and discipline of civil servants”. *OECD, Support for Improvement in Governance and Management*. <https://www.sig-maweb.org/publications/37890790.pdf>.
- Cerda, Á. (2013). “El juzgado de cuentas y sus atribuciones”. *Revista de Derecho Público*. Vol. 79(2). Pp. 55-81. <https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/30961/32690>.
- Cerda, Á. (2018). “Determinación de la responsabilidad civil por el manejo de recursos públicos en la Administración”. *Revista de Derecho Público*. Núm. 88. Pp. 11-41.
- Fernández, J. F. (2013). “La responsabilidad contable: el reintegro por alcance”. *Revista de Administración Pública*. Núm. 192. Pp. 339-379.
- Ferrada Bórquez, J. C. (2012). “La responsabilidad civil de los funcionarios públicos en el juicio de cuentas”. En: Mendoza, R (Eds.). *Contraloría General de la República: 85 años de vida institucional, 1927-2012*. Santiago de Chile: Unidad de Servicios Gráficos de la Contraloría General de la República. Pp. 299-318.
- García del Castillo, A. (2007). “Prácticas ejemplares en la Entidad Fiscalizadora Superior de los Estados Unidos de América (Government Accountability Office)”. *Revista Española de Control Externo*. Vol. 9(25). Pp. 161-180.
- Gómez, I. D. (2006). *Control fiscal y seguridad jurídica gubernamental*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- González Soler, O. E. (2016). “El modelo español de control externo: algunas propuestas para su reforma”. *Presupuesto y gasto público*. Núm. 82. Pp. 49-68.

- Ivanega, M. M. (2010). “De nuevo sobre la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos”. *Revista de Administración Pública*. Núm. 381. Pp. 113-120.
- León Flores, J. A. (2008). “La responsabilidad civil del funcionario público en el marco de la Ley del Sistema Nacional de Control”. *Gestión Pública*. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/CEF47A95FB2B4EFF05257E85005BB5CA/\\$FILE/revges_225.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/CEF47A95FB2B4EFF05257E85005BB5CA/$FILE/revges_225.pdf).
- León Flores, J. A. (2010). “Responsabilidad Civil del Funcionario Público frente al Estado por incumplimiento de sus funciones. Analizando sus especiales características”. *Gestión Pública*. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/227B73746CEBA9A205257E85005EB686/\\$FILE/contgub_10_1.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/227B73746CEBA9A205257E85005EB686/$FILE/contgub_10_1.pdf).
- López, M. A. (2013). *La responsabilidad administrativa de los servidores públicos en México*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Pinto Godoi, C. M., & Carneiro, R. (2015). “A tomada de contas especial como instrumento de controle e responsabilização”. *Revista de Administração Pública*. Vol. 49(2). Pp. 473-491.
- Rendón, G. (2003). “Naturaleza y alcances del procedimiento administrativo de responsabilidad resarcitoria en el Distrito Federal”. *Tesis de maestría, Universidad Nacional Autónoma de México*. <https://repositorio.unam.mx/contenidos/100743>.
- Restrepo-Medina, M. A., & Peláez-Gutiérrez, V. (2021). *Novedades y perspectivas de la reforma al control fiscal*. Bogotá: Tirant lo Blanch.
- Rodríguez, J. J. (2006). “La Contraloría General de los Estados Unidos. Funcionamiento y auditorías”. *Revista Española de Control Externo*. Vol. 8(22). Pp. 137-151.
- Vargas, O. (2008). “Tribunal de Cuentas: evolución, fisionomía y derecho comparado”. *Revista Debate*. Vol 6(14). Pp. 78-98.
- Vercellone, A. L. (2016). “El régimen de responsabilidad civil del estado y de los funcionarios públicos. un análisis de las críticas al nuevo código civil y comercial de la nación y la ley de responsabilidad estatal”. *Revista de la facultad de derecho, Universidad de Córdoba*. Vol 7(2). Pp. 129-145.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Congreso De La Nación Argentina. (1992). “Ley 24.156”. *Administración Financiera Y De Los Sistemas De Control Del Sector Público Nacional Y Su Reglamentación*. https://www.economia.gob.ar/hacienda/cgn/otrosdoc/ley24156_mod_diciembre2016.pd.

- Congreso de la República de Colombia. (2000). “Ley 610”. *Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Publicada en el diario oficial 44133 del 18 de agosto de 2000.* <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=5725>.
- Congreso de la República de Colombia. (2011). “Ley 1474”. *Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Publicada en el Diario Oficial 48128 de julio 12 de 2011.* <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=43292>.
- Congreso de la República de Perú. (2002). “Ley 27785”. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. Publicado 15 de mayo de 2018.* <https://www.gob.pe/institucion/congreso-de-la-republica/normas-legales/361328-27785#>.
- Congreso de la República de Perú. (2010). “Ley 29622”. *Ley orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional.* <https://www.gob.pe/institucion/congreso-de-la-republica/normas-legales/801987-29622#>.
- Congreso de los Estados Unidos de América. (1978). “Inspector General Act of 1978”. <https://www.ignet.gov/content/inspector-general-act-1978>.
- Congreso Nacional de Brasil. (1992). “Ley 8443”. *Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de la Unión.* https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18443.htm.
- Congreso Nacional de Chile. (2002). “Ley 19.817”. *Modifica la ley orgánica de la Contraloría General de la República.* <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=200795>.
- Jefatura del Estado Español. (1982) “Ley Orgánica 2”. *Tribunal de Cuentas. Publicado «BOE» núm. 121, de 21/05/1982.* <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1982-11584>.
- Ministerio de Hacienda de Chile. (1952). “Ley 10.336”. *Ley De Organización Y Atribuciones De La Contraloría General De La República.* <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=26356>.
- Muñoz, A. (2017). “El interventor en la administración local: control interno y responsabilidad contable”. *Universitat de Barcelona.* http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/128130/1/AMJ_TESIS.pdf.
- OCDE. (2021). “El Control Preventivo y Concomitante de la Entidad Fiscalizadora Superior de Colombia: estrategias modernas para nuevos desafíos”. https://www.oecd-ilibrary.org/governance/el-control-preventivo-y-concomitante-de-la-entidad-fiscalizadora-superior-de-colombia_232f35c6-es.

Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores. (2020). “Sobre la OLACEF: Conociendo la historia y el trabajo de sus miembros”. *Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores*. https://observatorioefs.contraloria.gob.pe/pdf/LIBRO_OLACEFS.pdf.

Presidente de la República de Colombia. (2020). “Decreto Ley 403”. *Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=110374>.

Tribunal de Cuentas. (s. f.). “Función de enjuiciamiento contable”. <https://www.tcu.es/es/enjuiciamiento/funcion-de-enjuiciamiento>.

Capítulo 4

La acción de repetición contra los agentes del Estado

ELIANA ANDREA DUITAMA PULIDO*

1. INTRODUCCIÓN

El medio de control de repetición², la acción reversiva, la acción de repetición o la acción de regreso³, es una figura procesal de naturaleza administrativa o jurisdiccional, a través de la cual, en un juicio de responsabilidad se examina el actuar doloso o gravemente culposo del servidor público o del particular que cumple funciones públicas y que con su conducta (acción u omisión) en el desempeño de sus funciones causó un daño antijurídico que fue reparado patrimonialmente por el Estado a través de una sentencia⁴, una conciliación o cualquier otra forma de terminación de un conflicto. Según se advierte, este mecanismo procesal tiene como propósito reintegrar al patrimonio estatal el dinero que se pagó como consecuencia de la referida condena o reparación patrimonial⁵.

* Estudiante Doctoral de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo, especialista en Derecho Médico y en Gestión Pública e Instituciones Administrativas, abogada, diplomada en “Transformación digital. Tecnología y sus aplicaciones”, “Alta dirección e innovación en servicios jurídicos”, “El nuevo sistema de investigación y enjuiciamiento” y en “conciliación, negocios y solución de conflictos”

² *Vid.*: art. 142 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Colombiano.

³ Contemplada en el art. 145.2 de la Ley 30 de 1992 del ordenamiento español unificada en la Ley 40 de 1 de octubre de 2015.

⁴ *Vid.*: sentencia con número de radicación (16335, 2008)

⁵ *Vid.*: art. 90 de la Constitución Política Colombiana, desarrollado por la Ley 678 de 2001 y modificada por la Ley 1474 de 2011 y la Ley 2195 de 2022.

Dicho lo anterior, se hace imprescindible realizar una reflexión sobre la importancia de identificar si la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado desde la perspectiva de la repetición puede contribuir al fortalecimiento de la cultura de la integridad y el mejoramiento de las capacidades institucionales para luchar contra la corrupción desde una óptica global⁶. Conforme a lo expresado, el objeto del presente capítulo es hacer mención al origen y desarrollo de las estrategias normativas que se han diseñado en los diferentes países en donde se ha incorporado dicha herramienta y analizar si ésta puede contribuir a incrementar la respuesta al fenómeno de la corrupción (especialmente la asociada al crimen organizado transnacional, COT).

Para ello, el presente capítulo centrará su atención en las siguientes cuestiones transversales relativas a la acción de repetición: (a) su naturaleza administrativa o jurisdiccional del procedimiento; (b) la legitimidad para demandarla; (c) los requisitos para su ejercicio; (d) la caducidad para ejercitarla; (e) su nivel de eficacia para recuperar el patrimonio de la administración y para establecer la integridad y probidad en el ejercicio de la función administrativa; y (f) su vínculo con la corrupción transnacional.

Con base en estas cuestiones, se expondrán algunos estándares internacionales que abordan tácita o expresamente este mecanismo procesal (secc. 2), luego se analizará la manera como se regula la misma en ciertos países no latinoamericanos de referencia (España, EE.UU. y Francia) (secc. 3). Posteriormente, se estudiará su regulación comparada en los cinco países latinoamericanos que son to-

⁶ Al respecto es importante mencionar que los doctrinantes tienen diversas posturas sobre si la repetición es un instrumento adecuado, o no, para contribuir a abordar el fenómeno de la corrupción (lo que incluye también los supuestos en que se encuentra asociado al COT). A manera de ejemplo, mientras para algunos autores “la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos no es un instrumento de lucha contra la corrupción” (Rincón Córdoba, 2022), para otros puede constituir “el mejor instrumento para combatir la corrupción”, de manera que “su eficacia en la práctica sería la portadora del progreso decisivo en el Estado Social de derecho y podría perdurar como mecanismo apto para proteger el patrimonio del Estado” (Duque Ayala, 2013).

mados como referencia a lo largo del presente volumen (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú), tratando de identificar ciertas tendencias comunes en el desarrollo de su regulación (secc. 4). Dicho esto, pasaremos a analizar la regulación normativa del medio de control de repetición en Colombia (secc. 5). Finalmente, en la sección 6 se desarrollan algunas conclusiones generales y se harán algunas recomendaciones para América Latina y Colombia, encaminadas a sugerir un marco modelo normativo y tecnológico unificado y coherente que promueva la moralidad administrativa y contribuya a incrementar la eficacia en la respuesta al fenómeno de la corrupción (en particular, cuando está asociado al COT).

2. ESTÁNDARES INTERNACIONALES

En el ámbito universal, la Resolución 55/188 del 20 de diciembre de 2000 sobre “la prevención de las prácticas corruptas y la transferencia ilícita de fondos y lucha contra ellas y repatriación de esos fondos a sus países de origen” y la Resolución 2001/13 del 24 de junio de 2001 sobre el “fortalecimiento de la cooperación internacional para prevenir y combatir la transferencia de fondos de origen ilícito derivados de los actos de corrupción, incluidos el blanqueo de capitales, así como para repatriarlos”, ambas aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU), subrayan la necesidad de evitar el desvío y recuperar los fondos públicos, so pena de verse gravemente amenazados el progreso social, económico y político y los valores de la democracia y la moralidad (Viquez & Calvo, 2011).

En el mismo sentido, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNUDOT o Convención de Palermo) (del 2000) recoge la responsabilidad de las personas jurídicas por participar en delitos graves en que estén involucrados grupos delictivos organizados, sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumbe también a las personas naturales que cometieron los delitos, y señala que es una obligación de los Estados Parte velar por imponer sanciones de carácter monetario a las personas (naturales o jurídicas) consideradas responsables (CNUDOT, 2004).

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC o Convención de Mérida)⁷ (2003) adicional a expresar la preocupación por prevenir y luchar contra la corrupción, busca a través de una estrategia global y en el marco de la Agenda 2030 que los Estados parte promuevan sociedades cada vez más pacíficas e inclusivas, y por ende, menos corruptas (Amaya et al., 2010). Tratándose del manejo de las finanzas públicas, recomienda promover la transparencia, la rendición de cuentas, la aplicación de códigos de conducta, el intercambio de información entre los órganos anticorrupción, la publicación de informes periódicos sobre los riesgos de la corrupción y el uso de tecnologías de la información para prevenirla y combatirla.

La CNUCC hace también referencia expresa en el capítulo V a la labor de recuperar los activos y restituir el producto de la corrupción (BOE-A-2006-13012, s. f.: 2006-13012). De hecho, la restitución de activos es un principio fundamental de la Convención y los Estados parte deben prestar la más amplia cooperación y asistencia a estos efectos. Para ello, si bien no menciona expresamente la acción de repetición o de regreso, la CNUCC impone a los Estados parte la obligación de entablar ante sus tribunales acciones legales para determinar la titularidad o propiedad de los bienes adquiridos mediante la comisión de uno de los delitos tipificados en la CNUCC, reclamar los bienes sustraídos y adoptar otras medidas destinadas a recuperar los bienes obtenidos ilegalmente.

La Guía Técnica de la CNUCC (2010) (Naciones Unidas, 2004) desarrolla este principio afirmando que los Estados parte deben adoptar una legislación apropiada para facultar a los tribunales a que ordenen la indemnización o resarcimiento de los daños y perjuicios causados al Estado y acojan las medidas necesarias para efectuar los

⁷ Precedida por la Declaración de Johannesburgo sobre desarrollo sostenible celebrada entre el 26 de agosto y el 4 de septiembre de 2002 declaró la delincuencia organizada y la corrupción como problemas mundiales que representan graves amenazas al desarrollo sostenible de la población (Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, 2002).

embargos preventivos o incautaciones a través de las medidas cautelares⁸.

Por su parte, la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales⁹ (1997), prevé en particular que cada Estado parte adopte las medidas necesarias para tipificar como delito el hecho de que “una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier ventaja indebida pecuniaria o de otra índole a un servidor público extranjero, ya sea que lo haga en forma directa o mediante intermediarios, para beneficio de este o para un tercero”. La tipificación de este delito implica que los Estados deben tomar las medidas necesarias para determinar la responsabilidad de quienes incurrir en el mismo y cuantificar los daños de los que son responsables por vía penal, civil o incluso administrativa.

En cuanto a los instrumentos regionales, la Convención Interamericana contra la Corrupción¹⁰ (CICC) (1996) tiene entre otros propósitos: (a) promover y fortalecer el desarrollo de los mecanismos necesarios para prevenir, sancionar y erradicar la corrupción; y (b) promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas o específicamente vinculados a dicho ejercicio¹¹. La CICC impone además a los Estados parte la obligación de

⁸ Según la guía podrá reclamarse por daños materiales, lucro cesante y pérdidas no pecuniarias. *Vid.*: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/TechnicalGuide/10-53541_Ebook_s.pdf.

⁹ En el ordenamiento jurídico colombiano mediante la ley 1573 de 2 de agosto de 2012 se aprobó esta convención. (Ley por medio de la cual se aprueba la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, adoptada por la Conferencia Negociadora en París, República Francesa, el 21 de noviembre de 1997., 2012).

¹⁰ Aprobada por (Ley por la cual se aprueba la «Convención Interamericana contra la Corrupción», suscrita en Caracas el 29 de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996), 1997).

¹¹ Los Estados partes están obligados a tipificar en las legislaciones entre otras la siguiente conducta: “Toda acción u omisión efectuada por cualquier per-

tipificar en su legislación como delito el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos, haya o no detrimento del patrimonio del Estado¹².

Por otra parte, en 2019 se creó el Grupo de Trabajo Especializado en la Lucha contra la Corrupción Transnacional (GTCT), que forma parte de la Comisión Técnica Especializada en la Lucha contra la Corrupción Transnacional (que desde el año 2021 tiene el carácter de comisión permanente de la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores (OLACEFS) (2012)). En desarrollo de su marco estratégico (y teniendo en cuenta que la OLACEFS es una organización internacional apolítica, autónoma e independiente, que tiene como misión fomentar el intercambio de experiencias y buenas prácticas relacionadas con la fiscalización y el control gubernamental y coadyuvar en la implementación de la normativa internacional para prevenir la corrupción), se han auspiciado diversos estudios encaminados a promover la rendición de cuentas, la ética pública, la probidad administrativa, la transparencia, la lucha contra la corrupción y la participación.

Destaca también en el ámbito regional el Programa de Asistencia contra el Crimen Transnacional Organizado-Europa/Latinoamérica (PACcTO) (2017). Se trata de un programa de intercambio de buenas prácticas encaminado a reforzar el Estado de derecho, contribuir a la seguridad ciudadana y promover la cooperación transfronteriza, regional e internacional, en el ámbito del crimen organizado en temas relativos al cibercrimen, la corrupción, los derechos humanos y el lavado de activos. Destaca, en particular, su apoyo a la investigación de los delitos contra el patrimonio cultural y la promoción de medidas dirigidas a incrementar la eficacia institucional para localizar, identificar y recuperar los bienes.

sona que, por sí misma o por persona interpuesta o actuando como intermediaria, procure la adopción, por parte de la autoridad pública, de una decisión en virtud de la cual obtenga ilícitamente para sí o para otra persona, cualquier beneficio o provecho, haya o no detrimento del patrimonio del Estado” (Convención Interamericana contra la Corrupción, 1996).

¹² Art. XII de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

De lo visto hasta aquí, se observa que los mencionados instrumentos internacionales de ámbito universal y regional buscan promover acciones concretas para prevenir, contrarrestar y sancionar la corrupción y el COT desde la perspectiva de la protección al patrimonio público y la responsabilidad de los agentes estatales, siendo la cooperación internacional un aspecto clave a estos efectos. Sin embargo, ninguno de los instrumentos analizados se refiere expresamente a la acción de repetición o regreso para combatir o impedir los actos de corrupción de orden transnacional, en tanto que la descripción de la figura procesal, de naturaleza administrativa o judicial, encaminada a restituir, recuperar, repatriar, repetir o devolver al Estado que se menciona en dichos tratados o convenciones es abierta y se remite a las acciones recogidas en los respectivos ordenamiento jurídicos internos.

3. SISTEMAS NO LATINOAMERICANOS DE REFERENCIA: ESPAÑA, ESTADOS UNIDOS Y FRANCIA

3.1. España

3.1.1. Naturaleza jurídica del mecanismo

En España, el art. 19 del Real Decreto 429 (1993)¹³ señalaba que los particulares le exigen de manera directa a la Administración Pública las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y el personal a su servicio¹⁴, y que una vez estas indemnizaciones se pagan, la Administración correspondiente puede “exigir

¹³ Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial (1993). Norma derogada por la Ley 39/2015 de 1 de octubre.

¹⁴ De conformidad con lo previsto en el art. 145 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (1992). Posteriormente, el art. 32 de la Ley 40/2015 sobre el Régimen Jurídico del Sector Público (2015), estableció que los particulares tienen también el derecho a ser indemnizados directamente por las Administraciones correspondientes, siempre que la lesión desde la perspectiva de la responsabilidad objetiva sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave”.

Por su parte, el art. 145 de la Ley 30 de 26 de noviembre de 1992, hoy art. 36 de la Ley 40 de 1 de octubre de 2015 sobre el Régimen Jurídico del Sector Público, refiere que los particulares exigen directamente a la Administración Pública las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y el personal a su servicio y que la Administración una vez haya indemnizado a los lesionados exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad patrimonial en la que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves.

Sobre el particular, la postura jurisprudencial expresada en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía Núm. 1079/2015 del 1 de diciembre de 2015 dice que: “debe tenerse también en cuenta que el sistema de responsabilidad patrimonial español encuentra uno de sus pilares básicos en su carácter directo, sin que, por lo tanto, los particulares puedan reclamar la correspondiente a autoridades y funcionarios” (Sentencia Administrativo Núm. 1079/2015, 2015)¹⁵.

Por demás, recuérdese que el art. 42 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (1998) expresa que, “sin perjuicio de que el Estado indemnice a los terceros lesionados”, la Administración “exigirá” a sus autoridades, funcionarios o agentes la responsabilidad en que hubieren incurrido por dolo, culpa o negligencia graves” (Pierry Arrau, 1995).

Con respecto a la naturaleza jurídica de la acción de repetición, autores como Pierry Arrau (1995) y López Gil (2021) subrayan su naturaleza administrativa con un eventual recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁶.

¹⁵ En concordancia con lo previsto en los arts. 145 y 146 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, siguiendo el procedimiento previsto en el art. 21 de este Reglamento.

¹⁶ En contraste con los autores mencionados, Arenas Mendoza (2020) sostiene que es de carácter jurisdiccional civil, en el entendido de que cuando se causa un daño patrimonial que ha solventado la Administración, esta última puede exigir a las autoridades y personal la responsabilidad patrimonial correspondiente a través de una acción autónoma.

3.1.2. Legitimidad para ejercitar la acción de regreso

La acción de repetición se tramita a través de un procedimiento expedito, en el que la Administración es la única legitimada para su inicio, mediante la notificación del “acuerdo de iniciación” a los interesados en el que se indiquen los motivos para su apertura (Saura Fructuoso, 2015)¹⁷.

3.1.3. Requisitos para el ejercicio

El art. 36(2) de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (2015) establece que, una vez indemnizados los lesionados, la Administración exigirá de oficio en vía administrativa a sus autoridades y demás personal a su servicio, la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave. Además, la norma señala que, para la exigencia de dicha responsabilidad y cuantificación, se ponderan entre otros criterios los siguientes: (a) el resultado lesivo producido; (b) el grado de culpabilidad; (c) la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas; y (d) su relación con la producción del resultado lesivo (Delgado Moral, 2019).

3.1.4. Caducidad

Sobre este aspecto, Molina Betancur & Cañón Solano (2008) señalan que la acción de repetición solo es “obligatoria a partir del año de 1998 a raíz de lo dispuesto en el art. 2 de la Ley 6^a de 1998” y que desde el año siguiente (Ley 4 de 1999) se prohíbe la demanda civil

¹⁷ A partir de este momento, el servidor (o ex servidor) público dispone de 15 días para aportar los documentos que estime pertinentes. Vencido este plazo se practican las pruebas en los siguientes 15 días y luego se procede a redactar la propuesta de la resolución que se da a conocer al interesado para que éste, en el término de 10 días, pueda formular sus alegaciones. A continuación, se realiza una audiencia y en el plazo de 5 días se formula la resolución que pone fin a la vía administrativa. Esta resolución puede ser objeto de revisión por parte de la jurisdicción contencioso administrativa, según los arts. 75 *et. seq.* de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (2015).

contra el empleado público individualmente considerado¹⁸. Además, ésta prescribe en un año y se utiliza para “evitar un ámbito de impunidad en torno a los funcionarios y autoridades”, pues es evidente que, respecto de estos, se exige el ejercicio de la acción de repetición para que asuman las consecuencias patrimoniales de sus actos¹⁹.

3.1.5. Nivel de eficacia para recuperar el patrimonio de la administración y establecer la integridad y probidad en el ejercicio de la función administrativa

Sobre la utilización, eficacia y operatividad de la acción de repetición en España, autores como Saura Fructuoso (2015) argumentan que “respecto a su personal no existe” por diversas razones, entre ellas, porque se trata de una “acción cosmética” y “grosera para la ciudadanía” pues se “blinda totalmente la impunidad de ciertos hechos y se consagra el perjuicio general para la Hacienda Pública”, pese a que ha sido concebida como una acción que tiene como finalidad “el restablecimiento de la situación e indemnidad patrimonial de la Administración” para entre otras cosas, evitar que “el contribuyente deba soportar el perjuicio que ha cometido un sujeto en particular e identificable” (Saura Fructuoso, 2015). Otros autores como Delgado Moral (2019) consideran que la exigencia normativa del procedimiento administrativo en vía de regreso²⁰ es “una manifiesta inaplicación práctica de una norma administrativa” porque aun cuando la norma pretende “dar apariencia de buen gobierno” es una “mera

¹⁸ En otras palabras, el ciudadano afectado por un daño dejó de exigir del empleado público la responsabilidad y por ello acude a la acción de responsabilidad en contra de la entidad estatal.

¹⁹ Saura Fructuoso (2015) considera que la finalidad de la acción de regreso es “el restablecimiento de la situación patrimonial e indemnidad patrimonial de la Administración”.

²⁰ Cuando el servidor incurre en dolo, culpa o negligencia grave en la labor y como consecuencia de ello se produce un daño antijurídico a un tercero, del cual se deriva una responsabilidad patrimonial para la Administración Pública (Delgado Moral, 2019).

norma ornamental”²¹. Por su parte, Arenas Mendoza (2020) sostiene que es inconveniente la utilización de la acción de repetición para recuperar el dinero pagado por el Estado por el daño causado a título de culpa grave o dolo de sus agentes.

3.1.6. Vínculo con la Corrupción Organizada Transnacional

Según las fuentes consultadas, en el sistema español no existe un vínculo expreso entre la acción de regreso y la lucha contra la corrupción (en particular, la asociada al COT), sin perjuicio de señalar que este fenómeno en este país se intenta combatir con herramientas como la firma del Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales y el acatamiento de las recomendaciones sobre medidas fiscales para reforzar la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones e inversiones comerciales internacionales (Gobierno de España, 2019).

3.2. Estados Unidos

Según Soler Pedroza & Jiménez (2009), en Estados Unidos (EE. UU.), antes de la Ley Federal de 1946, el funcionario autor del hecho perjudicial era quien respondía con su patrimonio personal. Sin embargo, desde entonces, “el daño ocasionado por una falta de un agente público comprende la responsabilidad de la administración si se trata de una falta de servicio; por el contrario, compromete únicamente al funcionario cuando hay una falta personal (De Laubudére, 1984: 110). Para Pierry Arrau (1995), el fallo de la Corte Suprema de Justicia en *US. vs. Gillman* ratifica esta situación, rechazando la posibilidad de que el Estado condenado al pago de una cantidad por los tribunales, pudiera repetir contra el funcionario en relación con faltas de servicio.

²¹ En el texto Delgado Moral (2019) se cita a Díez Sánchez quien denomina a esta acción como el “bonito florero”.

A manera de ilustración, el caso *US vs Gilman* resuelve el cuestionamiento relativo a: ¿el Estado puede recuperar el dinero que le pagó a un tercero por concepto de una indemnización que se originó en la conducta negligente de uno de sus empleados? En desarrollo del caso concreto, el hecho que originó este pronunciamiento fue el choque de un automóvil conducido por un empleado de manera negligente que causó un daño. De manera específica en este caso se dijo que:

[...] si el gobierno ha satisfecho un reclamo que se hace a causa de una colisión entre un camión que transportaba correo y un automóvil privado, a nuestro juicio, eso debería ser el final. Después de que el reclamante haya obtenido la satisfacción del reclamo del Gobierno, ya sea por sentencia o por laudo administrativo, él no debería poder dar la vuelta y demandar el conductor en la demanda presentada en su contra, y por lo tanto continuará con una carga muy sustancial que el gobierno ha tenido que soportar al llevar a cabo la defensa de los conductores de correos y otros empleados del Gobierno. (*United States v. Gilman*, 347 U.S. 507 (1954), 1954).

Sea del caso agregar que cuando se configura un daño por negligencia grave, el remedio que se propone es despedir a quien lo causó.

En consecuencia, en EE.UU. no existe la acción de repetición con respecto a los daños ocasionados por las faltas de servicio, mientras que son los propios funcionarios quienes responden directamente por las faltas personales.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (Foreign Corrupt Practices Act o FCPA) señala que “toda empresa o persona estadounidense que realice ofrecimientos, promesas o emita algún pago a servidores públicos, partidos políticos o candidatos extranjeros, con el fin de beneficiarse económicamente de esta acción, está sujeta a fuertes sanciones económicas” (Gobierno de España, 2019), situación que sugiere una responsabilidad directa de los funcionarios en estos casos.

3.3. Francia

3.3.1. Naturaleza jurídica

En Francia existe una acción denominada “*action récursoire*” o “acción recursoria” que hace referencia a la “posibilidad que tiene la persona condenada en lugar de la otra (administración o agente) para volverse contra esta última con el fin de obtener de parte de ella el pago de lo que le debe” (Duque, 2013). Dicha acción permite que una persona que ha reparado, amistosa o por condena, un daño que no había causado o del que no era el autor exclusivo, pueda luego ejercer un recurso contra la persona realmente responsable para obtener el reembolso de las sumas pagadas (Dalloz, 2019).

Sea del caso señalar que, en relación con la falla del servicio, el tribunal administrativo tiene competencia para conocer de una acción de responsabilidad y cuando la falla es combinada (falla de servicio y falla personal), la responsabilidad de la administración debe ser dirimida ante la jurisdicción administrativa.

Así, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado francés (Laruelle & Delville, 1951) “aunque las entidades públicas no pueden exigir a sus funcionarios y agentes que asuman responsabilidad pecuniaria alguna por las consecuencias perjudiciales de sus faltas de servicio, no ocurre lo mismo cuando el perjuicio causado a dichas entidades es imputable a unas faltas personales, disociables del ejercicio de sus funciones” (Grands Arrêts et al., 2017). Sobre este aspecto, recuérdese que este fallo se instruye por cuenta de un accidente de tránsito en el cual el señor Laurelle se encontraba en estado de embriaguez y en su condición de suboficial de los cuerpos especiales de funcionarios civiles de repatriación y empleado del Ministerio de Reconstrucción y Urbanismo, arrolló el 15 de junio de 1945 a la señora Marchand, entre otras razones porque estaban en mal estado los frenos de la camioneta. Según da cuenta el expediente en cita (Laruelle & Delville, 1951), el suboficial estaba utilizando un vehículo militar fuera del servicio y lo hacía para fines personales, situación que fue considerada como una falta personal que culminó con el pago de una cuantía específica en contra del Estado y a favor de los afectados, que posteriormente dio lugar a que la administración ejerciera la acción de recurso contra su mandatario y por consiguiente

este desembolsara o pagara los daños y perjuicios cometidos por una falta cometida por él (Grands Arrêts et al., 2017).

Sobre este aspecto en particular, Soler Pedroza & Jiménez (2009) agrega que “a partir del fallo Laureulle y Delville de 28 de julio de 1951 proferido por el Consejo de Estado Francés, se consideró que aún en los casos de responsabilidad personal cometidas en el ejercicio de sus funciones o fuera de ellas, por regla general, el funcionario debía responder ante la administración, la cual podía repetir en forma directa, o como consecuencia del llamamiento en garantía”. De igual modo, en los casos en los que el agente estuviese insolvente, “la responsabilidad entre administración y sus agentes no se excluía, sino que era concurrente, y en consecuencia, podía ser demandado el agente, la administración o ambos, con la posibilidad para el Estado de adelantar la acción de repetición” (Soler Pedroza & Jiménez, 2009; Rodríguez, 2005: 482-483; García & Fernández, 1977: 405). En otras palabras, el funcionario “responde pecuniariamente ante la administración por las consecuencias perjudiciales de sus faltas personales” (Soler Pedroza & Jiménez, 2009). Además, es pertinente indicar que esta acción es una acción original, autónoma y jurisdiccional como quiera que la competencia para conocer de la misma está atribuida a los jueces.

Es del caso resaltar que el funcionario que comete una falta personal no puede en ningún caso “alegar contra la administración las deficiencias de vigilancia de las que fue objeto” tal y como se señala en el fallo del Consejo de Estado francés del 28 de julio de 1951, en el Fallo de Laruelle (Grands Arrêts et al., 2017) y que el hecho constitutivo de falta de servicio puede eventualmente involucrar al agente desde el ámbito de la responsabilidad penal (Soykurt, 2022).

3.3.2. Legitimidad para ejercitar la acción

Respecto del uso de esta figura por parte de los funcionarios públicos, se tiene que la acción de recurso permite que éstos cuando han sido procesados y condenados por falta de servicio (es decir una falta cometida por un agente en el ejercicio de sus funciones) se vuelvan contra la administración en casos en donde las responsabilidades son compartidas (falta personal y falta de servicio) a fin de obtener el

reembolso de la Administración de parte de la indemnización pagada a la víctima (Soykurt, 2022).

Del mismo modo, cuando es la administración la condenada por una falta personal, es ésta la legitimada para ejercer la acción de recurso contra el funcionario público infractor con la finalidad de recuperar la suma pagada a título de indemnización.

En otras palabras, cuando es generalmente la Administración la que sirve de garante “para que éstas no tengan que sufrir las consecuencias de los daños y perjuicios de los actos de los agentes y/o de su insolvencia” (Roques, 1991), es el Estado quien repite contra el agente por los daños que se hayan ocasionado y por los cuales ha sido condenado con el fin de recuperar el dinero gastado en el pago de las reparaciones (Gómez Gil, 2015), y cuando es el agente quien le pagó una indemnización a la víctima por la totalidad del perjuicio causado, es procedente demandar a la Administración para recuperar la totalidad o la parte de la indemnización pagada, ante los tribunales administrativos (Grands Arrêts, *et. al.*, 2017).

3.3.3. Requisitos para su ejercicio

Conforme a la Ley del 5 de abril de 1973 (referente a quienes integran la educación pública o privada) o la Ley del 18 de enero de 1979 (relacionada con la responsabilidad del Estado por los actos de sus jueces) la acción sólo es posible en el caso en que se decrete la responsabilidad del Estado, y si la falta se comete con culpa personal o falta grave (Roques, 1991). En los casos en los que exista una culpa personal y una culpa de servicio de manera concurrente, la Administración debe hacerse cargo de la parte del daño causado por la falta de servicio (Roques, 1991). Ha de recordarse que esta controversia se resuelve ante la jurisdicción administrativa “la única competente para pronunciarse” (Grands Arrêts, *et. al.*, 2017).

De otra parte, en el caso de Francia, el daño no necesariamente debe ser establecido por sentencia judicial condenatoria, basta con que exista una solución amistosa entre la Administración y la persona afectada, que haya sido formalizada por una transacción concluida (Faute personnelle, action récursoire et transaction, s. f.).

3.3.4. Caducidad

El plazo de caducidad o el “*delai de forclusion o délai préfik*” es un tiempo o plazo estricto de cumplimiento para realizar una actuación determinada, sin embargo, para el alcance de esta investigación no fue posible evidenciar lo relativo al plazo para interponer la acción de la referencia.

3.3.5. Nivel de eficacia de la acción

Según Roques (1991), la acción contra el agente infractor es poco efectiva cuando en un contexto de faltas acumulativas, por ejemplo, la existencia de una falta personal y una de servicio, se debe distribuir la responsabilidad entre la administración y el agente. En el mismo sentido, Hauriou (citado por Roques, 1991) sostiene que “es permisible ser escéptico sobre la eficacia de las acciones”, entre otras razones porque “sólo ha llegado un caso en el Tribunal Supremo” (Casadellá Sánchez, 2014).

A diferencia de lo dicho por los anteriores autores, otros califican a esta acción como “una “institución esencial” para cerrar de forma equilibrada el sistema de responsabilidad objetiva de la Administración Pública” (Fortes González, 2013). Finalmente, y a juicio de los jurisconsultos, existe la responsabilidad personal de los funcionarios frente a la Administración “cuando ésta ha tenido que indemnizar a las víctimas por hechos que ellos cometieron” a fin de conseguir la “moralización de la función pública” (Grands Arrêts, *et. al.*, 2017).

3.3.6. Vínculo con la corrupción

Según las fuentes consultadas, no se evidencia en el sistema francés un vínculo expreso entre la acción de repetición y la lucha contra la corrupción (en particular, la asociada al COT).

3.4. Análisis comparado

Según Pierry Arrau (1995), en España y Francia la acción de repetición contra los funcionarios tiene lugar en principio en sede administrativa, y en caso de que el funcionario no esté de acuerdo con la orden de reintegro, puede interponer el recurso contencioso para convertir el asunto en judicial.

Esta figura jurídica en España y Francia puede originarse por la condena al Estado por razón de una falta personal o un “efecto combinado de la falta de un servicio público y de la falta personal de un agente de dicho servicio” (Grands Arrêts, *et. al.*, 2017).

Los administrados, afectados o víctimas, en Francia pueden hacer uso de dos mecanismos para solicitar ante los tribunales administrativos la indemnización por la totalidad de los perjuicios causados a la Administración, de una parte haciendo uso de este mecanismo para demandar única y exclusivamente al Estado, o, dos solicitando “en función de la existencia y la gravedad de las faltas respectivas constatadas en cada caso concreto, la contribución final a los gastos de reparación que corresponde pagar a la Administración y al agente” (Grands Arrêts, *et. al.*, 2017).

En ambos países europeos, la jurisdicción administrativa es la competente para dirimir el litigio, por tratarse de un tema de responsabilidad que se rige por los principios del derecho público.

En Estados Unidos no se cuenta con una figura que desde la perspectiva estructural sea similar a la descrita en líneas anteriores.

3.4.1. Fortalezas

La acción de repetición como mecanismo de carácter administrativo tiene como propósito implícito que las conductas dolosas o gravemente culposas por parte de los funcionarios no queden impunes. Además, es un mecanismo obligatorio que abandona la vieja postura de la discrecionalidad de la Administración para ejercerla de forma obligatoria (López Gil, 2021).

En España y Francia, existe una doble fase para hacer exigible la responsabilidad, una primera que es la que se pretende de la condena e indemnización por parte del Administración a través de la acción directa, y una segunda en la que se discute la responsabilidad del personal al servicio de la administración pública y en la que “se va a producir una subjetivación de la responsabilidad, pasando a analizarse si la producción del daño se ha generado como consecuencia de una acción dolosa, culposa o en la que ha mediado negligencia grave” (López Gil, 2021), en otras palabras, si:

la víctima de un daño ocasionado por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones tiene, no obstante, la posibilidad de interponer una demanda de reparación, alegando ante el juez ordinario ya sea una responsabilidad por parte de la Administración debido a una falta de servicio, ya sea, en caso de falta personal no asociada con el ejercicio de sus funciones, una responsabilidad por parte del funcionario (Grands Arrêts *et al.*, 2017).

El título de imputación para que la acción de repetición tenga vocación de prosperidad debe ser la existencia de dolo o culpa grave. Los requisitos habilitantes para el ejercicio de la acción de repetición en los diferentes países tienen en común lo siguiente: (a) la declaratoria por vía administrativa (conciliación u otro mecanismo) o judicial de la responsabilidad de la Administración; (b) el pago efectivo de los perjuicios a los administrados o perjudicados; y (c) la conducta gravemente culposa o dolosa del funcionario o persona investida de función pública que haya causado el daño antijurídico o lesivo en nombre del Estado. Este mecanismo está diseñado para “moralizar la función pública haciendo recaer sobre los funcionarios una responsabilidad pecuniaria” (Grands Arrêts, *et. al.*, 2017).

3.4.2. Debilidades

La jurisprudencia inicialmente le impedía a la Administración demandar al agente culpable o eximirlo de toda responsabilidad

ante las víctimas por sus actuaciones²² y los agentes públicos “estaban exentos de responsabilidad frente a la Administración que había indemnizado a las víctimas por las consecuencias de sus faltas personales” (Grands Arrêts *et al.*, 2017).

En España y Francia, el mayor problema que existe es asegurar el regreso de los dineros pagados por la Administración, porque la acción de repetición se enfrenta a los problemas asociados a la insolencia de los empleados públicos y a la falta de uso práctico de este mecanismo que en países como España, fue inicialmente concebido como discrecional para transformarse con el tiempo en obligatorio (Grands Arrêts *et al.*, 2017).

En consecuencia, si bien los países estudiados consideran que, “normativamente”, esta acción es idónea para recuperar los dineros públicos asumidos por las entidades administrativas que han pagado una indemnización, del análisis doctrinario realizado parece demostrarse lo contrario por cuanto que en muy pocas ocasiones el agente causante del daño asume su responsabilidad resarcitoria (Grands Arrêts *et al.*, 2017).

En consecuencia, la falta de eficacia de la acción de repetición hace que se mantenga la necesidad de proteger los derechos de la Administración ante la irresponsabilidad de quienes en su condición de funcionarios públicos causaron los daños que el Estado pagó en los casos en los que se configura la culpa personal del agente.

La responsabilidad patrimonial de los agentes públicos puede conllevar a que “el título ejecutivo se termine convirtiendo o bien en una sanción camuflada, que se dicta sin ninguna garantía, o bien en un medio de presión particularmente detestable” (Grands Arrêts *et al.*, 2017).

Además, desafortunadamente, según las fuentes consultadas, no se evidencia un vínculo estrecho entre la acción de repetición y la lucha contra la corrupción (en particular, la asociada al COT).

²² *Poursines* (CE 28 de marzo de 1924, Rec. 357; D. 1924.3.49, nota Appleton; RD publ. 1924.601, nota Jèze; S. 1926.3.17, nota Hauriou).

4. SISTEMAS LATINOAMERICANOS DE REFERENCIA: ARGENTINA, BRASIL, CHILE, MÉXICO Y PERÚ

4.1. *Argentina*²³

4.1.1. Naturaleza de la acción

De acuerdo con el art. 130 de la Ley Núm. 24.156 de Administración Financiera:

Toda persona física que se desempeñe en las jurisdicciones o entidades sujetas a la competencia de la Auditoría General de la Nación responderá de los daños económicos que por su dolo, culpa o negligencia en el ejercicio de sus funciones sufran los entes mencionados siempre que no se encuentre comprendida en regímenes especiales de responsabilidad patrimonial.

Se trata de una responsabilidad contractual, subjetiva, donde el interés jurídico protegido es el patrimonio estatal.

Antes del año 2014 no existían normas del nivel nacional que regularan específicamente la responsabilidad del Estado. Hasta entonces, regían las normas generales sobre responsabilidad contenidas en el Código Civil y algunas normas específicas sobre el tema. A partir de la sanción de la Ley 26.944, esta situación cambió. Entre otras cuestiones, la normativa innovó en cuanto a la incorporación explícita de la acción de repetición, estableciendo al efecto que:

La actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen. La pretensión resarcitoria contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los tres (3) años.

La ley no precisa si es obligatorio promover la acción de repetición. En palabras de Soler Pedroza & Jiménez (2009) la acción de repetición es una acción civil que resulta procedente cuando los funcionarios públicos cumplen de manera irregular sus funciones y la conduc-

²³ Este acápite se hizo con la colaboración y autoría de la profesora Natalia Soledad Aprile.

ta es desplegada con culpa. Además, se trata de una responsabilidad que es distinta al Estado “aunque algunas veces conlleve también la responsabilidad del Estado”.

4.1.2. Legitimidad para ejercitar la acción

Es competencia del servicio jurídico permanente de cada organismo tramitar la investigación previa y corresponde a la máxima autoridad del organismo decidir si posteriormente deben o no articular la acción judicial contra el funcionario, debiéndose considerar que siempre existe la posibilidad de que este resarza el daño económico previo a dicha acción. En otras palabras, el Estado es quien debe realizar las actuaciones pertinentes a recuperar las sumas abonadas y previamente determinar el porcentaje o el grado de responsabilidad que se le asigna al agente público (Lamoglia, 2015).

4.1.3. Requisitos para el ejercicio de la acción

Cabe destacar que la regulación contenida en la Ley Nacional Núm. 26.944 convive con lo establecido en la Ley Núm. 24.156 que establece que, previo a iniciar las acciones judiciales para perseguir el cobro del daño producido, debe instarse una investigación que se sustancia como información sumaria o sumario de acuerdo al Reglamento de Investigaciones aprobado por Decreto Núm. 467/1999 (Decreto Núm. 1.154/1997 y Resoluciones SiGeN Núm. 192/2002 y 12/2007). Esta investigación preliminar consiste en reunir datos, información, documentación y elementos de convicción que permitan respaldar el inicio de la acción judicial para poder hacer efectiva la responsabilidad patrimonial, siendo en dicha sede donde se decidirá si la persona es o no responsable.

En todo caso, también hay que tener en cuenta que corresponde a las provincias la regulación de la acción de repetición, por ser una figura de carácter procesal.

La responsabilidad del funcionario o de los agentes públicos que en el ejercicio de sus funciones no cumplan o cumplan de manera

irregular e incurran en culpa²⁴ o dolo, se hacen responsables de los daños que causan y por consiguiente pueden ser responsabilizados. (Lamoglia, 2015).

4.1.3. Caducidad de la acción

En el art. 9° de la Ley 26.944 se establece que el plazo para articular la acción de repetición es de tres (3) años a partir de la sentencia en firme que estableció la indemnización.

4.1.4. Nivel de eficacia de la acción

En primer lugar, la Corte Suprema Nacional de Argentina al resolver una controversia asociada con el tema objeto de análisis en este capítulo, indicó que el empleado público adicional a contar con idoneidad técnica o profesional, debe contar con idoneidad ética y moral, porque en los eventos en los que existe una incompatibilidad moral entre la conducta del agente y el desempeño de la función, naturalmente se afecta el patrimonio público (Expediente 4103/2003, 2008: 4). No obstante, otros autores como Lamoglia (2015), consideran que es difícil conciliar la posibilidad de recuperar el fisco cuando el agente obra sin incurrir en faltas administrativas o no se le ha aplicado sanción alguna.

Otros simplemente señalan que “lamentablemente los juicios se inician contra el Estado para que este después repita contra el funcionario responsable pero esto nunca sucede” (Altamira Gigena, s. f.).

4.1.5. Vínculo de la acción de repetición a la lucha contra la corrupción

De acuerdo con la legislación analizada, se evidencia que esta figura procesal de carácter reservada no forma parte de ningún ins-

²⁴ Según la ley argentina la culpa implica un actuar negligente, impudente o con cierta impericia.

trumento normativo nacional o internacional a través del cual se pretenda prevenir o combatir la corrupción transnacional de forma expresa.

4.2. Brasil

4.2.1. Naturaleza del mecanismo

En este país, el mecanismo procesal se denomina el “*Direito de regresso*”²⁵ y está consagrado normativamente en la Constitución Política de 1988 en el art. 37, XXI numerales 4 y 6²⁶ como una acción civil que se aplica por parte de las personas jurídicas de derecho público y las personas de derecho privado que prestan servicios públicos que deben responder por los daños causados por sus funcionarios por conductas dolosas o culposas a terceros y que tienen el derecho a repetir contra estos (Gómez Gil, 2015).

La disposición normativa antes mencionada es concordante con la Ley 8429 de 1990 que establece que cuando existe un daño a la propiedad pública, independientemente de la conducta cometida, sea ésta dolosa o negligente, el agente público o tercero debe responder con su patrimonio para asegurar la reparación integral por el daño causado al erario, por demás en algunos casos resulta procedente impedir la libre disposición de los bienes e intereses del agente, decretar la pérdida de la función pública, la suspensión de los derechos políticos y la prohibición de contratar con el poder público o recibir beneficios o incentivos fiscales²⁷.

²⁵ Es menester señalar que esta acción al español se traduce como la acción de devolución, acción de retorno o acción regresiva.

²⁶ “El apartado 6 del art. 37 de la constitución autoriza la acción regresiva de la administración pública (o del delegado de servicio público) contra el agente cuya acción causó el daño, siempre que se pruebe el dolo o la culpa en la actuación del agente. Más precisamente, el texto constitucional habla del derecho de regresión, sin especificar que tal derecho debe ser ejercido en su propia acción (acción regresiva), posterior a la acción ejercitada contra la administración (o delegada) por la persona que sufrió el daño (acción de indemnización)”. (Fonséca Júnior, 2019).

²⁷ Siguiendo a Da Costa Moura (2014).

Según Da Costa Moura (2014) este mecanismo procesal tiene como propósitos que en función de la prohibición del enriquecimiento ilícito: (a) se vele por la devolución o reembolso del dinero ante el agente estatal o terceros involucrados, cuando por una actuación u omisión de estos se ha causado daño y se ha indemnizado con recursos del Fisco; y (b) se garantice la preservación del patrimonio público.

Según se evidencia, la jurisprudencia ha dicho que este mecanismo eventualmente se puede ejercer en el mismo proceso en el que se discute la naturaleza de la responsabilidad solidaria (AG 5028384-74.2016.404.0000 5028384-74.2016.404.0000, 2016).

En la República Federativa de Brasil se ha dicho, en relación con la responsabilidad por los actos y omisiones de los órganos y sus agentes, que desde la perspectiva internacional debe tenerse en cuenta que:

Brasil es responsable y debe responder en la esfera internacional por la violación al derecho a la vida cometida por uno de sus funcionarios, así como por los actos y omisiones de sus agentes y órganos encargados de prevenir la comisión de un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos, investigar dicho hecho identificando a los responsables e impulsar la actividad del Estado para sancionarlos. (Comisión Internacional de Derechos Humanos & Organización de los Estados Americanos, 1997).

4.2.2. Caducidad y/o prescripción para el ejercicio de la acción

La acción civil se puede interponer en cualquier momento e incluso después de extinguirse o modificarse el vínculo del servidor con la Administración (Fernandez dos Santos, 2015), lo anterior por cuanto que esta es imprescriptible de conformidad con el art. 37, § 5 de la Constitución Federal que expresamente señala “son imprescriptibles las acciones de reintegro al fisco fundadas en la práctica de un acto doloso tipificado en la ley de improbidad administrativa”.

4.2.3. Requisitos para el ejercicio de la acción

En primer lugar, debe acreditarse la prueba legal del pago de la indemnización realizada en nombre de la persona que causó el daño²⁸,

²⁸ Esto es, debe acreditarse el importe pagado.

seguidamente deben probarse las circunstancias en que se produjo el pago y finalmente debe establecerse el verdadero responsable del daño causado. En este orden, en el evento en que se pruebe que el agente actuó con culpa o dolo, este debe ser condenado a reembolsar a la Administración de forma regresiva la indemnización (Fonsêca Júnior, 2019).

4.2.4. Legitimidad para ejercitar la acción de repetición

La legitimidad por activa para ejercer esta acción es atribuida a las personas jurídicas de derecho público (Administración Pública) y de derecho privado que prestan servicios públicos (o delegadas de servicio público). Importa adicionar que según José Cretella Junior en Fernandez dos Santos (2015), el Estado tiene la potestad y/o el deber de exigir al funcionario público la repetición de la cantidad que el Tesoro Público le pagó a la víctima.

4.2.5. Nivel de eficacia de la acción

La acción tiene como objeto principal recuperar la suma gastada en la reparación de un daño que hizo una persona cuyo daño fue causado individualmente por ella (Conselho Nacional do Ministério Público —CNMP—, 2022). En palabras de Carvalho Filho (2006) en Fonsêca Júnior (2019), el derecho de retorno es el que garantiza que el Estado tenga la posibilidad de dirigir una demanda de indemnización contra el agente responsable del daño y sus sucesores cuando este haya actuado con negligencia o dolo. Según Fonsêca Júnior (2019), aún después de la muerte del mandatario, conforme a la Constitución Federal, pueden ser llamados a responder los sucesores por los dineros por los que fue condenada la Administración.

4.2.6. Vínculo de la acción de repetición a la lucha contra la corrupción

De lo anteriormente descrito se puede inferir que el diseño de este mecanismo previene y combate la corrupción de manera implícita en el entendido que las conductas cometidas u omisivas de los

agentes públicos que afectan o causan perjuicio al fisco deben ser objeto de reembolso en un tiempo razonable. De otra parte, se insiste que conforme al estado del arte, no existe una disposición normativa que de manera expresa enuncie que esta acción puede ser un instrumento eficaz para prevenir y combatir la corrupción y el crimen organizado transnacional.

4.3. Chile

4.3.1. Naturaleza del mecanismo

La acción de repetición persigue el reembolso de lo que se ha pagado en atención a una condena atribuida al Estado. A manera de ilustración, el art. 5 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público dice que “el Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público” (Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, 1999) y que éste podrá repetir contra los funcionarios que ejercen de manera irregular sus funciones.

En igual sentido, el art. 67 de la Ley Orgánica de la Contraloría de la República establece un procedimiento administrativo con el propósito de obtener el reembolso de las sumas pagadas por el Estado cuando se trata de daños causados por actos realizados en ejercicio de las funciones y cuando se configura la falta personal (Pierry Arrau, 1995). Entre tanto, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (1986), en el art. 42 conmina a que “Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho de repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”; las anteriores normas están en consonancia con el art. 2295 del Código Civil que señala:

Si el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado. Sin embargo, cuando una persona a consecuencia de un error suyo ha pagado una deuda ajena, no tendrá derecho de repetición contra el que a consecuencia del pago ha suprimido o cancelado un título necesario para el cobro de su crédito; pero podrá intentar contra el deudor las acciones del acreedor (Código Civil, 2000).

En la sentencia proferida por la Corte Suprema en el año 2002, caso Figueroa con Fisco de Chile, se dijo que el Estado es responsable “por los daños que causan los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado” y que “los órganos de la administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio” (Ferrada Bohorquez, 2020).

4.3.2. Legitimidad por activa para ejercitar la acción

El Estado tiene derecho a repetir en contra del funcionario. Según Ballivian Searle (2013) “A través de esta fórmula, lo que se busca es obtener la reparación por parte del Estado (Fisco) por errores injustificadamente erróneos o arbitrarios que cometa el Ministerio Público (los fiscales en el ejercicio de sus funciones)”. En otras palabras, es el Estado quien tiene el derecho a repetir en contra del funcionario que incurrió en falta personal (Ferrada Bohorquez, 2020).

4.3.3. Requisitos para el ejercicio de la acción de repetición

Los requisitos materiales que deben concurrir para el ejercicio de la acción están encaminados a establecer que la responsabilidad del funcionario que produjo el daño se configure a título de culpa grave o dolo de su parte.

4.3.4. Caducidad y/o prescripción para el ejercicio de la acción

Conforme a la Ley Orgánica Constitucional, la acción para perseguir la responsabilidad patrimonial prescribe en cuatro años contados desde la fecha de la actuación dañina (Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, 1999).

4.3.5. Nivel de eficacia de la acción para recuperar el patrimonio de la Administración

En Chile la “acción in rem verso” o de “repetición” es “la que corresponde a quien ha experimentado un empobrecimiento injustifi-

cado de su patrimonio para obtener una indemnización o restitución de la cosa desde aquel que se ha enriquecido a su costa sin causa injustamente” (Asesoría Normativa, 2022).

4.3.6. Vínculo de la acción de repetición a la lucha contra la corrupción

Hecho el anterior recuento normativo, encontramos que los doctrinarios consideran que la acción de repetición analiza “la responsabilidad civil del funcionario frente al Estado cuando ha tenido lugar la responsabilidad de este ante los particulares”, así mismo que “la responsabilidad del Estado y la del funcionario, no son solidarias” (Pierry Arrau, 1995) y que no existe pronunciamiento alguno, hasta este momento, que consagre que este mecanismo se debe ejercer para contrarrestar los efectos nocivos de la corrupción transnacional, pese al implícito carácter preventivo y restitutivo que la misma ejerce.

4.4. México

4.4.1. Naturaleza de la acción de regreso

La fuente constitucional sobre la cual se erige este mecanismo está descrita en principio en el art. 111 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917) y señala que tratándose de las demandas del orden civil que se entablen contra cualquier servidor público, no requerirán declaración de procedencia y que “tratándose de delitos por cuya comisión el autor obtenga un beneficio económico o cause daños o perjuicios patrimoniales, deberán graduarse de acuerdo con el lucro obtenido y con la necesidad de satisfacer los daños y perjuicios causados por su conducta ilícita”.

Del mismo modo y a diferencia de los demás países, en el art. 113 de la norma constitucional en cita, se establece que el Sistema Nacional Anticorrupción como instancia de coordinación²⁹ contará con

²⁹ Coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos.

un Comité Coordinador³⁰ y un Comité de Participación Ciudadana del Sistema³¹. Respecto del Comité Coordinador del Sistema, la norma dice que este velará por:

- a) El establecimiento de mecanismos de coordinación con los sistemas locales; b) El diseño y promoción de políticas integrales en materia de fiscalización y control de recursos públicos, de prevención, control y disuasión de faltas administrativas y hechos de corrupción, en especial sobre las causas que los generan; c) La determinación de los mecanismos de suministro, intercambio, sistematización y actualización de la información que sobre estas materias generen las instituciones competentes de los órdenes de gobierno; d) El establecimiento de bases y principios para la efectiva coordinación de las autoridades de los órdenes de gobierno en materia de fiscalización y control de los recursos públicos; e) La elaboración de un informe anual que contenga los avances y resultados del ejercicio de sus funciones y de la aplicación de políticas y programas en la materia.

Adicionalmente señala que en el informe se podrán emitir recomendaciones no vinculantes a las autoridades, con el objeto de adoptar medidas dirigidas al fortalecimiento institucional para la prevención de faltas administrativas y los hechos de corrupción, así como al mejoramiento de su desempeño y del control interno. Así mismo, agrega que “las autoridades destinatarias de las recomendaciones informarán al Comité sobre la atención que brinden a las mismas. Las entidades federativas establecerán sistemas locales anticorrupción con el objeto de coordinar a las autoridades locales competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917).

³⁰ Integrado por “los titulares de la Auditoría Superior de la Federación; de la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción; de la secretaría del Ejecutivo Federal responsable del control interno; por el presidente del Tribunal Federal de Justicia Administrativa; el presidente del organismo garante que establece el art.art. 6o. de esta Constitución; así como por un representante del Consejo de la Judicatura Federal y otro del Comité de Participación Ciudadana”.

³¹ Integrado por “cinco ciudadanos que se hayan destacado por su contribución a la transparencia, la rendición de cuentas o el combate a la corrupción y serán designados en los términos que establezca la ley”.

Las disposiciones constitucionales antes citadas están en concordancia con el art. 1928 que dice que el que paga los daños y perjuicios causados por sus sirvientes, empleados, funcionarios y operarios, puede repetir de ellos lo que hubiere pagado (Código Civil Federal, 1928).

4.4.2. Legitimidad para ejercitarla

Está legitimado para ejercer esta acción quien satisface la indemnización a la víctima por los daños causados imputables a la responsabilidad del auxiliar (Casadellá Sánchez, 2014).

4.4.3. Requisitos para su ejercicio

Una vez satisfecha la indemnización se puede ejercer la acción de repetición con la finalidad de recuperar parte de la indemnización pagada, como quiera que quien causa el daño, necesariamente debe responder por él, en especial cuando el empleado comete una “*faute personnel*”, es decir, cuando el dependiente actuó con dolo o culpa grave.

4.4.4. Caducidad

Conforme a la bibliografía citada y dado el alcance de esta investigación, no fue posible identificar lo relativo al plazo para interponer la acción de la referencia.

4.4.5. Nivel de eficacia para recuperar el patrimonio de la administración y para establecer la integridad y probidad en el ejercicio de la función administrativa

Se considera que la acción de regreso incentiva a que las personas actúen de forma diligente; sin embargo existen pocos pronunciamientos sobre acciones de regreso ejercitadas contra los agentes y menos aún sentencias en las que se exija el referido regreso (Casadellá Sánchez, 2014) en consideración a los problemas habituales

de insolvencia, los actos en los que la culpa no reviste de gravedad y otros, al punto de considerarse que esta norma casi que es obsoleta en la realidad social.

4.4.6. Vínculo de la acción de repetición a la lucha contra la corrupción

Lo anterior permite inferir que aun cuando este mecanismo tiene incidencia en la fiscalización y control de los recursos públicos por cuenta del Sistema Nacional Anticorrupción, no se advierte lo mismo respecto de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional.

4.5. Perú

4.5.1. Naturaleza de la figura procesal

El fundamento normativo amplio se encuentra en el Código Civil Peruano que dice que “el pago indebido lo incorporamos al finalizar la materia del pago normal por una razón de manifiesta afinidad entre ambos”. Algunos principios que rigen la repetición son los siguientes: que el *accipiens* haya obrado de buena o de mala fe, que al *accipiens* que debe restituir la cosa recibida incurra en mora, que se establezca quien efectuó el pago indebido, “para saber si sólo puede dirigirse contra el accipiens, o si puede proseguirse contra cualquier persona en cuyas manos se encontrare la cosa” (Moisset de Espanés, s. f.).

El profesor Luciano Barchi Velaochaga al referirse a los mecanismos de recuperación cuando se presenta un supuesto de pérdida patrimonial a causa del pago de una obligación ajena, sostiene que “de acuerdo con el Código Civil Peruano, el derecho de reembolso se justifica sobre la base de los principios del enriquecimiento sin causa” (Barchi Velaochaga, 2013).

Tratándose específicamente del tipo de responsabilidades en las que pueden incurrir los servidores y funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, se dice que se incurre en responsabilidad civil cuando los servidores públicos hayan ocasionado un daño económico al Estado, incumpliendo sus funciones por dolo o culpa. En virtud

de lo anterior, la obligación de resarcimiento es de carácter solidaria y contractual.

4.5.2. Legitimidad y medidas cautelares

En Perú, si bien la culpa o responsabilidad penal difiere de la responsabilidad civil, se estima pertinente resaltar que el uso de medidas cautelares reales de naturaleza patrimonial como el embargo³² en forma de inscripción dirigido a bienes muebles o inmuebles inscritos en registros públicos o en forma de inscripción³³, y el secuestro es frecuente, máxime cuando se trata de los asuntos de corrupción y crimen organizado de los que conoce la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada.

4.5.3. Requisitos

La responsabilidad civil extracontractual subjetiva, conforme el art. 1669 del Código Civil peruano indica que “aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”, es decir que para que se materialice la obligación de indemnizar deben concurrir los siguientes elementos: (a) la antijuridicidad; (b) el factor de atribución; (c) el nexo causal o relación de caducidad; y (d) el daño.

A propósito de lo anterior, Rivera Baca (2022) considera que:

[...] la diligencia que podría exigirse corresponde al o los funcionarios responsables de su *lex artis*, es decir, estará en relación a cómo se hubiese comportado otro en las mismas circunstancias, esta es, establecida dentro de un proceso civil, en donde surja la obligación de indemnizar deben concurrir elementos indispensables entre ellos, la relación de causalidad entre la conducta atribuida con el daño causado y el factor de atribución.

³² En Perú el embargo es una medida de afectación jurídica de los bienes libres o derechos embargables del imputado y del tercero civil (Apelación de auto sobre medida cautelar de embargo en forma de inscripción y orden de inhibición, 2022).

³³ Se realiza mediante una anotación en la ficha registral correspondiente.

Adicionalmente, “se debe también tener presente que en la actuación del funcionario o servidor público se debe ser más exigente que en el caso del profesional o técnico privado dado que ejerce el poder estatal y administra recursos públicos” (Rivera Baca, 2022).

4.5.4. Caducidad y/o prescripción

La acción prescribe a los 10 años de ocurridos los hechos que generan el daño económico. Según el profesor Fernando Rivera, “el plazo de prescripción corre a partir del momento en que se puede ejercitar el derecho de acción, es decir, desde el momento en que el daño puede ser probado; y no desde que se toma conocimiento del hecho generador del daño” (Rivera Baca, 2022).

4.5.5. Nivel de eficacia para recuperar el patrimonio y establecer la integridad y la probidad pública

Se considera que en Perú el incumplimiento de la función por dolo o culpa, inexcusable o leve, es una variante interesante que debe ponerse a consideración, como quiera que según se ha consignado en algunos apartes:

[...] la razón por la cual en este supuesto se responde por culpa leve y no solo por culpa inexcusable o dolo es por cuanto a diferencia del supuesto de la responsabilidad civil por servicios profesionales o técnicos de especial dificultad previsto en el artículo 1762 del Código Civil, las labores o tareas que desempeña el funcionario o servidor no son ordinariamente de “especial dificultad”, lo cual si bien pudiera ocurrir constituyen situaciones extraordinarias que no pueden ser materia de la fórmula o concepto general. A ello se agrega que su actuación por lo general está reglada y la discrecionalidad que se le otorga está condicionada [...] Otra razón significativa para imputarle responsabilidad civil por culpa leve, que además es perfectamente posible en nuestro ordenamiento civil vigente, estriba en el hecho que siendo el servidor o funcionario público un sujeto de derecho al que el Estado le delega no solo una cuota de poder sino la administración de recursos públicos debe tener como correlato un especial deber de cuidado de su actuación funcional (Rivera Baca, 2022).

Si bien es cierto la postura de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada, no tiene estrecha relación con la acción de repetición, es claro que este sistema de justicia especializada demuestra un nivel de eficiencia que debería replicarse en los países de Latinoamérica y el mundo, como quiera que lo que debe primar es la protección del erario, la repatriación de los activos y la lucha frontal contra la corrupción y el crimen organizado transnacional.

4.5.6. Vínculo de la acción de repetición a la lucha contra la corrupción

En Perú es pertinente resaltar la creación en el año 2018 de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada³⁴ que tiene como función específica atender casos vinculados con el crimen organizado y la corrupción de los funcionarios. Los jueces de esta jurisdicción especial han logrado repatriar activos provenientes de actos ilícitos confiscados y han creado subsistemas de extinción de dominio orientados contra los bienes y fortunas adquiridas o derivadas de actividades ilícitas vinculadas al crimen organizado. De manera concreta, esta justicia especializada para el año 2020, recuperó más de S/140 millones al erario, en el año 2021 se extinguieron bienes patrimoniales en favor del Estado por S/32 millones y en lo que va del año 2022 se han recuperado S/18 millones. Agrega la Magistrada Janet Tello Gilardi que existe una expectativa de recuperación de

³⁴ Por ejemplo, en materia de corrupción de funcionarios cuenta con Juzgados de investigación preparatoria nacional permanente, Juzgados Penales Unipersonales Nacional Permanente y Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializados en delitos de corrupción de funcionarios de competencia del orden nacional. En tratándose del Crimen Organizado están los Juzgados de Investigación Preparatoria Nacional, los Juzgados Penales Unipersonales Nacional Permanente, las Salas Penales de Apelaciones Nacional Permanente, los Órganos Jurisdiccionales con el código de procedimientos penales y los Juzgados Penales Supraprovincial Transitorio. Vid.: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/csnjpe/s_csnjpe/as_juri/as_crimen_org/as_comp_nacional/c_comp_nac?contentIDR=de2824804a277c7c84dbfdb1377c37fd&useDefaultText=0&useDefaultDesc=0.

S/130 millones en razón al amparo de 277 medidas cautelares que se han presentado durante el año 2022 (Gobierno del Perú, 2022).

4.6. Análisis comparado

4.6.1. Fortalezas

En los países latinoamericanos es necesario insistir en el diseño de mecanismos que fortalezcan la moral pública y los valores éticos de la gestión pública, pues más allá de discutirse la eficacia de los mecanismos procesales correctivos, resarcitorios o sancionatorios, se hace imprescindible robustecer las reglas del correcto, eficiente y eficaz ejercicio de la función pública a través de técnicas de liderazgo político y buena gobernanza.

El mecanismo de repetición, constitucional, legal y jurisprudencialmente persigue que, en los países antes mencionados, el agente público que en ejercicio de sus funciones cause un daño a un tercero, debe reponer o recuperar la cantidad de dinero que la Administración Pública le pagó a la persona que sufrió el daño.

Desde la perspectiva de Doménech Pascual (Fortes González, 2013) “lo determinante a los efectos de hacer responsable a una persona por un daño no es que éste haya sido causado por aquella, sino que tal solución sea la que probablemente procure un mayor bienestar social, al minimizar la suma de todos los costes que para la comunidad encierran semejantes daños”.

Los países referidos coinciden en que el sujeto pasivo de la acción siempre será el agente público que causó el daño con dolo o culpa y que el Estado será el sujeto activo y habilitante encargado de ejercitar el mecanismo con la finalidad de asegurar el derecho de proteger el erario y los principios de soberanía e interés público.

Los sujetos pasivos de la acción desde la perspectiva legal y amplia son todos aquellos que desempeñan una función estatal, razón por la cual la figura procesal incluye a las personas físicas o jurídicas de derecho público y de derecho privado que prestan servicios públicos (como en efecto se trata en el caso de Brasil).

En los países analizados, se evidencia que generalmente la víctima interpone la acción de responsabilidad para solicitar la indemnización por los daños y los perjuicios de manera preferente en contra el Estado y que este a su vez, de forma voluntaria, concomitante o concurrente y excepcionalmente, vincula al agente que causó el daño en los casos de dolo o culpa (por ejemplo, a través del llamamiento de garantía en Colombia o la denuncia de la controversia en Brasil³⁵).

La mayoría de los tratadistas coinciden en que la responsabilidad de la Administración³⁶ es más garantista en tratándose del pago de la indemnización para los ciudadanos que han sufrido un daño, en contraste con la responsabilidad personal de los funcionarios (Fortes González, 2013).

La figura de la justicia especializada (Caso Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada en Perú) es un caso que debería observarse con suma atención a nivel internacional como quiera que hasta el momento se ha considerado que es una herramienta eficaz para hacer frente a la delincuencia organizada transnacional y lograr la recuperación de los bienes del Estado.

Es imprescindible fortalecer los escenarios de cooperación internacional y diseñar herramientas conjuntas para combatir la corrupción y el crimen organizado transnacional e incorporar en el escenario internacional o convencional la responsabilidad patrimonial de los servidores y el retorno de los recursos como una cláusula de estricta observancia para todos.

A efecto de materializar lo anterior, se sugiere el diseño conjunto de mecanismos procesales tales como: el embargo (en forma de inscripción y orden de inhibición), el secuestro preventivo, el uso de otras medidas cautelares y garantías que permitan el resarcimiento, retribución y protección del patrimonio público, la preservación de la moralidad administrativa y la eficiencia de la función pública. De igual modo, en virtud de los escenarios de cooperación internacional es factible impulsar estrategias como el mapeo de bases de datos y registros de bienes sospechosos, la implementación de protocolos

³⁵ Art. 71 del CPC.

³⁶ O responsabilidad vicaria o por el hecho de otro.

comunes y el diseño de mecanismos de colaboración transnacionales para garantizar una evolución armónica de legislaciones que protejan el patrimonio de los Estados y velen por la moralidad de la administración pública.

Es necesario fortalecer el intercambio de buenas prácticas, en especial debe analizarse si la adopción de sistemas especializados de justicia a nivel nacional, regional o internacional son la solución a los problemas articulados de la corrupción, el crimen organizado transnacional y la protección del patrimonio público.

El uso de medidas cautelares pese a que en algunos asuntos conlleven afectaciones al derecho de propiedad del funcionario que es procesado, constituyen una garantía de protección para el Estado al momento de pretender la protección del patrimonio público.

4.6.2. Debilidades

En todos los países esta acción tiene establecido un plazo de prescripción por cuenta del principio de la seguridad jurídica, no obstante, en algunos países como en Brasil, se ha planteado la posibilidad de que este mecanismo sea imprescriptible como quiera que lo que se busca es el interés general y la protección efectiva del patrimonio público en perjuicio de los individuos singularmente considerados (Da Costa Moura, 2014). Adicional a ello, se cree que se violaría el principio constitucional de protección del erario público cuando se exime al agente privado de la carga de la prueba de demostrar que no ha perjudicado al patrimonio de la sociedad (Carvalho Filho, 2012).

La Administración siempre responde ante los particulares y de forma directa por los daños ocasionados por los servidores.

Mientras que la Administración Pública debe responder obligatoria e indistintamente de todos los actos que realiza un agente público en ejercicio de su actividad y causa un daño antijurídico, los agentes públicos solamente cuando actúan con culpa o dolo deben responder ante la Administración mediante el ejercicio de la acción de repetición.

En Brasil, en criterio de Fernández dos Santos, la Administración Pública responde objetivamente por los daños causados a un particular, en tanto que el agente público responde ante la Administración de forma subjetiva y en función de la prueba de la culpa o el dolo del agente (Fernandez dos Santos, 2015).

En los procesos de repetición, la mayor dificultad probatoria es demostrar o acreditar que la conducta es culposa o dolosa por parte del funcionario o agente que presuntamente causó el daño o el perjuicio.

Generalmente cuando el sujeto procesal activo reclama del pasivo el reembolso de los dineros, es posible que se configure un riesgo moral por cuanto que, en el mejor de los escenarios, se configura una mora considerable en la devolución de los mismos, y los funcionarios pueden ser potencialmente insolventes o nunca se obtiene el reembolso.

La víctima siempre demanda al Estado y raramente demanda de forma directa al agente del Estado que le causó el daño. Lo anterior, por disposición expresa del ordenamiento jurídico de cada Estado y porque hay mayores probabilidades para la víctima de reclamar y obtener una indemnización de parte del Estado o de una persona de derecho privado que preste servicios públicos, en contraste con la indemnización que recibiría de forma directa de parte de un agente público.

Según se aprecia, Brasil es en el único país en donde la acción regresiva puede extenderse a los sucesores del mandatario³⁷ y la acción de reintegro es imprescriptible porque la finalidad de esta es precisamente lograr el reembolso del erario.

En la mayoría de los países no existe una figura jurídica que le garantice al Estado o a la Administración que quien ocasiona un daño con culpa o dolo y asociado a actos de corrupción (especialmente cuando se encuentre asociada al COT) en su condición de funcionario o exfuncionario debe responder patrimonialmente por este.

³⁷ Tal y como lo especifica el art. 122 de la Ley 8.113/90 que expresamente señala que “la obligación de reparar el daño se extiende a los sucesores y será ejecutada contra ellos, hasta el límite del valor de la herencia recibida”

Los actos de corrupción (especialmente cuando se encuentre asociada al COT) afectan el patrimonio público de cada uno de los Estados, socava los principios de soberanía, Estado social y democrático de derecho y mina el derecho de las personas a reclamar de la Administración el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

Las medidas cautelares no deben ser consideradas como acciones orientadas a perjudicar al funcionario o exfuncionario que se vea implicado en asuntos asociados a la corrupción. Estas lo que buscan es mitigar el riesgo de insolvencia, ocultamiento o desaparición de los bienes.

Si bien es cierto los instrumentos universales y regionales hacen mención a sistemas para recaudar, recuperar o proteger el patrimonio público con ocasión de los actos de corrupción en especial aquellos asociados al crimen organizado transnacional, no existe una figura armónica conexas y efectiva que permita transnacionalmente cumplir con dicho propósito

El mecanismo procesal no debería utilizarse, en tanto que se supone que el ejercicio de la función pública debe estar guiada por la legalidad y la moralidad.

5. EL SISTEMA COLOMBIANO

5.1. *Naturaleza jurídica de la acción de repetición*

La responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado³⁸ por vía de repetición está consagrada en el art. 90 de la Constitución Política de Colombia (1991)³⁹, establece que el Estado, en el evento de que sea condenado a la reparación patrimonial de daños antijurídicos

³⁸ En lo concerniente a la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado como antecedente normativo se puede citar el Decreto Ley 150 de 1976, el Decreto Ley 222 de 1983, el Decreto 150 de 1976, el Decreto 01 de 1984, el Decreto ley 1222 de 1986 y el Decreto 1333 de 1986 (16335, 2008).

³⁹ Adviértase que antes de la Constitución de 1991 no había norma constitucional que regulara de manera expresa la acción de repetición (16335, 2008).

que le sean imputables, y hayan sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de uno de sus agentes, debe repetir contra este último. Sin embargo, fue la Ley 80, del 28 de octubre de 1993 (Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, 1993), la que, por primera vez, acuñó el término “repetición” como mecanismo procesal al establecer en su art. 54 que:

En caso de condena a cargo de una entidad por hechos u omisiones imputables a título de dolo o culpa grave de un servidor público, la entidad, el ministerio público, cualquier persona u oficiosamente el juez competente, iniciarán la respectiva acción de repetición, siempre y cuando aquél no hubiere sido llamado en garantía de conformidad con las normas vigentes sobre la materia⁴⁰.

La Ley 678, de 3 de agosto de 2001 (Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición., 2001), desarrolló el art. 90 de la Constitución Política, disponiendo que la acción de repetición debe ser entendida como una acción civil de carácter patrimonial⁴¹, “cimentada en la responsabilidad subjetiva del agente público”(AC-01395, 2008), que debe ejercerse en contra del servidor y/o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya generado un reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, que puede originarse en una condena, una conciliación o cualquier otra forma de terminación de un conflicto. Así mismo, según la Ley 678, la acción de repetición puede ejercerse contra contratistas, interventores, asesores, particulares investidos de funciones públicas, y funcionarios de la rama judicial y

⁴⁰ Así mismo, la Ley 136, de 2 de junio de 1994 (por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones), desarrolla las mencionadas disposiciones en relación con las omisiones antijurídicas de las autoridades municipales al establecer que “darán lugar a indemnizar los daños causados y a repetir contra los funcionarios responsables de los mismos”.

⁴¹ Es civil porque se ejerce contra una persona natural, aunque autores como Torres Calderón (2005) señalan que es “una acción regida en un todo por el derecho público”.

de la justicia penal militar. Esto supone una importante extensión del ámbito de sujetos pasivos frente a quien se puede ejercer, ya que antes solo cabía su ejercicio frente a quienes realizaban actividades contractuales (Sentencia 00037 de 2013, 2013: 00), lo que implica un mayor compromiso por todos los agentes estatales de prestar un mejor servicio público, fortalecer la democracia y desarrollar íntegra, ética y legalmente la función pública (Valores del Servicio Público. Código de Integridad, 2019).

En consecuencia, se puede afirmar que la Ley 678 configuró la acción de retribución como un mecanismo procesal preventivo y retributivo, que busca garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública a través del deber legal de su ejercicio (o, al menos, el llamamiento de garantía⁴²), cuando el daño causado se haya originado como consecuencia de las conductas dolosas o gravemente culposas realizadas por los agentes del Estado. En este sentido, la Circular del 24 de mayo de 2006, expedida por el Director de Defensa Judicial del Ministerio de Justicia, subraya que la acción de repetición es un “mecanismo moralizador y de mejora de la eficiencia de la administración pública” (Rincón Grajales & Gallego López, 2011).

La acción de repetición se recoge también en el art. 142 de la Ley 1437, del 18 de enero de 2011 (Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 2011)⁴³. Asimismo, la Ley 1474, del 12 de julio de 2011 (Por la cual se

⁴² Generalmente esta figura procesal se utiliza cuando tratándose de los procesos de responsabilidad en contra del Estado relativos a controversias contractuales, reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad o el ministerio público llaman en garantía al agente del Estado que aparecer desplegó la acción u omisión que causó el daño del cual se reclama la responsabilidad del Estado.

⁴³ El art. 142 de la Ley 1437 (2011) señala que cuando el Estado haya realizado algún tipo de reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sea consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad respectiva debe repetir contra estos, por lo pagado de manera autónoma o dentro del proceso a través del mecanismo del llamamiento en garantía con fines de repetición. Con anterioridad, los arts. 77 y 78 del Decreto 01, de 2 de enero de 1984, (Por el cual se reforma el Código Con-

dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, 2011), otorga a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio de Justicia y del Derecho, la facultad de iniciar las acciones de repetición pertinentes, como medida administrativa para la lucha contra la corrupción.

Con base en lo anterior, la Corte Constitucional, ha afirmado que la acción de repetición fue concebida como:

[...] un instrumento resarcitorio, disuasivo y retributivo, con el propósito de que los agentes del Estado sean conscientes de que sus conductas por fuera de los parámetros de la adecuada gestión pública pueden tener consecuencias patrimoniales muy gravosas, así como que no es gratuito actuar al margen de la ley o con manifiesta negligencia en el cumplimiento de sus deberes funcionales (Sentencia SU354/20, 2020).

Por su parte, el Consejo de Estado ha subrayado que la acción de repetición tiene un carácter patrimonial, subsidiario, resarcitorio, preventivo y retributivo (Consejo de Estado, 2022).

5.2. Legitimidad para ejercitar la acción de repetición

Respecto de la legitimación para ejercitar la acción de repetición se expresa que el representante de la persona jurídica de derecho público directamente afectada por el pago de una condena, conciliación o cualquier otra forma de solución de conflictos, debe, en un plazo de 6 meses desde la finalización del pago, ejercitar este mecanismo procesal so pena de estar incurso en falta disciplinaria⁴⁴. En el evento de que no lo haga la entidad afectada, el Ministerio Público,

tencioso Administrativo, 1984), señalaban que los funcionarios serían responsables de los daños que causaren por culpa grave o dolo en ejercicio de sus funciones y que los interesados o perjudicados podían demandar a la entidad o al funcionario o a ambos.

⁴⁴ Según la Ley 2195, la entidad pública o el Ministerio Público puede también solicitar el llamamiento en garantía del agente identificado como aquel que desplegó una acción u omisión que causó un daño, dentro de los procesos de responsabilidad en contra del Estado relativos a controversias contractuales, reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho.

el Ministerio de Justicia y del Derecho a través de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, o incluso los particulares podrán requerir a las entidades legitimadas para instaurar la acción.

5.3. Requisitos para el ejercicio de la acción de repetición

Los siguientes elementos deben acreditarse para que la acción de repetición resulte exitosa: (a) la existencia de una condena judicial o de un acuerdo conciliatorio que imponga el pago de una obligación a cargo del Estado; (b) el pago efectivo de la indemnización por parte de la entidad estatal; (c) la calidad de servidor o ex servidor público o de particular que cumple funciones públicas; (d) el actuar doloso o gravemente culposo del servidor público o del particular que cumple funciones públicas; y (e) la relación de que esa conducta dolosa o gravemente culposa fue la causante del daño antijurídico (47535, 2021)⁴⁵.

5.4. Caducidad para el ejercicio de la acción de repetición y medidas cautelares

La acción de repetición de conformidad con el art. 42 de la Ley 2195, del 18 de enero de 2022 (Ley por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dicán otras disposiciones, 2022) y el art. 142 de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011 (Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 2011) caduca al vencimiento del plazo de los cinco años contados a partir del día siguiente a la fecha del pago, o, a más tardar desde el vencimiento del plazo con que cuenta la administración para el pago de las condenas de conformidad con lo previsto en el art. 192 del

⁴⁵ No existe, por tanto, responsabilidad patrimonial del funcionario o del agente público si no hay prueba de que su actuar es doloso o gravemente culposo. Además, al Estado le corresponde probar el pago efectivo de la indemnización contenida en la sentencia, acta de conciliación o cualquier otro mecanismo alternativo de solución de conflictos por conducta dolosa o gravemente culposa del agente procesado.

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

Respecto de las medidas cautelares, taxativamente señalan los arts. 45 y 47 de la Ley 2195 del 18 de enero de 2022 que son procedentes las medidas de embargo y secuestro de los bienes sujetos a registro del demandado según las reglas del Código General del Proceso. Así mismo, es procedente el embargo de salarios.

5.5. Nivel de eficacia de la acción de repetición para recuperar el patrimonio de la administración y para establecer la integridad y probidad en el ejercicio de la función administrativa

Son numerosas las fuentes que subrayan la falta de eficacia de la acción de repetición en el ordenamiento jurídico colombiano. En primer lugar, para Molina Betancur & Cañón Solano (2008), la corrupción administrativa es desproporcionada en relación con las acciones de repetición, lo que hasta 2007 había provocado que “no existi[era] ni un solo fallo de repetición en firme hasta diciembre de 2003, los proferidos a finales de 2006 y en el primer semestre de 2007 han sido negativos o revocados por ausencia de prueba de la culpa grave o dolo o por razones de forma como la prueba del pago de la condena”.

En segundo lugar, para Torres Calderón (2005), “son muy pocas las acciones de repetición que se fallan en contra de los servidores públicos demandados, y lo que es peor, en la casi totalidad de los casos, la condena se vuelve totalmente simbólica, por imposibilidad absoluta de pago del servidor público sancionado”. Según el autor, esto se debe en gran medida a que el acta del comité de conciliación, que según la Ley 678 (2001) constituye un requisito de procedibilidad, no es con frecuencia objetivo porque los integrantes de dicho comité pueden tener vínculos de dependencia o amistad con los funcionarios presuntamente involucrados, lo que sugeriría que la imparcialidad de los funcionarios de dicho comité podría verse afectada (Torres Calderón, 2005).

En tercer lugar, con base en un estudio realizado en los distritos judiciales de Neiva, Florencia, Popayán, Ibagué y Bogotá entre 2001

(fecha de entrada en vigor de la Ley 678) y 2009 (fecha de conclusión del estudio), en el que se encontraron 455 procesos adelantados a través de este mecanismo (que fueron sometidos a un análisis cuantitativo-descriptivo), Aljach Rayo, *et. al.* (2009) concluyen que esta herramienta es ineficiente para realizar reposiciones al erario público porque: (a) falta el compromiso de “los representantes legales de las entidades públicas en hacer uso de este instrumento”; y (b) ante la ausencia de análisis serios de carácter procesal, sustancial y probatorio, “la acción de repetición solo se ha convertido en un formalismo y no una herramienta para reponer lo que se ha perdido por culpa de sus mismos administradores”.

En cuarto lugar, Duque Sánchez (2012) sostiene, a partir del análisis de las sentencias proferidas por el Consejo de Estado en el periodo 2005-2010, que algunas de entre las causas de la inoperancia de la Ley 678 (2001) para proteger el patrimonio público destacan las siguientes: (a) la inexistencia de un efecto inmediato por el retraso en los procesos judiciales (los procesos duran un promedio de 9,8 años, llegando incluso en ocasiones hasta los 16 años); (b) la negligencia de los servidores públicos; y (c) la ausencia de efectos significativos en la salvaguarda de los recursos públicos.

De hecho, el estudio reveló que “en la segunda instancia tramitada en el Consejo de Estado, el 75% de las sentencias absuelven al agente estatal”, entre otras cosas por temas probatorios. En consecuencia, para Duque Sánchez (2012), ante esta situación, y al existir un grave problema de detrimento al patrimonio público por cuenta de las altas condenas en contra del Estado que superan los 700 billones de pesos, se hace necesario analizar los mecanismos para salvaguardar o recuperar el patrimonio a partir de la consolidación de la ética pública a favor de la moralidad y la eficiencia.

En quinto lugar, Acero Sánchez (2010) afirma que “la ineficacia de la norma es atribuible a un complejo esquema político administrativo que impide su aplicación real y efectiva, pues al no haber sentencias ejemplarizantes donde se afecte el patrimonio real de los comprometidos en la causa, no hay precedente emocional y social por la conducta reprochable y la norma entra a engrosar el archivo nacional”.

En sexto lugar, Amaya, *et. al.* (2010) ponen el acento en que “las razones del incumplimiento pasan por la negligencia completa de la entidad (cuando no se repite aun habiéndose cumplido los requisitos), así como la ineficiencia de todo el aparato jurisdiccional que conlleva a los altos índices de impunidad”, lo cual se “asocia con problemas de desigualdad social, ineficacia administrativa, formalismos y cultura litigiosa, excesiva oferta judicial, precariedad y desarticulación investigativa”.

En séptimo lugar, Jiménez & Soler Pedroza (2012), tras analizar las sentencias relativas a acciones de repetición proferidas durante el periodo 2006 a 2010 por la Sección Tercera del Consejo de Estado, concluyen que solo el 13,5% de la totalidad de los procesos indagados condujeron a la repetición, y que solo el 12,5% de lo que se pretendía recuperar efectivamente se recuperó. Además, el 84% de los casos se negaron por deficiente sustentación de la demanda en materia probatoria.

En octavo lugar, Bustos Ortega & Rosas Sánchez (2020) afirman, con base en el estudio de las acciones de repetición en el municipio de Florencia (Caquetá) durante el periodo 2010-2016, que la eficiencia de este mecanismo es nula, como quiera que la alcaldía inició solo tres acciones (de las cuales una se archivó) frente a un total de 89 condenas contra el municipio.

En noveno lugar, para Jiménez Barahona (2017), algunas de las principales falencias de la acción de repetición son las siguientes: (a) la falta de objetividad del comité de conciliación de la entidad pública demandada; (b) la deficiente defensa de la entidad pública; (c) la mora judicial; (d) la insolvencia del responsable; y (e) la corrupción, entendida como una causa indirecta que afecta la finalidad de la acción de repetición.

A esta conclusión llega el autor a raíz de situaciones tales como la falta de objetividad del comité de conciliación para adelantar o no la repetición y la falta de celeridad en la justicia administrativa, así como a la luz de un estudio realizado durante los años 2011 a 2015, según el cual el Estado fue condenado en 49.467 ocasiones, teniendo que pagar 4 billones de pesos de los que sólo procuró recuperar solamente 890.769 millones (Jiménez Barahona, 2017).

En décimo lugar, Rodríguez Díaz (2020) subraya que, el análisis de las 52 demandas presentadas entre 2012 y 2018 por el Ministerio de Defensa Nacional en Bogotá y por las entidades del Distrito, permite concluir que “es innegable que gran parte de la responsabilidad de que la acción de repetición no cumpla con la finalidad para la cual fue concebida radica en la rama ejecutiva. Esto es, en las entidades públicas que deben hacer el estudio de la procedencia de la acción de repetición”.

A la luz de lo anterior, está claro que existe un consenso generalizado sobre la falta de eficacia de la acción de repetición para resarcir el daño producido al erario colombiano (Bustos Ortega & Rosas Sánchez, 2020; Rincón Grajales & Gallego López, 2011; Enríquez Burbano, 2017), razón por la cual parecen necesarias reformas importantes si se le quiere dotar de una cierta eficacia, tal y como proponemos en la sección relativa a la estrategia de acción para Colombia.

Sin embargo, no es posible vislumbrar el mismo grado de consenso con respecto al debate sobre si la acción de repetición es un instrumento adecuado, o no, para contribuir a abordar el fenómeno de la corrupción (lo que incluye también los supuestos en que se encuentra asociado al COT). Así, un primer grupo de autores como Rincón Córdoba (2022) afirman en relación con la Ley 2195 de 2022 que, pese a que teóricamente persigue prevenir actos de corrupción, en la práctica constituye una equivocación, en el entendido que “la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos no es un instrumento de lucha contra la corrupción”. Esta posición no es, sin embargo, compartida por un segundo grupo de autores, como Duque Ayala (2013), que estiman que la acción de repetición contra el servidor público se considera como “el mejor instrumento para combatir la corrupción, su eficacia en la práctica sería la portadora del progreso decisivo en el Estado social de derecho y podría perdurar como mecanismo apto para proteger el patrimonio del Estado”.

5.6. Vínculo de la acción de repetición a la lucha contra la corrupción

Recientemente, la Ley 2195, del 18 de enero de 2022 consagra como una de las medidas de prevención y lucha contra la corrupción al mecanismo de repetición, pero su regulación no aborda de

manera expresa lo pertinente a los actos de corrupción asociados al crimen organizado transnacional.

5.7. Fortalezas y debilidades de la acción de repetición en el sistema colombiano respecto de los demás modelos procesales

La acción de repetición por vía administrativa o por vía judicial es considerada como un mecanismo diseñado para proteger el patrimonio público. En el caso de países como Colombia⁴⁶, la acción de repetición es una acción judicial autónoma de carácter resarcitorio, mientras que, en países como Chile, España⁴⁷ y Francia, la acción de repetición o de regreso se tramita por vía administrativa y luego judicial.

En ambos casos (el de naturaleza administrativa y de naturaleza jurisdiccional) se persigue la declaratoria de la responsabilidad patrimonial cuando el Estado o la Administración por razón de una conducta gravemente culposa o dolosa de uno de sus funcionarios o agentes indemniza a un tercero mediante una sentencia judicial condenatoria, un acuerdo conciliatorio u otro acuerdo de naturaleza judicial o extra-judicial. Así mismo, en ambos mecanismos, es la propia Administración quien generalmente está legitimada para hacer uso del mecanismo procesal en aras de satisfacer el interés general y la protección del patrimonio público, pese a que en la práctica tienen un bajo nivel de eficacia.

De igual modo, este mecanismo indistintamente de su naturaleza (administrativa o jurisdiccional) busca en primer lugar prevenir la comisión de actuaciones en las que los funcionarios actúen con culpa grave y dolo e incentivar la materialización del principio de eficacia en la gestión de recursos humanos y públicos (Fortes González,

⁴⁶ En Colombia, la Constitución Política consagró el deber de repetir o cobrarle al funcionario responsable de una condena contra el Estado, el valor de la misma, cuando éste hubiese incurrido en una conducta dolosa o gravemente culposa.

⁴⁷ La acción de regreso es trata de una institución jurídico-administrativa (Fortes González, 2013).

2013). Asimismo, en todos los países esta figura cuenta con un título de imputación que necesariamente debe demostrarse en vía administrativa o judicial y que está asociado con la conducta dolosa, culposa o gravemente culposa.

Respecto a esto último, la Corte Constitucional colombiana ha subrayado que “la responsabilidad de los agentes del Estado surge como consecuencia de un proceso de fortalecimiento del compromiso que debe tener el servidor público con la función o labor que está llamado a desempeñar a favor de la sociedad y en beneficio general” (Sentencia C-965/03, 2003). En el mismo sentido, el ex consejero de Estado Ramiro Pazos Guerrero sostiene que la acción de repetición tiene una función preventiva en tanto que busca disuadir a los agentes públicos a “incurrir deliberadamente o con manifiesta negligencia o imprudencia, en conductas susceptibles de generar daño” pues más allá de ser un instrumento para proteger el patrimonio público, intenta velar por la moralidad administrativa (Consejo de Estado, 2022).

Otra coincidencia de estos dos fenómenos legales está en que indistintamente del mecanismo que se utilice, el problema atinente a garantizar la solvencia suficiente para responderle al Estado es un dilema que amerita una profunda reflexión en todos los países analizados, al punto de considerarse pertinente y necesario crear un sistema transnacional de pólizas⁴⁸ o garantías bancarias para amparar los eventuales perjuicios causados a los Estados.

Otro punto de similitud entre estos mecanismos radica en que el ejercicio de la acción generalmente supone una obligación para el Estado de ejercerla, pese a que en ambos casos la dificultad radica en el aspecto probatorio de acreditar que el funcionario actuó con dolo o culpa grave, situación que desestimula el uso de este mecanismo.

En línea con lo dicho anteriormente, por ejemplo, en Colombia según los informes de litigiosidad de la Agencia Nacional de Defensa

⁴⁸ Pólizas que por cierto serían impagables, máxime en tratándose del riesgo moral que se supone debe tener cobertura y que desestimularía a los trabajadores honestos a quienes no les resulta beneficioso pagar dichas pólizas. (Fortes González, 2013).

Jurídica del Estado, el número de acciones de repetición interpuestas presentan un paulatino descenso desde el año 2020 como quiera que el número de demandas interpuestas presenta una reducción de un 20% en relación con los años anteriores. Además, a febrero de 2022, sólo el 28,6% de los procesos de repetición concluidos en ese período fue a favor de las pretensiones del Estado y solo se ha podido recuperar el 2% del presupuesto que tuvo que invertir el Estado en los pagos relacionados con los mismos (Consejo de Estado, 2022).

La anterior situación es el común denominador advertido en este capítulo, lo que permite concluir que el mecanismo, pese a que legalmente tiene una finalidad clara y proteccionista de los intereses del Estado, no se ha aplicado por considerarse como “un bonito florero que tranquiliza conciencias” (Fortes González, 2013) o porque es ineficiente, máxime cuando ha transcurrido un tiempo considerable entre el hecho lesivo, el pago de la indemnización, el inicio de la acción de repetición y la resolución de la misma.

En este sentido, consideramos que, a pesar de que este mecanismo procesal no está diseñado expresa o exclusivamente para hacer frente ni a la corrupción, ni al COT, puede contribuir a incrementar la eficacia de la respuesta a estos fenómenos, porque, además de comunicar de manera implícita o persuasiva que si un servidor no asume con compromiso ético y rigor legal la función pública e incurrir en actos de corrupción, éste puede ser condenado a restituir con su patrimonio los daños causados y materializados en una sentencia condenatoria en contra del Estado. En otras palabras, podría decirse que la acción de repetición, administrativa o judicial, legalmente está bien diseñada, pero que es ineficiente e inaplicable en la vida real, razón de más para insistir en mecanismos que incentiven la moralidad administrativa, la imparcialidad y el comportamiento ético, riguroso y legal del funcionario.

En consecuencia, y fruto del potencial implícito que tiene la acción de repetición para incrementar la eficacia de la respuesta al fenómeno de la corrupción, es importante que los jueces que valoren estos casos, además de lograr la efectiva restitución patrimonial del Estado, conminen a los servidores, ex servidores o particulares con funciones públicas a no incurrir en conductas corruptas (en particular, las asociadas con el COT), pues ha de tenerse en cuenta que esta

herramienta procesal no solo protege directamente el patrimonio y defiende la moralidad pública, sino que “estimula el correcto ejercicio de la función pública” (16335, 2008).

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES PARA AMÉRICA LATINA Y COLOMBIA

6.1. Conclusiones

La acción reversiva, acción de repetición o acción de regreso es un mecanismo procesal administrativo⁴⁹ y/o judicial⁵⁰ de carácter resarcitorio que sirve para proteger y recuperar el patrimonio público y “prevenir futuras conductas que podrían comprometer la responsabilidad de la administración y a la vez estimular el correcto ejercicio de la función pública” (Gil Botero & Rincón Córdoba, 2016). Es, por tanto, una herramienta jurídica que faculta al Estado a obtener los dineros que pagó con ocasión de una condena impuesta por medio de una sentencia, un acta de conciliación o cualquier otro mecanismo alternativo de conflictos, en la cual, la conducta del agente (servidor, exservidor o particular con funciones públicas) causó un daño antijurídico por cuenta de una acción u omisión dolosa o gravemente culposa.

La acción de repetición⁵¹ es una herramienta de responsabilidad personal⁵² y un mecanismo importante para lograr que adicional a que las entidades públicas recuperen aquellas erogaciones producto de condenas y otros mecanismos de solución de conflictos (Calderón, 2016) se logre: (a) promover la probidad e integridad de la función pública; (b) desarrollar políticas públicas de anticorrupción más eficaces; y (c) prevenir los hechos de corrupción nacional y transnacional.

⁴⁹ En los casos de Estados Unidos, España, Francia y Chile.

⁵⁰ En el caso de Colombia.

⁵¹ Y llamamiento en garantía con fines de repetición.

⁵² Diferente a la responsabilidad patrimonial institucional.

La acción de repetición o de regreso debería ser fortalecida procesal, sustancial y técnicamente en el ordenamiento jurídico, los códigos éticos o de buen gobierno, los manuales de buenas prácticas anticorrupción y las buenas costumbres como quiera que constituye un mecanismo implícito de carácter preventivo y correctivo que combate la misma. Preventivo en el sentido de promover la moralidad, el ejercicio ético, objetivo, imparcial, diligente, transparente e intachable de la función pública y correctivo en el entendido que quien realiza intencionalmente, dolosa, consciente o gravemente culposa una conducta debe devolverle al Estado el dinero pagado como consecuencia de la indemnización que se hizo a un tercero.

El fortalecimiento de la acción de repetición o de regreso debe ir acompañada de políticas públicas dirigidas a lograr que las conductas de los servidores públicos sean ejemplares y sólidas, siendo para ello necesario fortalecer la formación de los agentes en leyes, valores y principios éticos a través del diseño de políticas públicas de prevención de daños antijurídicos, especialmente cuando estos son generados a causa de prácticas corruptas⁵³. Estas estrategias podrían mitigar el efecto negativo que genera desde el punto de vista presupuestal la responsabilidad patrimonial del Estado y de sus agentes estatales, así como disminuir los altos índices de litigiosidad.

6.2. Recomendaciones para América Latina

Con base en lo anterior, se plantean las siguientes recomendaciones en relación con los sistemas latinoamericanos objeto de estudio.

En primer lugar, socializar mediante jornadas de sensibilización la necesidad de conocer y comprender las responsabilidades estatales, contractuales, morales y éticas que rigen el ejercicio de la función pública, e insistir en el deber de los funcionarios públicos de informar a

⁵³ A manera de ejemplo se ha dicho que muchas de las acusaciones de corrupción se deben al desconocimiento de las normas y a las prácticas habituales que se creen son acertadas (Observatorio de Transparencia y Anticorrupción, 2016).

las autoridades competentes sobre los actos de corrupción a efectos de preservar la confianza en su integridad.

En segundo término, evaluar la posibilidad de: (a) revisar el régimen de adopción de medidas cautelares de embargo y secuestro de los bienes de quienes sean demandados por el Estado mediante la acción de repetición en casos de corrupción (sobre todo cuando esta se encuentre vinculada al COT); (b) revisar el régimen de prestación de caución por parte del Estado para garantizar el pago de los eventuales perjuicios que se puedan ocasionar con la medida cautelar; y (c) permitir que los demandados soliciten el levantamiento de las medidas cuando presten caución monetaria o constituyan garantía bancaria o de compañía de seguros.

Como tercera recomendación, es necesario incrementar la cooperación internacional con base en las disposiciones de la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción (CICC) para lograr la identificación en el exterior de bienes sobre los cuales decretar medidas cautelares que garanticen el pago de las sentencias que impongan la obligación de resarcimiento patrimonial a favor del erario. Para ello se propone recurrir al artículo XXVII para que se someta a la consideración de los Estados parte un proyecto de protocolo adicional que establezca que, para contribuir al logro de los propósitos enunciados en el artículo II y en virtud de lo previsto en el artículo XIV sobre asistencia y cooperación, se amplíe la aplicación del artículo XV a los bienes de propiedad de las personas naturales o jurídicas que hayan sido condenadas en acciones de repetición en cualquier otro Estado parte de la Convención.

En cuarto lugar, se propone establecer en la legislación interna de los Estados como casual de inhabilidad para contratar con cualquier entidad pública o en cuyo capital tenga participación el Estado o para ser designado o tomar posesión de un cargo público, la existencia de una condena judicial impuesta en una acción de repetición en cualquier otro Estado. Para este efecto se propone crear una plataforma interoperable entre los Estados que registre y permita consultar la información de esas condenas.

6.3. Recomendaciones para Colombia

A la luz de lo expuesto en este capítulo, se formulan las siguientes recomendaciones en relación con el ordenamiento jurídico colombiano.

Desde la perspectiva procesal, se sugiere establecer tanto la preferencia para el trámite y decisión de las acciones de repetición, solo por detrás de las acciones constitucionales de protección de los derechos fundamentales, como el establecimiento de un plazo perentorio para su tramitación, de la misma manera en que para la protección del patrimonio público se ha previsto que la duración máxima del trámite en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de los fallos declarativos de responsabilidad fiscal sea de un año, máxime que en estos casos la legitimación por activa es de titularidad del Estado.

En el mismo sentido, se plantea ampliar el espectro de legitimación para que las personas naturales y jurídicas interesadas en proteger el patrimonio público y contrarrestar los efectos nocivos de la corrupción (especialmente cuando se encuentra asociada al COT) puedan ejercer la acción de repetición a favor del Estado. Podría considerarse la posibilidad de otorgar un incentivo o estímulo igual o superior al 1% o 2% del total del valor de lo recuperado para el Estado, sin perjuicio de contemplar que cuando el interesado actúe con temeridad o mala fe se le imponga una multa.

En tercer lugar, se recomienda establecer la obligación de alertar a los representantes legales de las entidades que deben ejercitar de forma preferente la acción de repetición en los casos en los que el daño causado por el Estado, además de haber sido consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa, sea el resultado de un acto de corrupción (en particular, cuando se encuentre asociada al COT).

En cuarto lugar, es recomendable mejorar algunos aspectos de la tramitación de la acción de repetición, para cuyo efecto se propone tramitar un proyecto de ley para modificar la regulación contenida en las leyes 678 (2001) y 1437 (2011) sobre los siguientes aspectos: (a) ampliar el término de caducidad para el ejercicio del medio de control, así como el término de prescripción para el ejercicio de la

pretensión de cobro coactivo de las sentencias condenatorias; (b) incluir a las contralorías como sujetos activos de la legitimación por pasiva para ejercer el medio de control de repetición y reducir el plazo para su ejercicio subsidiario cuando la entidad condenada a pagar una indemnización no lo haga; y (c) remover la reserva legal para permitir que las entidades con legitimación por activa ejerzan el medio de control de repetición y oficiosamente los jueces competentes puedan requerir información para la ubicación de bienes o rentas de propiedad de los demandados o condenados para decretar y practicar sobre ellos medidas cautelares o medidas ejecutivas o para el ejercicio de la acción pauliana, según corresponda.

En quinto lugar y para fortalecer la prevención, se propone modificar la inhabilidad constitucional vigente para el desempeño de cargos públicos y la contratación oficial de quienes no realizan el pago de la condena impuesta en la acción de repetición, para extenderla a todos los condenados por esta acción hasta un plazo mínimo de cinco años desde la realización del pago. Con ello se busca que la satisfacción pecuniaria no baste para la redención del infractor, con el fin de no favorecer la impunidad de las conductas generadoras del pago de indemnizaciones por parte del Estado y a favor de terceros, especialmente cuando el daño antijurídico ha sido producto del actuar doloso del agente estatal. Para implementar esta recomendación se debería introducir un Acto Legislativo que reformara la redacción del art. 122 de la Constitución.

Por último, se plantea impulsar iniciativas que visibilicen el nivel de efectividad de estas acciones de cara a la lucha contra la corrupción (especialmente cuando se encuentre asociada al COT), como, por ejemplo, la creación de un “tablero de seguimiento” a través del cual la ciudadanía pueda conocer la información general sobre los casos de repetición y los procesos ejecutivos que se adelanten con la finalidad de recaudar el patrimonio que salió del erario como consecuencia de la condena, incluyendo la etapa procesal en la que se encuentran estos procesos, el sentido del fallo y el porcentaje de recaudo a favor del Estado, tanto en virtud de la imposición de una sentencia condenatoria como de la celebración de una conciliación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia

- Consejo de Estado. Sentencia 00037 de 2013, 11001-03-26-000-2003-00037-01(25361). Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado. Sentencia 01395 de 2008, 1001-03-15-000-2007-01395-01. Consejero Ponente: Hernando Trujillo Polanco.
- Consejo de Estado. Sentencia 16335, 25000-23-26-000-1998-01148-01. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-965/03, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-354/20, Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada. Apelación 00036-2017-75-5002-JR-PE-03, Jueces Superiores: Salinas Siccha, Enríquez Sumerinde & Magallanes Rodríguez.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Expediente 4103/2003, Ricardo Lorenzetti.
- Justia. United States v. Gilman, 347 U.S. 507 (1954). Opinion delivered by: Justice William O. Douglas.
- Tribunal Regional Federal da 4 Região. AG: XXXXX20164040000 5028384-74.2016.404.0000, Relator: Fernando Quadros da Silva.
- Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso, Sección 4. Sentencia Administrativo N° 1079/2015, Magistrado Ponente: Eduardo Hinojosa Martínez.

Doctrina

- Acero, E. (2010). “La acción de repetición dentro del contexto de la moralidad y eficiencia en la función pública en Colombia”. *Universidad Militar Nueva Granada*. <https://core.ac.uk/download/pdf/143447339.pdf>.
- Altamira, J. I. (s. f.). “La nueva ley de responsabilidad del Estado y del funcionario”. <https://www.acaderc.org.ar/wpcontent/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/confrespoestado.pdf>.
- Amaya, O. I., Rivera, A. L., Ortega, P. A. (2010). “Análisis De Procedencia De La Acción De Repetición En Las Nueve Sentencias Proferidas Por La Corte Interamericana De Derechos Humanos, a Través Del Criterio De Valoración Eficacia”. *El Ágora USB*. Vol. 10(2). Pp. 341-365.

- Arenas, H. A. (2020). “La acción de regreso o de repetición reflexiones sobre la conveniencia de su implementación en España y en Colombia”. *Revista General de Derecho Público Comparado*. Núm. 27. Pp. 1-37.
- Ballivian, P. (2013). “Responsabilidad del Estado por conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público: Análisis comparativo y Jurisprudencial”. *Ius et Praxis*, Vol. 19(2). Pp. 53-84.
- Barchi Velaochaga, L. (2013). “El pago del tercero y los mecanismos de recuperación de la pérdida patrimonial sufrida por el pago de la obligación ajena en el Código Civil peruano”. *Revista IUS ET VERITAS*. Vol. 23(47). Pp. 152-181.
- Calderón, A. (2016). “La acción de repetición y el llamamiento en garantía en la jurisprudencia colombiana, 2001-2009”. *DIXI*. Vol. 18(24), 75-87.
- Carvalho, J. D. S. (2012). *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas.
- Casadellá, M. (2014). “La responsabilidad civil del principal por hecho de sus auxiliares. En especial, la relación de dependencia”. *Tesis doctoral, Universitat de Girona*. <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/145927/tmcs.pdf?sequence=4>.
- Da Costa Moura, E. A. (2014). “Erário público, dever de regresso e prescrição administrativa: A indisponibilidade do interesse público vs. A segurança jurídica na ação de ressarcimento proposta pelo Estado”. *Revista Digital de Direito Administrativo*. Vol. 1(2). Pp. 454-470.
- Dalloz. (2019). “Action récursoire (Droit administratif). Août 2019”. <https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=DZ%2FOAISIS%2F000031#:~:text=Une%20action%20r%C3%A9cursoire%20est%20une,obtenir%20remboursement%20des%20sommes%20vers%C3%A9es>.
- Delgado, C. (2019). “Procedimiento administrativo en vía de regreso: Consideraciones sobre su (in)aplicación práctica en el ámbito de la enseñanza pública”. *Revista de Derecho UNED*. Núm. 24. Pp. 93-115.
- Duque Ayala, C. (2013). *La acción de repetición y su eficacia en el Derecho Colombiano y comparado*. Bogotá: Ibañez.
- Duque Sánchez, L. C. (2012). “Acción de repetición en Colombia: Una tarea pendiente en la administración pública (I avance)”. *Jurídicas*, Vol. 9(1). Pp. 136-153.
- Duque Sánchez, L. C. (2013). “Algunos efectos de la implementación de la acción de repetición en Colombia, ley 678 de 2001”. *Via Inveniendi Et Iudicandi*. Vol. 8(1). Pp. 40-67.
- Fernández dos Santos, F. (2015). “O direito de regresso do Estado. A indenização pleiteada pelo Estado em face do dano doloso ou culposos

- causado por seu agente”. *Jusbrasil*. <https://ffsfred.jusbrasil.com.br/artigos/265222335/o-direito-de-regresso-do-estado>.
- Ferrada, J. C. (2020). “La responsabilidad patrimonial del Estado de Chile: Una revisión panorámica después de casi veinte años de jurisprudencia de la Corte Suprema”. *Revista de Administración Pública*. Núm. 211. Pp. 373-405.
- Fonsêca, G. (2019). “Como funciona a Ação de Regresso. Veja mais sobre Responsabilidade Civil do Estado”. *Jusbrasil*. <https://gilmarfjr.jusbrasil.com.br/artigos/627979567/como-funciona-a-acao-de-regresso>.
- Fortes, A. I. (2014). “La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas”. *Tesis doctoral, Universidad de Salamanca*. https://www.inap.es/documents/10136/1692244/PagInicia_La-responsabilidad-patrimonialde-las-autoridades-y-personal-de-las-Administraciones-P%25c3%25bablicas.pdf/f74866a6-9ff0-1a7f-1010-0d37566602ac.
- Françoise, R. (1991). “L’action récursoire dans le droit administratif de la responsabilité”. *L’université Paul-Sabatier (Toulouse)*. https://fad4.u-bordeaux.fr/pluginfile.php/1611529/mod_folder/content/0/Laction%20r%20C3%A9cursoire%20dans%20le%20droit%20administratif%20de%20la%20responsabilit%C3%A9.pdf?forcedownload=1.
- Gil Botero, E., & Rincón Córdoba, J. I. (2016). *La responsabilidad patrimonial del servidor público*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gómez Gil, L. G. (2015). “La efectividad de la acción de repetición en el ordenamiento jurídico Colombiano, problemáticas y desafíos”. *Fundación Universitaria Los Libertadores*. https://repository.libertadores.edu.co/bitstream/handle/11371/2678/G%C3%B3mez_Luis_2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Grands Arrêts, Long, M., Prosper, W., Guy, B., & Bruno, G. (2017). *Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Jiménez, L. C. (2017). “Formulación de propuesta para el mejoramiento de la acción de repetición desde el Sistema de Defensa Jurídica del Estado”. *Universidad Libre de Colombia, Seccional Cali, Facultad de Derecho*. https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/10416/Jimenez_Barahona_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Lamoglia, C. M. (2015). “La responsabilidad del Estado en Argentina: Breve comentario a su régimen legal”. *Iustitia*. Núm. 13. Pp. 59-94.
- López, M. (2021). “Paradojas procesales que plantea el ejercicio de la acción de regreso en el ámbito de la responsabilidad sanitaria”. *Justicia: Revista de derecho procesal*. Vol. 1. Pp. 175-221.

- Moisset de Espanés, L. (1992). “Repetición del Pago Indebido y sus efectos respecto a terceros en Perú y Argentina”. *THEMIS: Revista de Derecho*. Núm. 23. Pp. 56-68.
- Molina, C. M., & Cañón, M. C. (2008). *La acción de repetición*. Medellín: Universidad de Medellín.
- Pierry, A. (2010). “Repetición del Estado contra el funcionario”. *Revista de Derecho-Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Vol. 16. Pp. 349-360.
- Rincón, D., & Gallego, E. L. (2011). “Eficacia de la acción de repetición en el departamento de Caldas”. *Ambiente Jurídico*. Núm. 13. Pp. 118-141.
- Rivera, F. (2022). “Responsabilidad civil de los funcionarios y servidores públicos”. *La Ley. El ángulo legal de la noticia*. <https://laley.pe/art/12949/responsabilidad-civil-de-los-funcionarios-y-servidores-publicos>.
- Saura, C. (2015). “La ignota acción de regreso de la Administración en la era de la transparencia, la eficiencia y la responsabilidad”. *Instituto Nacional de Administración Pública (INAP)*. Núm. 2.
- Soler, I., & Jiménez, W. G. (2009). “La acción de repetición como mecanismo moralizador de la función pública: Luces y sombras. Estado del arte”. *Civilizar*. Vol. 9(16). Pp. 73-90.
- Torres, L. A. (2005). “¿Se justifica la acción de repetición? Comentarios críticos a la ley 678 de 2001 y propuestas de reforma”. *Civilizar*. Vol. 5(8), Pp. 9-24.
- Viquez, R., & Calvo, W. (2011). “Corrupción y daño social”. <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session4/V1186372s.pdf>.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2015). “A/RES/70/1”. *Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015*. https://unctad.org/system/files/official-document/ares70d1_es.pdf.
- Asesoría Normativa. (2022). “Enriquecimiento injusto o sin causa”. <https://asesorianormativa.cl/abogado-civil/accion-in-rem-verso/#:~:text=La%20acci%C3%B3n%20in%20rem%20verso%20o%20de%20repetici%C3%B3n%20es%20la,cosa%20sin%20causa%20o%20injustamente>.
- Boletín Oficial del Estado Español. (2006). “Instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003”. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-13012>.

- Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. (1928). “Código Civil Federal”. <https://www.oas.org/dil/esp/C%C3%B3digo%20Civil%20Federal%20Mexico.pdf>.
- Congreso Constituyente Mexicano (1917). “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf.
- Congreso de la Nación Argentina. (1871). “Código Civil”. http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact-ley340_sancionley340.htm.
- Congreso de la Nación Argentina. (1992). “Ley 24.156”. *Disposiciones generales. Sistemas presupuestarios, de crédito público, de tesorería, de contabilidad gubernamental y de control interno*. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-24156-554/actualizacion>.
- Congreso de la República de Colombia. (1993). “Ley 80 de 1993”. *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html.
- Congreso de la República de Colombia. (1997). “Ley 412 de 1997”. “Ley por la cual se aprueba la «Convención Interamericana contra la Corrupción», suscrita en Caracas el 29 de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996)”. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1659795>.
- Congreso de la República de Colombia. (2001). “Ley 678 de 2001”. *Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0678_2001.html.
- Congreso de la República de Colombia. (2001). “Ley 678 de 2001”. *Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0678_2001.html.
- Congreso de la República de Colombia. (2011). “Ley 1437 de 2011”. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html#PARTE%20PRIMERA.
- Congreso de la República de Colombia. (2011). “Ley 1474 de 2011”. *Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la*

- gestión pública. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html#1.
- Congreso de la República de Colombia. (2012). “Ley 1573 de 2012”. *Ley por medio de la cual se aprueba la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, adoptada por la Conferencia Negociadora en París, República Francesa, el 21 de noviembre de 1997*. https://www.ani.gov.co/sites/default/files/ley_1573_2012.pdf.
- Congreso de la República de Colombia. (2022). “Ley 2195 de 2022”. *Ley por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones*. <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/LEY%202195%20DEL%2018%20ENERO%202022.pdf>.
- Congreso Nacional de Chile. (1986). “Ley 18575”. *Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*, (testimony of Chile). https://leyes-cl.com/ley_organica_constitucional_de_bases_generales_de_la_administracion_del_estado/1.htm.
- Congreso Nacional de Chile. (1999). “Ley 19640”. *Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público*. http://www.oas.org/juridico/spanish/chi_res24.pdf.
- Congreso Nacional de Chile. (2000). “Código Civil” https://leyes-cl.com/codigo_civil.htm.
- Consejo de Estado. (2022). “Seminario Ley 2195 de 2022”. *Novedades para la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*. https://www.youtube.com/watch?v=8REY_iKENcU&ab_channel=ConsejodeEstado.
- Conselho Nacional do Ministério Público-CNMP. (2022). “Ação regressiva”. <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/476-glossario/8254-acao-regressiva>
- Departamento de la Función Pública. (2019). “Valores del Servicio Público. Código de Integridad”. https://www.funcionpublica.gov.co/documentos/28587425/34877072/2019-08-21_Codigo_integridad.pdf/da1a074a-8309-a46e-11a5-cfff0a3279e9?t=1566404916392.
- Departamento Nacional de Planeación de Colombia. (2021). Documento CONPES 4070, Lineamientos de Política para la implementación de un modelo de Estado Abierto”. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/4070.pdf>.
- Gobierno de España. (2019). “Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. Información para las empresas españolas con actividades en el extranjero”. https://www.mjusticia.gob.es/en/Area-Tematica/DocumentacionPublicaciones/InstListDownload/Convenio_

- de_la_OCDE_de_lucha_contra_la_corrupcion_de_agentes_publicos_extranjeros_en_las_transaccio.PDF.
- Gobierno del Perú. (2022). “Justicia Especializada permite que Poder Judicial del Perú tenga resultados positivos contra criminalidad organizada y corrupción”. <https://www.gob.pe/institucion/pj/noticias/615971-justicia-especializada-permite-que-poder-judicial-del-peru-tenga-resultados-positivos-contra-criminalidad-organizada-y-corrupcion>.
- Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno Español. (1993). “Real Decreto 429/1993 del 26 de marzo”. *Por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial*. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1993-11253>.
- Observatoire SMACL. (2008). “Faute personnelle, action récursoire et transaction”. <https://www.observatoire-collectivites.org/spip.php?article539>.
- Observatorio de Transparencia y Anticorrupción. (2016). “Muchas veces la corrupción es producto del desconocimiento»: Presidente del Consejo de Estado”. <http://2020.anticorrupcion.gov.co/Paginas/muchas-veces-la-corrupcion-es-producto-del-desconocimiento-presidente-del-consejo-de-estado.aspx>.
- OCDE. (2010). “Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales”. https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf.
- OEA. (1996). “Convención Interamericana contra la Corrupción”. https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.asp.
- Organización de las Naciones Unidas. (2002). “Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible”. *Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de Johannesburgo*. https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/WSSDsp_PD.htm.
- Organización de las Naciones Unidas. (2010). “Guía técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”. https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/TechnicalGuide/10-53541_Ebook_s.pdf.
- Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores. (2012). “Carta Constitutiva OLACEFS”. <https://olacefs.com/wp-content/uploads/2022/04/Carta-Constitutiva-2021.pdf>.
- Parlamento Europeo. (2000). “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/EU_Carta_Derechos_Fundamentales_Uni%C3%B3n_Europea_2000_ES.pdf.

- Presidencia de la República de Colombia. (1984). “Decreto 01 de 1984”. *Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo*. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_contencioso_administrativo.html#1.
- Soykurt, S. (2022). “Le régime juridique de la faute de service en 10 questions”. *La gazette-Fiche Pratique*. <https://www.lagazettedescommunes.com/154027/le-regime-juridique-de-la-faute-de-service-en-10-questions/>.
- UNODC. (2004). “Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos”. <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebooks.pdf>.
- UNODC. (2021). “Aplicación del capítulo V (Recuperación de activos) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”. https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session9/CAC-COSP-2021-6/V2107587_S.pdf.
- UNODC. (2022). “Guía Práctica para el Fortalecimiento de la Colaboración entre Entidades Fiscalizadoras Superiores y Agencias Anticorrupción”. <https://olacefs.com/ctct/wp-content/uploads/sites/11/2022/07/03-00-Conferencia-OLACEFS-UNODC-Guia.pdf>.
- UNODC. (2022). “La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”. <https://olacefs.com/ctct/wp-content/uploads/sites/11/2022/07/03-01-Conferencia-OLACEFS-UNODC-UNCAC.pdf>.

2.2. SANCIONES

Capítulo 5

Las sanciones administrativas

JESSICA MURILLO MENA*

1. INTRODUCCIÓN

Al igual que ocurre en materia sancionatoria disciplinaria, una vez fracasadas las medidas de prevención y los medios de control, la Administración Pública queda facultada también para imponer sanciones de carácter administrativo.

Valga precisar que las relaciones disciplinarias requieren indefectiblemente una sujeción jerárquica, cosa que no ocurre en el caso de las relaciones administrativas en donde por regla general nos encontramos frente a un particular que no ingresa a la Administración Pública en calidad de funcionario o servidor, sino que simplemente pretende ejercer una actividad lícita, para la cual requiere la aprobación de un órgano administrativo, quedando sujeto al respectivo control estatal como expresión de su *ius puniendi* ya que:

Con el advenimiento del Estado de Derecho, en la mayoría de los países de occidente el *ius puniendi* quedó en manos, en forma exclusiva, del Poder Judicial. Durante el siglo pasado, sin embargo, comenzó a desarrollarse un intenso proceso de “despenalización”, en virtud del cual se encomendó a la Administración el juzgamiento de ciertos ilícitos por razones eminentemente prácticas, como ser descongestionar la labor de los tribunales y la conveniencia de dotar de mayor eficacia al aparato represivo del Estado. (Sanguinetti, 2019: 5)

* Doctoranda en Derecho (Universidad del Rosario). Magíster en Derecho Administrativo (Universidad del Rosario). Especialista en Derecho Administrativo (Universidad Libre). Conciliadora certificada y Diplomada en Docencia universitaria del Derecho (Universidad Libre). Abogada (Universidad Libre). Profesora universitaria y Asistente graduado, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Público, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia).

De las faltas cometidas por los particulares en el ejercicio de las referidas relaciones administrativas devienen entonces las denominadas sanciones administrativas que en suma consisten en un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal (García & Fernández, 2006: 163), cuyo estudio, en particular del régimen jurídico que las regula, resulta necesario dentro del presente capítulo, con miras a establecer cómo opera el fenómeno de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional en esta materia.

Los fenómenos de corrupción y crimen organizado transnacional en procesos sancionatorios de carácter administrativo, al igual que en aquellos de carácter disciplinario, también suponen la consumación de una decisión tomada por la Administración Pública sobre la base de un esquema costo-beneficio donde se analizan las posibilidades y las consecuencias del actuar fraudulento¹ sea en orden a imponer una sanción u ordenar el archivo de la respectiva investigación. Por tanto, resulta necesario conocer los aspectos sustanciales del régimen sancionatorio administrativo para establecer cuáles son los factores que facilitan la consumación de ese tipo de decisiones, realizar un diagnóstico del fenómeno y proceder a la formulación y adopción de las medidas adecuadas dirigidas a erradicar las diversas formas de esta clase de criminalidad.

En tal virtud, así como quedó evidenciado en el ámbito disciplinario, en materia sancionatoria administrativa también se observa cómo el amplio margen de discrecionalidad en las decisiones adoptadas por la Administración Pública facilita la ocurrencia de excesos que devienen, entre otras, en situaciones vinculadas con el crimen organizado transnacional y la corrupción en sus distintas expresiones como el soborno, la concusión, el tráfico de influencias, el nepotis-

¹ En su tercer informe, la Relatora DESC señaló: “La corrupción es por naturaleza una actividad que se alimenta del secreto; se beneficia con el acceso desigual a la información que tienen las partes de una transacción y con ello se va extendiendo, especialmente cuando el costo de una conducta corrupta es bajo y la ganancia elevada”. Naciones Unidas, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Sra. Christy Mbonu, E/CN.4/Sub.2/2005/18, 22 de junio de 2005: párr.10.

mo, el uso indebido de información privilegiada y, demás circunstancias de desviación del recto y cabal desarrollo de la función pública.

No obstante, es necesario puntualizar que, en materia de discrecionalidad, en el vigente Estado social de Derecho es necesario reconocer la necesidad de la Administración Pública de:

[...] disponer de márgenes de actuación lo suficientemente flexibles como para permitirle acompasar su gestión de los intereses generales a las vertiginosamente cambiantes realidades en las que ha de desenvolverse, claro está, sin que ello suponga un desmedido detrimento para la seguridad jurídica —condición indispensable para asegurar la confianza del individuo en el ordenamiento—, reconociendo además que las posibilidades para la legislación formal de vincular positivamente mediante normas pretendidamente omnicomprendivas y detalladas de cada situación a la Administración, se ven seriamente limitadas por esa constante mutación del escenario al que han de aplicarse (Marín, 2007: 164).

En la esfera sancionatoria administrativa la discrecionalidad se comprueba en mayor medida en la graduación y dosificación de la sanción, toda vez que, en lo que podría considerarse un exceso en la aplicación de la proporcionalidad, no existen criterios unívocos que de manera objetiva guíen la interpretación, ello, en contravía de la salvaguarda de la seguridad jurídica que la vigencia del Estado social de Derecho impone.

Esa proporcionalidad arriba mencionada se trata en suma de “un principio general del derecho y en el ámbito del derecho sancionador implica:

[...] que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas en la norma aplicable, fijándose, en orden a la interpretación del precepto sancionador, un criterio restrictivo. – Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado. – Que se deben ponderar las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida” (Universidad Nacional del Nordeste, 2003).

En palabras de Cordero (2014):

[...] en el ámbito del derecho administrativo la proporcionalidad constituye un principio general que cumple una importante función dentro de los mecanismos destinados a controlar el ejercicio de las potestades discrecionales que el ordenamiento atribuye a los órganos adminis-

trativos. Si bien se ha sostenido tradicionalmente que las potestades sancionadoras son siempre regladas, la realidad nos demuestra que existe un margen de libre apreciación que queda entregado a la autoridad administrativa y en donde este principio juega un importante rol al momento de interpretar dichas disposiciones e integrar algunos criterios en la determinación de la sanción.

Así las cosas, la proporcionalidad en materia sancionatoria no sólo debe operar como un límite al Legislador al momento de tipificar las conductas, determinar las sanciones y establecer la autoridad competente para aplicarlas, sino también, como un límite al margen de discrecionalidad que detenta la Administración Pública al momento de establecer el quantum de la sanción aplicable (o determinar si la misma procede o no) como producto de la comisión de una falta administrativa.

En virtud de lo anterior, en el sentir de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), respetar la garantía material del debido proceso (lo que necesariamente demanda una aplicación debida del principio de proporcionalidad) constituiría una barrera eficaz para reducir la discrecionalidad y así, entre otras, sancionar efectivamente la criminalidad, esto bajo el entendido de que las garantías del debido proceso no sólo son derechos individuales de las personas que intervienen en un proceso judicial sino que también pueden ser un mecanismo para combatir la corrupción en el ámbito sancionatorio tanto disciplinario como administrativo (OAS, 2019), en tal sentido, el escrutinio de los mínimos exigibles respecto de la observancia del debido proceso en estas investigaciones permitiría limitar la discrecionalidad de las autoridades y de esta manera limitar la posibilidad de materialización de actos de corrupción vinculados con la forma en que se dirige y culmina una investigación bien sea disciplinaria o administrativa —siendo ésta última la que nos ocupa especialmente en el presente capítulo.

De tal suerte, se tiene entonces que, también en materia de sanciones administrativas los amplios márgenes de discrecionalidad en la imposición de la sanción sumados a la laxitud de los procesos, abren la puerta a ciertas prácticas ilícitas, como aquellas vinculadas con la corrupción asociada al crimen organizado transnacional, por ejemplo, cuando previa aceptación de sobornos el funcionario com-

petente archiva la respectiva investigación, o cuando efectuando una indebida aplicación del principio de proporcionalidad impone una sanción irrisoria a una persona jurídica incurso en una falta administrativa debidamente tipificada y probada.

En atención a lo hasta aquí señalado, en el presente capítulo se pretende efectuar un examen, que en primer lugar, permita establecer las más destacadas fortalezas y debilidades de las medidas institucionales relativas a la determinación de la naturaleza de las faltas y las sanciones administrativas en los ordenamientos jurídicos seleccionados tanto en países desarrollados como en países de América Latina y, que en segundo lugar, permita determinar si dichos ordenamientos consagran algún tipo de regulación de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional en el ámbito sancionatorio administrativo. Adicionalmente, a lo largo del análisis se indagará acerca del margen de discrecionalidad que los distintos ordenamientos jurídicos seleccionados admiten en materia sancionatoria administrativa, en especial en lo que respecta a la graduación y dosificación de la sanción, estudiando el alcance del debido proceso en dichas actuaciones y la eventual necesidad de establecer un límite a la Administración como sujeto activo de la potestad sancionadora, ejemplificándolo internacionalmente con los casos de España, Francia y Estados Unidos, y regionalmente con los casos de México, Brasil, Chile, Argentina y Perú, para llegar a la descripción del estado actual de la situación en Colombia, con miras a hacer parte de una estrategia integral para combatir la influencia de la corrupción y la criminalidad organizada sobre el ejercicio de la función administrativa.

De conformidad con lo manifestado, se expondrá en su orden lo relativo a: (a) estándares internacionales sobre sanciones administrativas; (b) sistemas nacionales no latinoamericanos de referencia: España, Francia y Estados Unidos; (c) sistemas nacionales latinoamericanos de referencia: Argentina, Brasil, Chile, México y Perú; (d) las sanciones administrativas en el ordenamiento jurídico colombiano; y (e) las conclusiones y recomendaciones para América Latina y Colombia.

2. ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Son altos los estándares internacionales en materia de sanciones administrativas y valga mencionar que en su mayoría apuntan a la salvaguarda del “debido proceso legal”, el cual debe ser observado tanto en sede judicial —o jurisdiccional según el Estado del que se trate—, como en sede administrativa. Leiva (2019) expone con precisión los estándares sustantivos o parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en materia de procedimiento administrativo sancionatorio:

[...] entendido este como el conjunto concatenado de actos procedimentales a cargo de una Administración Pública, tendiente a la emisión de un acto administrativo de castigo, inhabilitación o corrección, que produce o agrava la situación jurídica de su destinatario, esto como resultado de su responsabilidad por la existencia de una falta administrativa.

En dicho sentido el autor señala y explica, entre otras recomendaciones impartidas por el alto Tribunal, las siguientes:

[...] a) el test de previsibilidad: como herramienta para determinar si una o un conjunto de normas, permiten a la persona parte de un procedimiento que puede culminar con la imposición de una sanción en sede administrativa, tener certeza de cuál es su situación jurídica; b) el principio de legalidad y de retroactividad en materia de procedimientos administrativos sancionatorios: en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta; c) la motivación del acto administrativo sancionatorio: la motivación como requerimiento de regularidad convencional de las conductas administrativas formales que incidan en los derechos de las personas —no solo en el caso de los actos sancionatorios—, es una debida garantía que la Corte Interamericana ha derivado del artículo 8 del Pacto de San José, no restringiendo los alcances de este precepto a las resoluciones judiciales” (Leiva, 2019).

En lo que atañe específicamente a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional en materia de sanciones administrativas es necesario mencionar la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional adoptada por la

Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000, mediante Resolución A/RES/55/25, que tiene como propósito promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional; en su artículo 10 consagra la responsabilidad de las personas jurídicas por su participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, estableciendo expresamente que dicha responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa y que esta última —la administrativa— existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos y todas las sanciones deberán ser eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluyendo sanciones monetarias a las personas jurídicas consideradas responsables.

En el mismo sentido, la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, instrumento anexo a la Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003, que “introduce un conjunto cabal de normas, medidas y reglamentos que pueden aplicar todos los países para reforzar sus regímenes jurídicos y reglamentarios destinados a la lucha contra la corrupción” recomienda la adopción de medidas preventivas y que se tipifiquen las formas de corrupción más frecuentes tanto en el sector público como en el privado (ONU, 2003); en el art. 26.2 sobre responsabilidad de las personas jurídicas dispone expresamente que “con sujeción a los principios jurídicos del Estado parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa”.

Ahora bien, teniendo en cuenta que, pese a ser altos los estándares internacionales en materia de sanciones administrativas el fenómeno de la corrupción continúa estando latente en los procedimientos sancionatorios administrativos, la CIDH se ha ocupado de formular posibles soluciones a esa problemática, las cuales en suma están orientadas a sugerir a los Estados la estricta observancia de las reglas del debido proceso. Así las cosas, entendiendo el debido proceso como herramienta eficaz en la prevención de la corrupción en procesos administrativos sancionatorios, la CIDH resalta la necesidad del respeto, principalmente, de las garantías de imparcialidad, plazo razonable, derecho de defensa y deber de motivación.

Es así como la CIDH considera que la garantía de imparcialidad siendo presupuesto fundamental del debido proceso constituye una de las barreras más efectivas para evitar situaciones de corrupción (OAS, 2019) toda vez que, la imparcialidad “exige que la autoridad que interviene se aproxime a los hechos careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad” (CIDH, 2013). En tal virtud, la Comisión estima que la posibilidad de plantear recusaciones podría ser un instrumento preventivo de actos corruptos² pues la institución de la recusación actúa por un lado, como una garantía para las partes en el proceso y, por otro lado, busca otorgar credibilidad tanto a la función judicial como a la administrativa sancionadora, por tanto, no debe ser vista necesariamente como un enjuiciamiento de la rectitud moral del funcionario recusado, sino más bien como una herramienta que brinda confianza a quienes acuden al Estado solicitando la intervención de órganos que deben ser y aparentar ser imparciales:

La garantía de imparcialidad implica que los integrantes del tribunal no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia y que inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática (Corte IDH, 2009).

El estándar interamericano establece también el plazo razonable puesto que la duración de los procesos tiene repercusiones en materia de corrupción según ha observado la Comisión, toda vez que, la demora de los procesos puede ser un fin en sí mismo, o bien, estar vinculada con la consecución de una situación de impunidad³;

² “La garantía de imparcialidad implica que los integrantes del tribunal no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia y que inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática”. (Corte IDH, 2009).

³ En aquellos casos donde se investiguen actos de corrupción de funcionarios públicos, ha dicho la Corte Interamericana (2016) que la evaluación del plazo razonable debe ser aún más estricta, ya que estos procesos pueden ser utiliza-

una autoridad administrativa interesada ilícitamente en demorar un proceso o generar situaciones de impunidad, halla en la obligación de cumplimiento del plazo razonable un límite que puede ser reclamado como una garantía del debido proceso. El control del plazo constituye también una herramienta eficaz para limitar la discrecionalidad de la autoridad en la forma en que conduce un proceso⁴.

Respecto del derecho de defensa es dable precisar que la Convención Americana regula este derecho con ocasión del proceso penal, aunque sus estándares son aplicables en toda clase de proceso que deba estar regido por los principios de igualdad de armas y contradicción (Corte IDH, 2001; Corte IDH, 2010). Dado que la corrupción es una desviación de las obligaciones consustanciales de la labor jurisdiccional para obtener un beneficio ilegítimo, en un procedimiento donde no se respetan los dos principios estructurales del debido proceso (igualdad de armas y contradicción), los espacios de concreción de dicha desviación son mayores⁵. Un procedimien-

dos con fines ilegítimos, tales como, sacar a un contendor de competencia o afectar su imagen pública. En este sentido la Corte señaló lo siguiente: [...] La sana lucha contra la corrupción y la deseable persecución de los delitos contra la administración pública, no es admisible que se perviertan desviándose en un recurso lesivo a la democracia, mediante el sometimiento a una indefinida situación procesal incierta a personas políticamente activas, con el resultado de excluirlas de la lucha política democrática. El propio objetivo de combatir la corrupción, ante situaciones susceptibles de convertir el celo por la transparencia en el manejo de la cosa pública en un instrumento antidemocrático, exige que se extreme el cuidado e inclusive se abrevie el término que usualmente se considera tiempo razonable del proceso, en defensa de la salud democrática de todo Estado de Derecho. (Corte IDH, 2016).

⁴ Al no existir un parámetro objetivo para establecer cuándo un plazo es razonable, los órganos de supervisión han adoptado criterios a partir de los cuales realizar dicha evaluación. Siguiendo los parámetros de la Corte Europea de Derechos Humanos, el Tribunal Interamericano ha considerado cuatro elementos para evaluar la razonabilidad del plazo: *a*) la complejidad del asunto; *b*) la actividad procesal del interesado; *c*) la conducta de las autoridades judiciales, y *d*) la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo (Corte IDH, 2009).

⁵ Human Rights-Corrupción y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos (2019).

to que garantiza el derecho a la defensa estrecha la posibilidad de actuación discrecional, disminuyendo así la probabilidad de que se incurra en actos de corrupción o en cualquier tipo de desviación de la actividad sancionadora del Estado (*Ídem.*).

La Corte IDH también ha señalado dentro del estándar establecido, que la motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión y constituye un derecho a que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos o intereses de las personas, estén debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias” (Corte IDH, 2007). La motivación se constituye entonces en un freno eficaz contra la discrecionalidad desbordada⁶ y contra toda suerte de excesos que resulten en situaciones vinculadas con la corrupción u otras circunstancias de desviación del recto y cabal desarrollo de la función pública. En un Estado de Derecho fundar o motivar las decisiones les otorga credibilidad. Si bien la motivación tiene diferencias según se trate de un proceso penal⁷ o de un proceso administrativo sancionatorio o de determinación de derechos, ella reviste una particular importancia para evitar que se emitan decisiones arbitrarias. El deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8-1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso. En la medida que la autoridad motiva sus decisiones se legitima esa función estatal y, además, pueden ser controladas socialmente dichas decisiones. La exigencia de una completa y adecuada fundamentación o motivación de las decisiones se transforma en una barrera

⁶ Silva (1989) afirma que la discrecionalidad administrativa es, sin dudarlo, un mecanismo útil para la administración, pero no puede ni aceptársela ni menos entenderse como un mecanismo posible y habilitante para prescindir de la Ley; debe entenderse como una potestad jurídica, mas no como un pretexto para la arbitrariedad, porque ello significaría la negación del derecho e implicaría el desconocimiento pleno del principio de legalidad.

⁷ La Corte Interamericana (2017) ha señalado que, tratándose de sentencias penales, para desvirtuar la presunción de inocencia, la motivación debe “expresar la suficiencia de prueba de cargo para confirmar la hipótesis acusatoria; la observancia de las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba, incluidas aquellas que pudieran generar duda de la responsabilidad penal; y el juicio final que deriva de esta valoración”.

contra la corrupción pues ésta se fortalece en espacios de opacidad (Corte IDH, 2017).

Finalmente, es dable mencionar que para la Corte IDH el hecho de que una norma conceda algún tipo de discrecionalidad no es incompatible de plano con los postulados del debido proceso administrativo “siempre y cuando el alcance de la discrecionalidad y la manera en que se debe ejercer sea indicado con suficiente claridad con el fin de brindar una adecuada protección para que una interferencia arbitraria no se produzca” (Corte IDH, 2017). En todo caso, para el alto Tribunal debe existir una fuerte vinculación entre la motivación de un acto sancionatorio (o exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión) y la discrecionalidad administrativa, vértice inescindible del procedimiento administrativo sancionador en el Derecho Comparado (Leiva, 2019).

3. SISTEMAS NO LATINOAMERICANOS DE REFERENCIA: ESPAÑA, ESTADOS UNIDOS Y FRANCIA

3.1. Primera aproximación

En este apartado se analizarán los sistemas de sanciones administrativas vigentes en España, Francia y Estados Unidos, con miras a identificar las fortalezas y debilidades de las distintas medidas institucionales relativas a la determinación de la naturaleza de las faltas y las sanciones administrativas, establecer cuáles son las tendencias imperantes en la materia y, conocer si la posibilidad de ocurrencia de hechos de corrupción (en particular los asociados a la criminalidad organizada transnacional) ha sido contemplada en dichos ordenamientos jurídicos en el ámbito sancionatorio administrativo.

3.2. España

En España como una expresión del *ius puniendi* el régimen de las sanciones administrativas se encuentra inspirado tanto en el derecho penal como en el procesal penal y el administrativo.

La legislación española no consagra una definición de sanción administrativa. El concepto de sanción se ha construido a partir de la jurisprudencia y la doctrina y en términos generales alude al castigo que es impuesto por la Administración Pública (Rebollo, Izquierdo, Alarcón & Bueno, 2005).

Dichas sanciones son aplicadas por autoridades administrativas (Ministros, sus equivalentes en las Comunidades Autónomas, alcaldes, autoridades subordinadas a las anteriores, autoridades administrativas independientes, etc.)⁸ y los sujetos destinatarios de las mismas pueden tener o no una relación de sujeción con la Administración, es decir, funcionarios públicos y demás administrados tanto personas naturales o físicas como personas jurídicas o morales.

En lo concerniente a los principios aplicables en sanciones administrativas, es del caso mencionar que a diferencia del derecho penal que se encuentra debidamente codificado, el derecho administrativo

⁸ “Precisamente, lo que diferencia a las sanciones administrativas de las penas es que aquéllas las imponen autoridades administrativas y éstas las imponen jueces y tribunales; las demás diferencias entre penas y sanciones administrativas derivan de esta primera diferencia esencial. Las sanciones administrativas han de tener un contenido aflictivo, esto es, han de consistir en un mal, en un perjuicio que se impone a un ciudadano; han de entrañar una privación o restricción de derechos o de cualquier ventaja, o el surgimiento de nuevos deberes. Si no tienen contenido aflictivo, no pueden ser un castigo. No obstante, hay otras muchas decisiones administrativas que imponen un mal a un ciudadano y que no son castigos ni pueden tener el régimen jurídico de las sanciones administrativas. Por tanto, éste y el anterior son elementos necesarios, pero no suficientes, para la definición de sanción administrativa. Las sanciones han de imponer el mal como un castigo; o sea, que el perjuicio que causan al ciudadano es buscado, directa y deliberadamente, como una respuesta a la conducta ilegal realizada y como expresión del reproche que merece esa conducta. Es decir, el concreto mal causado por la sanción administrativa no realiza directamente lo necesario para proteger los intereses generales. Ese mal no sirve para restablecer la legalidad o la realidad física alterada o los valores lesionados, ni para compensar el daño producido, ni para imponer la conducta correcta. Todo esto, por el contrario, es lo característico de otras decisiones administrativas que no son sanciones administrativas propiamente dichas, por lo que no tiene ningún sentido aplicarles el régimen respectivo”. (Rebollo, Izquierdo, *et. al.*, 2005).

sancionador español, salvo las reglas generales consagradas en el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común Ley 30 del 26 de noviembre de 1992, se encuentra disperso en multitud de normas, constituyendo el marco normativo la Constitución Española de 1978 (CE):

El artículo 25 CE consagra algunos principios clásicos del derecho penal y dispone su aplicación, al mismo tiempo, para los delitos y las infracciones administrativas y, para las penas y las sanciones administrativas; y el artículo 10.2CE establece que ‘las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España’” (Rebollo, Izquierdo, *et. al.*, 2005)

Entre esos derechos se encuentran justamente los consagrados en el referido artículo 25 en lo que respecta a sanciones administrativas.

Vale resaltar que en cuanto a principios se refiere, el artículo 131.3 de la Ley 30 del 26 de noviembre de 1992 ordena la observancia del principio de proporcionalidad en materia de sanciones administrativas al consagrar que: “se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción” y por su parte el artículo 131.2 en precedencia señala que: “el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas”. En suma, en materia de principios el ordenamiento dispone que la sanción debe ser proporcional a la gravedad de la respectiva infracción.

En virtud del aludido principio de proporcionalidad la ley contempla algunos criterios que deben ser aplicados a la hora de efectuar la graduación de las sanciones administrativas: (a) la existencia de intencionalidad o reiteración; (b) la naturaleza de los perjuicios causados; y (c) la reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme. Según el ordenamiento estos criterios no son ni taxativos ni de aplicación exclusiva puesto que, se podrán aplicar otros criterios contemplados en normas especiales.

Respecto de las faltas tenemos que éstas son clasificadas por la legislación en términos generales como leves, graves y muy graves.

Las sanciones por su parte suelen revestir un carácter pecuniario (multas), aunque existen de varios tipos como las de suspensión o prohibición temporal o definitiva de actividades o de derechos como cuando se revoca la licencia que autoriza el funcionamiento de un establecimiento recreativo o la que otorga un permiso para conducir.

No hay una regulación general de las sanciones administrativas posibles. Cada ley reguladora de una materia concreta, al mismo tiempo que establece las infracciones, determina las sanciones. Como hay numerosísimas leyes que prevén infracciones y sanciones administrativas en las materias más variadas, y como cada ley es libre de establecer las que estime oportunas, no es fácil enumerar todas las sanciones administrativas existentes en el derecho español. Pero las más frecuentes son las siguientes: la multa; el comiso de ciertos productos o utensilios o del beneficio obtenido; el cierre de establecimientos por un tiempo determinado; la prohibición de realizar ciertas actividades durante un tiempo determinado (prohibición de ejercer una profesión, de actuar como directivo de entidades de crédito, de conducir vehículos de motor, de cazar, etc.); la restricción de la capacidad para contratar con la administración o para obtener ayudas públicas durante un tiempo determinado; la amonestación; la publicidad de la infracción y de la sanción impuesta en periódicos oficiales o de difusión general (Rebollo, Izquierdo, *et. al.*, 2005: 31).

La mencionada Ley 30 del 26 de noviembre de 1992, que como ya se anotó es la Ley que consagra las normas generales más importantes sobre el régimen de las Administraciones Públicas en España, en su Título IX se dedica a la “potestad sancionadora” y tiene dos capítulos:

[...] el capítulo I se llama ‘Principios de la potestad sancionadora’ (arts. 127 a 133) y consagra los aspectos materiales; el capítulo II se denomina ‘Principios del PAS’ (arts. 134 a 138) y consagra los aspectos formales o procedimentales. Esta regulación es sólo de principios y se abordan sucintamente los aspectos generales más destacables. No contiene reglas generales sobre sanciones, responsables, agravantes, atenuantes, etc., ni tipificación de infracciones y sanciones. Sólo contiene un marco muy general sobre las infracciones y sanciones. Son las leyes reguladoras de cada sector de la actividad administrativa (por

ejemplo: sanidad, seguridad pública, contaminación atmosférica, comercio, defensa de los consumidores, carreteras, urbanismo, defensa de la competencia, etc.) las que establecen las infracciones concretas, las sanciones correspondientes, los sujetos responsables, las agravantes o atenuantes, etc. Éstas pueden ser leyes aprobadas por el Estado o por las Comunidades Autónomas según quien sea competente sobre la materia" (Rebollo, Izquierdo, *et. al.*, 2005: 29).

Con relación a las fortalezas y debilidades de las medidas institucionales relativas a la determinación de la naturaleza de las faltas y las sanciones administrativas, se evidencia que, pese a los esfuerzos realizados en el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común Ley 30 del 26 de noviembre de 1992, contrario a lo que ocurre en el derecho penal, el sistema jurídico sancionatorio administrativo español se encuentra fragmentado al no existir una codificación en un solo texto legal que agrupe las normas relativas a éste régimen, coexistiendo así una pluralidad de normas jurídicas administrativas que se encuentran dispersas en numerosos textos legales y reglamentarios. Adicionalmente, si bien la Ley exige que los actos sancionatorios sean motivados, se apela al principio de proporcionalidad para otorga un amplio margen de discrecionalidad a la Administración en la concreción de la sanción pertinente en cada caso; aunque la Ley y sus respectivos reglamentos establecen un marco sancionador, no se estipula de forma taxativa cuál es la sanción que la Administración debe imponer para cada infracción ni cuáles son los criterios exactos de interpretación para efectuar dicha imposición de sanción.

Finalmente, respecto de la problemática señalada en la introducción atinente a la regulación y adopción de medidas tendientes a combatir la corrupción asociada a la criminalidad organizada transnacional en el ámbito sancionatorio administrativo, se observa que el ordenamiento jurídico español no contiene regulación específica de esa problemática en este ámbito.

3.3. Estados Unidos

Son amplias y contundentes las medidas sancionatorias adoptadas por los Estados Unidos, en especial en materia de corrupción y

en particular aquella asociada al crimen organizado transnacional. Dichas medidas son, principalmente, de resorte jurisdiccional penal y civil, o de resorte sancionatorio disciplinario cuando en la conducta se encuentran involucrados funcionarios públicos o personas que prestan un servicio público como se dispuso en la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de 1977 - *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA por sus siglas en inglés).

Respeto de las sanciones aplicables a los contratistas se tiene que estos:

[...] pueden ser excluidos o suspendidos en caso de acusación o sentencia condenatoria por fraude o un delito penal, violación de la legislación antimonopolística, comisión de desfalcos, hurtos, falsificaciones, sobornos, adulteraciones de documentos o comisión de cualquier transgresión que indique falta de integridad de negocios que afecte directamente la capacidad del contratista de cumplir el contrato. Los organismos federales no pueden invitar a realizar ofertas o adjudicar contratos a contratistas que hayan sido excluidos o suspendidos, o cuya exclusión o suspensión se haya propuesto para las contrataciones públicas. La Administración de Servicios Generales de los Estados Unidos opera la Lista de Entidades Excluidas, basada en Internet, que comprende a los contratistas excluidos, suspendidos, o cuya exclusión se haya propuesto⁹.

Según quedó consignado en los informes de respuesta a las acciones de seguimiento y verificación de cumplimiento de las recomendaciones formuladas en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción:

Estados Unidos tiene cierto número de leyes federales que penalizan la corrupción, tanto en calidad de delitos de corrupción sustanciales como de delitos relacionados con la prestación de asistencia o el aprovechamiento de fondos o bienes obtenidos de manera fraudulenta [...] las leyes penales han sido clasificadas en tres categorías: 1). soborno y delitos conexos; 2). utilización delictiva del producto de soborno y delitos conexos, y 3). asociación para delinquir y responsabilidad accesoria. [] La legislación de los Estados Unidos, en combinación con a). una bien definida responsabilidad para personas jurídicas, incluidas compañías; b). ley general de decomiso e incautación de activos; c). capacidad de realizar operaciones encubiertas, y d). utilización de negociaciones penales y mecanismos de declaración voluntaria, ha-

⁹ *Vid.*: <http://www.epls.gov>.

cen sumamente eficaz el sistema de aplicación coercitiva de las normas sobre corrupción de los Estados Unidos, país que ha actuado más enérgicamente en esa esfera (OEA, 2007).

Resulta pertinente mencionar que también existen las denominadas sanciones OFAC que implican el bloqueo de los activos de una persona natural o jurídica frente a la cual el presidente de Estados Unidos o la Oficina de Control de Activos Extranjeros del Departamento del Tesoro de ese mismo país (OFAC, por sus siglas en inglés) han adoptado algún tipo de sanción económica. El nombre de la lista OFAC varía de acuerdo a la falta que de origen a la imposición de la sanción (v.gr. terrorismo, narcotráfico, delitos cibernéticos, violaciones a los derechos humanos, etc.) la cual implica el bloqueo de los activos de la persona y la imposibilidad de realizar cualquier tipo de transacción económica puesto que se pierde todo acceso al sistema financiero dentro y fuera de los Estados Unidos. Este tipo de sanciones tienen gran relevancia en la política de los Estados Unidos frente a sus nacionales, pero también frente a gobiernos extranjeros y organizaciones de crimen transnacional. A las personas sancionadas se les pueden imponer (multas) de hasta USD 250.000 o del doble del valor de las transacciones que fueron indebidamente realizadas, asimismo OFAC puede remitir el caso respectivo al Departamento de Justicia de los Estados Unidos a fin de que se adelanten las acciones penales a que haya lugar, las cuales pueden resultar en penas de hasta 30 años de prisión (Díaz Reus, 2017).

En suma, desde la órbita netamente del derecho administrativo sancionador no se evidencia la adopción de normatividad específica para combatir las conductas aludidas en la introducción sino, como se manifestó en precedencia, desde la órbita penal, civil y disciplinaria. Los actos de corrupción en términos generales son o pueden ser tipificados como delitos conforme a lo establecido, entre otros, en el Programa Federal sobre Soborno 18 U.S.C. § 666, la Ley Hobbs sobre Extorsión 18 U.S.C. § 1951, la Ley Federal de Extorsión 18 U.S.C. § 872, las leyes de Fraude sobre Servicios Honestos por Vía Postal o Cablegráfica 18 U.S.C. §§ 1346, 1341, 1343, la Ley de Penalización de Coimas 41 U.S.C. §§ 51-58, etcétera. Al respecto, es del caso tener en cuenta que:

[...] la cobertura de los delitos de corrupción prevista por los Estados Unidos puede ser más amplia que la de los Estados de la OEA, debido a que Estados Unidos es parte de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Estados Unidos quizá haya establecido también una cobertura más amplia de delitos relacionados con corrupción, de acuerdo con determinados Estados, en virtud de tratados bilaterales". Adicionalmente, "la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID, por sus siglas en inglés) hace de la lucha contra la corrupción un componente central de su estrategia de asistencia externa, y adopta un enfoque amplio en la ayuda a los países asociados para reforzar sus sistemas de resistencia a la corrupción. Los programas de lucha contra la corrupción de la USAID están destinados a contribuir a reducir las oportunidades e incentivos de la corrupción; respaldar el fortalecimiento y una mayor independencia de los órganos judiciales, legislativos y de supervisión, y promover una educación independiente en los medios, la sociedad civil y el público (OEA, 2007).

3.4. Francia

En Francia el concepto de sanción administrativa al igual que en España no cuenta con una definición legal, no obstante, la jurisprudencia constitucional también ha fijado una serie de criterios que permiten arribar a una definición. Para Fernández (2009) se trata en suma de "una decisión administrativa que inflige un mal condestando una conducta ilegal. Castiga, pues, un incumplimiento ilegal de una obligación previa, de carácter extracontractual, ya sea legal o reglamentaria. La reacción administrativa conlleva que el comportamiento del autor de la infracción supone una falta, que requiere en todo caso la concurrencia de dolo, culpa o negligencia, esto es, el elemento de la culpabilidad".

Las sanciones administrativas son impuestas por una autoridad administrativa, una autoridad local o una autoridad administrativa independiente (aquellas adoptadas del modelo de administración por agencias independientes característico de los Estados Unidos) respecto de los administrados sean personas naturales o personas jurídicas o morales.

Acerca de los principios aplicables a las sanciones administrativas, se tiene que en esencia son los mismos imperantes en el ámbito del

derecho penal: legalidad, tipicidad, irretroactividad, proporcionalidad, interdicción de las sanciones de plano o automáticas, *non bis in idem*. En este punto es del caso mencionar que:

[...] la aplicación de los principios jurídico-penales a las sanciones administrativas no es ni íntegra, ni mimética, sino que admite una diversidad de excepciones, variando en función de los sectores de actividad, correspondiendo un gran protagonismo a los Tribunales contencioso-administrativos en la determinación de su operatividad real (Fernández, 2009: 17).

Las faltas y sanciones administrativas pueden ser de carácter disciplinario, económico, contractual y comunitario. El contenido de las sanciones está sujeto a variaciones dependiendo de su tipología siendo la más usual (la multa). López de la Osa (2009) las recoge de la siguiente manera:

[...] son sanciones disciplinarias: a) apercibimiento (*avertissement*); b) amonestación (*blâme*); c) suspensión total o parcial de la actividad (*suspension totale ou partielle d'activité*); d) prohibición temporal o definitiva de parte de la actividad, o de su totalidad (*interdiction temporaire ou à titre définitif de tout ou partie de l'activité*); e) retirada progresiva o definitiva del permiso concedido, la autorización o del acuerdo o consentimiento (*retrait progressif ou définitif du permis, de l'autorisation ou de l'agrément*); f) precinto o cierre del establecimiento (*fermeture de l'établissement*). Las sanciones de carácter económico pueden ser: a) una multa (*amende*)¹⁰, b) una sanción económica similar a la multa, pero acompañada de un incremento porcentual en función de la duración del incumplimiento, con intereses moratorios (denominada *astreinte*), c) la consignación de una suma determinada (*consignation de sommes*); d) la repetición o recuperación de la ayuda concedida (*répétition de l'aide déjà accordée*). Son sanciones administrativas contractuales: a) el secuestro (*mise sous séquestre*); b) la intervención administrativa (*mise en régie*); c) la ejecución por incumplimiento (*exécution par défaut*); d) la pérdida de las características

¹⁰ Según López de la Osa (2009), “[...] reviste siempre la forma de una cantidad dineraria directamente relacionada con el respeto del principio de proporcionalidad. Aquí, el legislador ha de fijar el quantum máximo que se gradúa de manera proporcional a la gravedad de la falta cometida, a la situación o beneficios generados por el operador, al derecho vulnerado, a la ventaja o beneficio extraído, a la importancia del daño causado a la economía, entre otros. Destacar que las cuantías de las sanciones pueden en ocasiones ser muy elevadas”.

exigidas por el contrato (*déchéance*); e) la penalización (*pénalités*) y, f) la rescisión-sanción del contrato (*résiliationsanction*)". Respecto de las sanciones de carácter comunitario López de la Osa (2009) precisa que "el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que los Estados miembros son libres de elegir el dispositivo represivo de aplicación en caso de conflicto, pero han de garantizar que las "violaciones de derecho comunitario sean sancionadas en condiciones de forma y procedimiento que sean análogas a aquéllas aplicadas a violaciones de derecho nacional de naturaleza e importancia similares y que en cualquier caso, confieren a la sanción un carácter efectivo, proporcionado y disuasivo.

Respecto de las fortalezas y debilidades de las medidas institucionales relativas a la determinación de la naturaleza de las faltas y las sanciones administrativas se puede colegir que, pese a la imperatividad de los principios penales en el ámbito administrativo sancionador, tal como lo ha venido señalando la doctrina, resulta evidente el contraste que existe entre la laxitud en la tipificación y concreción efectiva de las sanciones administrativas y el rigor característico del derecho penal en Francia. Según Fernández (2009):

[...] esta laxitud, pese a las matizaciones formuladas por el propio Consejo Constitucional francés, por una parte, contrasta con el rigor en relación con las sanciones penales y, por otra, propicia la utilización de enunciados por parte del legislador que no aseguran una completa pre-determinación normativa de las infracciones y sanciones, de forma que no existe ni mucho menos el mismo grado de certeza en la definición de los tipos que en el Derecho administrativo sancionador español.

Por otro parte, acerca de la adopción de medidas específicas tendientes a combatir la corrupción asociada al crimen organizado transnacional en materia de sanciones administrativas, no se evidencia regulación en esta materia.

3.5. Análisis comparado

Conforme a lo consignado anteriormente, en los ordenamientos jurídicos de los países desarrollados aquí consultados las sanciones se imponen en ejercicio del *ius puniendi* estatal y existe identidad de principios punitivos entre el derecho penal y el derecho sancionador administrativo.

En España y Francia las sanciones administrativas siguen siendo en esencia las clásicas del derecho público y excluyen cualquier forma de privación de la libertad, mientras que en Estados Unidos estas sanciones se imponen desde la óptica del derecho penal, civil y disciplinario y son susceptibles de pena privativa de la libertad.

España y Francia consagran en sus respectivos ordenamientos jurídicos un sistema que de alguna manera permite cierta laxitud y margen de discrecionalidad a la Administración Pública al no existir criterios unívocos que de manera objetiva guíen la interpretación en el establecimiento de la gravedad de la falta y la graduación de la sanción administrativa, lo que va en contravía de los estándares internacionales establecidos en materia de sanción administrativa y procedimiento administrativo sancionatorio por la Corte IDH los cuales en suma apuntan a la salvaguarda del “debido proceso legal”, el cual debe ser observado tanto en sede judicial o jurisdiccional como en sede administrativa.

Respecto de las respuestas en materia sancionadora administrativa frente a la corrupción (y en particular la corrupción asociada al crimen organizado transnacional), es preciso mencionar que dicha posibilidad aún no aparece contemplada en ninguno de los sistemas sancionatorios administrativos de los países desarrollados examinados en este capítulo. En España, Francia y Estados Unidos, el tratamiento de la corrupción asociada a la delincuencia organizada transnacional ha sido abordado de manera eficaz desde el derecho penal; dicha problemática no se reporta como bordada desde el derecho sancionador administrativo.

4. SISTEMAS LATINOAMERICANOS DE REFERENCIA: ARGENTINA, BRASIL, CHILE, MÉXICO Y PERÚ

En el ámbito regional el tema de las sanciones administrativas ha sido tratado con diferentes matices y grados de intensidad normativa, no obstante, se tiene como rasgo común que la imposición de las mismas, por una parte, es considerada una expresión necesaria del *ius puniendi* del respectivo Estado y, por otra parte, la proporcionalidad en la graduación y dosificación de la sanción está sujeta a amplios

márgenes de discrecionalidad debido a la ausencia de disposiciones taxativas y criterios unívocos de interpretación.

Conforme a la aproximación aludida en la introducción, en el presente apartado, luego de analizar los sistemas de sanciones administrativas aplicables en Argentina, Brasil, Chile, México y Perú, investigaremos si la posibilidad de ocurrencia de hechos de corrupción (incluida la vinculada a la criminalidad organizada transnacional) ha sido contemplada en sus diferentes ordenamientos jurídicos en materia sancionatoria administrativa, ello teniendo en cuenta que la corrupción y el crimen organizado son fenómenos que afectan particularmente a la mayoría de los países de América Latina; según los últimos reportes de la ONG Transparencia Internacional (TI) en la región la corrupción se halla estancada, el índice de percepción de la corrupción (IPC) señala que en América Latina este flagelo lleva una década enquistado. Según voceros de la institución el referido estancamiento:

[...] no solo ha socavado la democracia y los derechos humanos, sino que ha ahondado también en los índices de pobreza y desigualdad (...) en la región existen los elementos legislativos para luchar contra la corrupción, pero falta compromiso de los gobiernos para llevar a cabo “acciones firmes” que materialicen dicha capacidad (Sedano, 2022).

4.1. Argentina

En el ordenamiento jurídico argentino no existe una ley o régimen que con carácter general regule la potestad sancionadora de la Administración estableciendo los contenidos mínimos y principios fundamentales de dicha potestad ni existe una disposición que de manera precisa establezca una definición y alcance del concepto. No obstante, el Congreso de la Nación ha incluido disposiciones específicas en las distintas leyes que facultan a la Administración a controlar y castigar el eventual incumplimiento de los particulares respecto de las obligaciones en ellas establecidas (Monzón, 2018).

Según Sanguinetti (2009) parece haber consenso entre la doctrina Argentina en cuanto a que no existe diferencia sustancial entre los ilícitos penales y administrativos, sino, simples diferencias cuantitativas, quedando a criterio del Legislador la calificación de la con-

ducta como delito o infracción, lo que ha llevado a la doctrina de ese país a concluir que tanto las sanciones penales como las administrativas tienen naturaleza represiva y son una clara manifestación del *ius puniendi* del Estado (que es uno solo y está en cabeza del Poder Judicial) pudiendo ser diferenciadas únicamente por la autoridad que las impone (Sanguinetti, 2019: 4).

Como consecuencia de lo anterior, todos los principios del derecho penal son aplicables a las actuaciones administrativas. Al respecto, el ordenamiento jurídico interno se ha basado en lo dispuesto por la Corte IDH cuyas decisiones sobre los alcances de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (la CADH) constituyen, tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, una pauta insoslayable de interpretación para los poderes constituidos argentinos (Sanguinetti, 2019: 6 *et. seq.*).

La Administración se encuentra facultada para imponer a los particulares sanciones de diversa índole que responden a distintas finalidades:

[...] A) Sanciones penales-administrativas: por violación a las normas de policía general o sectorial (leyes de tránsito, de protección del medio ambiente, de defensa de la competencia y de telecomunicaciones) y por incumplimiento a la legislación tributaria. Estas sanciones no presentan una diferencia sustancial con las contempladas en el Código Penal. B) Sanciones-disciplinarias: aquellas que impone la Administración a sus funcionarios cuando su comportamiento altere o pueda alterar el buen funcionamiento del servicio que deben prestar. C) Sanciones contractuales: aplicables en casos de incumplimiento de obligaciones contraídas en el marco de una relación contractual con la Administración (Monzón, 2018).

Al imponer la respectiva sanción, según lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, en el acto sancionatorio el funcionario competente, en virtud del principio de proporcionalidad, deberá ponderar las circunstancias concurrentes a efectos de alcanzar la necesaria y debida adecuación entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida (Universidad Nacional del Nordeste, 2003).

En lo atinente a las fortalezas y debilidades de las medidas institucionales relativas a la determinación de la naturaleza de las faltas y las sanciones administrativas, se evidencia que no existe un régimen

general que regule el procedimiento administrativo sancionatorio y en su lugar se encuentran disposiciones aisladas en distintos cuerpos normativos otorgando facultades sancionatorias a la Administración, lo que evidencia una política legislativa inconsistente (Sanguinetti, 2019: 17) y propicia amplios márgenes de discrecionalidad administrativa en lo relativo a la graduación y dosificación de la sanción.

Finalmente, respecto de la regulación de las conductas constitutivas de hechos de corrupción asociada al crimen organizado transnacional se observa que el ordenamiento jurídico, en materia de sanciones administrativa, no contempla dicha regulación.

4.2. Brasil

Las sanciones administrativas en Brasil revisten una marcada complejidad tanto a nivel sustancial como procedimental. En palabras de Aguilar & Desiree (2019) “El derecho administrativo sancionador brasileño comprende una amplia gama de normas, procedimientos, infracciones, sanciones y castigos. En efecto, a partir del mismo hecho es posible identificar más de una sanción administrativa, lo que de inmediato revela su magnitud”.

Las sanciones administrativas no se encuentran codificadas en un solo cuerpo normativo y “muchas de las cuestiones de derecho están tomadas de la racionalidad sancionadora, que se inserta en los presupuestos penales” (Aguilar & Desiree, 2019).

En Brasil puede dar ocasión a la imposición de una sanción administrativa cualquier administrado y además la misma Administración Pública (tanto la directa como la indirecta, así como la centralizada y la descentralizada)¹¹, los consejos de entidades como la orden de abogados, ingenieros y médicos, y los organismos o agencias reguladoras. Respecto de la autoridad que aplicará la sanción “ésta puede ser administrativa o judicial, ya que también tienen la facultad

¹¹ El art. 18 de la Constitución dispone que: “La organización político-administrativa de la República Federativa del Brasil comprende la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, todos autónomos, en los términos de esta Constitución”

de sancionar a los agentes públicos en el ámbito administrativo. Las autoridades corporativas también pueden imponer sanciones, como en el caso del asesoramiento profesional” (Aguilar & Desiree, 2019). De tal suerte y según lo explica Medina Osório citado por Aguilar & Desiree (2019) el derecho administrativo sancionador en Brasil “puede afectar a diferentes campos, por ejemplo, tributario, económico, policial, de tránsito, infracciones a la salud pública, urbanismo, orden público, etc. y cualquier campo que implique una acción fiscalizadora y represiva por parte del Estado. Es mucho más amplio que el derecho penal, ya que incluso actúa como instrumento represivo de múltiples órganos y entidades, a diferencia de lo que ocurre en el derecho penal”.

El proceso administrativo de sanción debe estar regido por los principios constitucionales de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficacia, al igual que por los principios legales de proporcionalidad y razonabilidad¹².

Según el ordenamiento jurídico corresponde a la autoridad examinar el grado de gravedad del hecho realizado para aplicar razonablemente la sanción a los administrados.

Según la Ley Federal N° 9.784/1999 artículo 68: “las sanciones, a ser aplicadas por la autoridad competente, tendrán carácter pecuniario o consistirán en una obligación de hacer o no hacer, asegurando siempre el derecho a la defensa”. La doctrina ha desarrollado la referida disposición legal, estableciendo que de tal suerte las sanciones pueden consistir en: (a) amonestación; (b) sanciones pecuniarias; (c) interdicciones de lugares o establecimientos; (d) inhabilitación temporal para determinada actividad; (e) extinción de la relación jurídica con el gobierno; y (f) embargo y/o enajenación de bienes. Las sanciones administrativas en ningún caso dan lugar a la imposición de pena privativa de la libertad (Aguilar & Desiree, 2019).

¹² Los principios de proporcionalidad y razonabilidad apuntan a que “[...] como afirma Medauar (2011), cumplir con el “deber de no imponer, a los particulares en general, obligaciones, restricciones o sanciones en mayor medida de lo estrictamente necesario para atender el interés público, según un criterio de razonable adecuación de medios a los fines” (Aguilar & Desiree, 2019).

En la práctica son muchas las regulaciones sancionadoras en Brasil y van desde multas ambientales y fiscales, pasando por regulaciones en el ámbito de las agencias reguladoras hasta el poder de policía de las actividades de inspección de tránsito y otras sanciones específicas como las contenidas en la Ley N° 8.429/1992 (Ley de Faltas Administrativas), la Ley N° 8.666/1993 (que rige las licitaciones en contratación pública), La Ley N° 9.503/1997 (que establece las normas sobre el tránsito), la Ley N° 12.529/2011 (que regula el Consejo Administrativo para la Defensa de la Economía CADE), y la Ley N° 12.846/2013 (Ley Anticorrupción).

A propósito de esta última, Ley N° 12.846/2013 (Ley Anticorrupción), es del caso mencionar que Brasil en su compromiso por responsabilizar también a las personas jurídicas por actos de corrupción, mediante el Decreto Nro. 3.678 de 2000, ratificó la Convención Sobre Lucha Contra la Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) de 1997; a través del Decreto Nro. 4.410 de 2002, ratificó la Convención Interamericana Contra la Corrupción de 1996; y bajo el Decreto Nro. 5.687 de 2006, ratificó la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción de 2003. Como resultado, el 1° de agosto de 2013 la Presidencia de la República de Brasil firmó la Ley Nro. 12.846/13 sobre responsabilidad administrativa y civil de personas jurídicas por la práctica de actos contra la administración pública, nacional o extranjera, ésta Ley, denominada como Ley Anticorrupción o Ley de la Empresa Limpia, es la Ley de la lucha contra la corrupción en Brasil y contempla castigos no sólo para las personas naturales o físicas que pagan y reciben sobornos, sino también para las empresas que se involucran en actos de corrupción.

La Ley brasileña de la Empresa Limpia de 2013 se alinea con la tendencia internacional de introducción de programas de prevención de delitos en las empresas y para tal efecto prevé sanciones a nivel administrativo (y no penal) con respecto a las conductas de corrupción activa que en ellas se detecten. Según Carvalhosa (2014):

[...] este criterio sancionador/administrativo sigue la tendencia de ampliación y prevalencia de la jurisdicción administrativa sobre la penal, mediante la continua y creciente creación de agencias independientes en la gestión pública, que son, al mismo tiempo, regulatorias y sancionatorias.

Uno de los elementos novedosos de la Ley Anticorrupción es el denominado “pacto de clemencia” que consiste en un acuerdo en virtud del cual la persona jurídica deja de “oponer resistencia y se dispone a colaborar con las investigaciones de hechos lesivos a la Administración Pública, recibiendo de ella, a cambio, la exención o atenuación de las sanciones” (Aguilar & Desiree, 2019).

Ahora bien, sobre las fortalezas y debilidades que se apuntan respecto de las medidas institucionales relativas a la determinación de la naturaleza de las faltas y las sanciones administrativas, se evidencia que, pese a los ingentes esfuerzos realizados en la Ley N° 12.846/2013 (Ley Anticorrupción), persiste una notoria dispersión normativa, ausencia de criterios unívocos de interpretación de las faltas, y amplios márgenes de discrecionalidad en la graduación y dosificación de la sanción.

Respecto de la problemática aludida en la introducción acerca de la adopción de medidas jurídicas tendientes a combatir la corrupción asociada al crimen organizado transnacional en el ámbito de las sanciones administrativas, se observa que, el ordenamiento jurídico de Brasil efectivamente contempla medidas contundentes tendientes a combatir ese flagelo a través de la imposición de sanciones administrativas.

4.3. Chile

Tal como ocurre en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, en Chile el ejercicio del *ius puniendi* reconoce la existencia de dos manifestaciones del poder punitivo del Estado. Como lo señala Cordero (2020), en primer lugar se encuentra el derecho penal liberal y judicializado, aquel entregado a los tribunales de justicia y sujeto a una serie de principios y garantías (legalidad, tipicidad, culpabilidad, irretroactividad, *non bis in idem*, *indubio pro reo*, etc.); y en segundo lugar se encuentra la potestad punitiva de la Administración, a cuyos órganos se les atribuye la facultad para determinar la existencia de infracciones al orden jurídico y sancionarlas directamente, sin la intervención de la autoridad judicial.

No hay una definición legal del concepto de sanción administrativa. Las definiciones doctrinales por su parte, no son unificadas, no obstante, en términos generales y con una marcada influencia de la doctrina española aquellas se podrían resumir en la definición propuesta por Enteiche (2014):

[...] la sanción administrativa es un acto administrativo desfavorable, emitido por un órgano que ejerce potestades públicas administrativas, y aplicado a un particular, autoridad o funcionario, mediante un debido procedimiento, con la finalidad de reprimir o castigar una contravención normativa.

La sanción puede ser aplicada por parte de la Administración Pública u otro Poder Público como el Judicial (Título XVI, Párrafo 1° del Código Orgánico de Tribunales) o el Legislativo (artículo 5^a, inciso decimoprimer, de la Ley N°18.918). El destinatario de la sanción puede ser un particular, o un funcionario o autoridad.

Respecto de los principios aplicables en el ámbito de las sanciones administrativas, el Tribunal Constitucional chileno en sentencia STC 244/1996 señaló lo siguiente: “los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado”. Adicionalmente, la jurisprudencia exige expresamente la observancia de los principios de proporcionalidad e inocencia. Es dable mencionar lo que apunta Cordero (2020) en el sentido de que pese a la notable evolución respecto de la aplicación “matizada” de los principios del derecho penal en el ámbito de las sanciones administrativas, en Chile, en ausencia de una regulación general sobre sanciones administrativas, persiste el problema de determinar si éstas sanciones son un tipo de sanción penal o su naturaleza es diversa¹³.

¹³ “El Derecho Administrativo Sancionador en Chile ha sido objeto de un intenso debate en la última década, como consecuencia de una progresiva jurisprudencia judicial, constitucional y administrativa que encontró su justificación en el denominado *ius puniendi* estatal. Sin embargo, paralelamente el Congreso aprobó leyes que desde los sectores de referencia y en ausencia de una regulación general, fueron estableciendo criterios normativos para legitimar la potestad sancionatoria, pero esta vez pensando en el correc-

En materia de sanciones en el ordenamiento “no hay una regulación administrativa general, pero si hay un cúmulo de normas desordenadas que se refieren a sanciones administrativas determinadas” (Letelier, 2017). Cordero (2014) a propósito de los principios y “matices” a los cuales se someten las sanciones administrativas en el ordenamiento jurídico chileno, manifiesta de forma diáfana que en el ámbito del derecho administrativo sancionador el ordenamiento:

[...] se ha caracterizado por la ausencia de una normativa general, contando sólo con una heterogénea y dispersa legislación sectorial, producto de una regulación nacida al amparo de alguna contingencia y con distinta intensidad regulatoria. En efecto, mientras que en algunos casos sólo se menciona un tipo genérico y se entrega a los órganos de la Administración su aplicación, en otros se regula en todos sus extremos el procedimiento sancionatorio y los criterios que se deben seguir para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores. No existe una vinculación ni tronco común entre una y otra manifestación del poder punitivo de la Administración. Por tal razón, el recurso a los principios generales ha encontrado en esta materia un campo fértil, atractivo y necesario para dotar de uniformidad, razonabilidad y de criterios comunes de solución en un ámbito de la actuación administrativa que estaba totalmente huérfano de un tratamiento teórico general y de pautas de actuación necesarias para la propia Administración y los tribunales de justicia (Cordero, 2014).

La sanción administrativa por excelencia es (la multa) y por mandato legal quedan excluidas las penas privativas de la libertad, pues imponer estas penas es competencia exclusiva de los tribunales de justicia a la luz del derecho penal.

En lo que respecta a las fortalezas y debilidades en cuanto a las medidas institucionales relativas a la determinación de la naturaleza de las faltas y las sanciones administrativas se observa además de la aludida dispersión normativa, amplios márgenes de discrecionalidad administrativa. En palabras de Cordero (2014) “la realidad nos muestra una situación dantesca. Buena parte de los deberes que se imponen a los particulares se encuentran en normas administrativas (re-

to funcionamiento de los ámbitos en donde deben operar los organismos administrativos. Así, esos “sectores testigo” están siendo determinantes en la identificación de los elementos básicos o comunes que debe cumplir la Administración Pública al momento de sancionar” Cordero (2020).

glamentos, circulares, instrucciones, oficios, etc.), con una mínima vinculación a la ley, las que muchas veces utilizan formulas generales y conceptos jurídicos indeterminados”.

Finalmente, no se evidencia la adopción de normas jurídicas en el ámbito de las sanciones administrativas orientadas específicamente a combatir la corrupción asociada al crimen organizado transnacional.

4.4. México

El modelo de represión de la corrupción escogido por México realiza una mixtura, reuniendo a los particulares en un régimen sancionador único junto con los servidores públicos.

En México el análisis del derecho administrativo sancionador se ha realizado a partir de sus similitudes con el derecho penal, como expresiones del *ius puniendi* del Estado. En la Ley General de Responsabilidades Administrativas a las infracciones disciplinarias se les ha denominado también faltas administrativas y tienen distinta graduación. La doctrina las denomina “sanciones administrativas disciplinarias”¹⁴ y son claramente distinguibles de los delitos y sanciones penales (Ruiz, 2017: 66).

Los respectivos procedimientos de responsabilidad administrativa deben llevarse a cabo con observancia de los principios de legalidad, presunción de inocencia, imparcialidad, objetividad, congruencia, exhaustividad, verdad material y respeto a los derechos humanos (art. 111).

El país adoptó la denominada Ley General de Responsabilidades Administrativas, un ordenamiento que en su título tercero clasifica una serie de infracciones a las que denomina faltas y establece una

¹⁴ Según lo expone Nettel (2017, la potestad sancionadora disciplinaria no es exclusiva de la Administración, a ella le corresponde cuando se trate específicamente de la potestad sancionadora administrativa, pero la potestad sancionadora en su peculiaridad de potestad disciplinaria es genérica, porque puede ser ejercida por la Administración y otros poderes públicos que la Ley autorice para realizar esta actividad materialmente administrativa en tutela del servicio público.

graduación de faltas administrativas no graves y faltas administrativas graves para los servidores públicos —estas últimas relacionadas con los hechos de corrupción— (arts. 49 al 64), faltas administrativas graves para los particulares (arts. 65 al 72), y faltas de particulares en situación especial (art. 73).

El título cuarto de la Ley está destinado a las sanciones que acarrear las faltas cometidas tanto por los servidores públicos como por los particulares. De conformidad con lo dispuesto en el art. 70 de la Ley, las sanciones administrativas deberán estar previstas en las leyes respectivas y podrán consistir en: “(a) amonestación con apercibimiento; (b) multa; (c) multa adicional por cada día que persista la infracción; (d) arresto hasta por 36 horas; (e) clausura temporal o permanente, parcial o total; y (f) las demás que señalen las leyes o reglamentos”.

Las sanciones son impuestas por el Tribunal Administrativo, la secretaría o los órganos internos de control. Según el art. 76 *ibidem*, dichas sanciones podrán imponerse en más de una de las modalidades que prevé el referido artículo 70, salvo el arresto. Así mismo, en virtud de lo establecido en el art. 78 de la Ley “las sanciones por infracciones administrativas se impondrán sin perjuicio de las penas que correspondan a los delitos en que, en su caso, incurran los infractores”.

Sobre las fortalezas y debilidades de las medidas institucionales relativas a la determinación de la naturaleza de las faltas y las sanciones administrativas vale mencionar que la Ley General de Responsabilidades Administrativas contempla en su art. 73 los siguientes criterios de interpretación que deben ser considerados por la autoridad administrativa a efectos de fundar y motivar su resolución: “(a) los daños que se hubieren producido o puedan producirse; (b) el carácter intencional o no de la acción u omisión constitutiva de la infracción; (c) la gravedad de la infracción; y (d) la reincidencia del infractor.” La vaguedad de estos criterios sugiere a todas luces un amplio margen de discrecionalidad al momento de establecer el quantum de la respectiva sanción administrativa.

Finalmente, respecto de la problemática aludida en la introducción relacionada con la corrupción asociada al crimen organizado transnacional, en materia de contratación estatal en México existen

dispositivos normativos de estricta naturaleza sancionatorio administrativa como la Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas que establece las responsabilidades y sanciones administrativas que deban imponerse a las personas físicas y morales, de nacionalidad mexicana y extranjeras, por las infracciones en que incurran con motivo de su participación en las contrataciones públicas de carácter federal. La sanción que se impone por regla general es (la multa) y la dosificación de la misma depende de los criterios establecidos en la misma norma en su artículo 28 que reza:

I. la gravedad de la infracción en que se incurra; II. las circunstancias económicas del infractor. Para efectos de lo previsto en esta fracción, se podrá considerar la información de los contratos que el infractor tenga celebrados y estén registrados en CompraNet, o bien, si no se contara con esa información, se podrá considerar el monto del contrato, permiso, concesión o transacción comercial que dé origen al procedimiento administrativo sancionador de que se trate; III. los antecedentes del infractor, incluido su comportamiento en contrataciones públicas de carácter federal previas o, en su caso, en transacciones comerciales internacionales; IV. el grado de participación del infractor; V. los medios de ejecución; VI. la reincidencia en la comisión de las infracciones previstas en esta Ley, y VII. el monto del beneficio, lucro, o del daño o perjuicio derivado de la infracción, cuando éstos se hubieren causado.

Adicionalmente, como se anotó, la Ley General de Responsabilidades Administrativas asocia las faltas graves a hechos que se reputan dentro del ordenamiento como hechos de corrupción tales como: cohecho, peculado, desvío de recursos públicos, utilización indebida de información, abuso de funciones, conflicto de intereses, contratación indebida, enriquecimiento oculto u ocultamiento de conflicto de interés, tráfico de influencias y encubrimiento. Aunque, resulta necesario puntualizar que esos hechos reputados corruptos también están descritos como delitos en el Código Penal y en la práctica suelen ser abordados jurisdiccionalmente a la luz de esta normatividad. Ahora bien, en lo que respecta estrictamente al crimen organizado transnacional en materia de sanciones administrativas no se evidencia la adopción de medidas legales específicas al respecto.

4.5. Perú

En el ordenamiento jurídico peruano el procedimiento sancionador está consagrado en la Ley N° 27444 o Ley del Procedimiento Administrativo General, texto único ordenado aprobado por el Decreto Supremo Nro. 004-2019-JUS, a través del cual se “disciplina la facultad que se atribuye a cualquiera de las entidades para establecer infracciones administrativas y las consecuentes sanciones a los administrados”.

El ejercicio de la potestad sancionadora peruana corresponde a las autoridades administrativas a quienes les hayan sido expresamente atribuidas por disposición legal o reglamentaria, sin que pueda asumirla o delegarse en órgano distinto.

Las disposiciones de la Ley Núm. 27444 se deben aplicar con carácter supletorio a todos los procedimientos establecidos en leyes especiales, los cuales deben observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa: legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, irretroactividad, concurso de infracciones, continuación de infracciones, causalidad, presunción de licitud, culpabilidad y, *non bis in idem*.

En virtud de lo dispuesto en el art. 2.10:

[...] las sanciones administrativas pueden ser definidas como toda aquella imposición de una situación gravosa o perjudicial para el administrado, generada como consecuencia de la contravención al ordenamiento jurídico. Las sanciones son dictadas en el curso de un procedimiento administrativo y con una finalidad principalmente de carácter represor.

Según, Ricker, Veramendi, Quequejana, & Sauñe (2017), las sanciones pueden ser:

1. En función de su finalidad: (a) sanciones de autoprotección (son aquellas en las que la Administración tutela su organización y orden internos, como por ejemplo, las sanciones disciplinarias); y (b) sanciones de protección del orden general (son aquellas que persiguen el control del orden social general en un sentido amplio, como por ejemplo, la multa).

2. En función al contenido de la sanción: (a) sanciones personales (son aquellas que suspenden, restringen o autorizan un derecho como, por ejemplo, la clausura de un establecimiento); y (b) sanciones reales (son aquellas que consisten de la imposición de dinero o en la sustracción de una cosa, como, por ejemplo, el embargo de los bienes por deuda tributaria).

3. En función del ordenamiento administrativo: (a) sanciones principales (son aquellas que imponen un gravamen al administrado, como, por ejemplo, la multa); y (b) sanciones accesorias (son aquellas que buscan reforzar la eficacia de la sanción como, por ejemplo, el internamiento de un vehículo).

La norma consagra expresamente la improcedencia de pena privativa de la libertad en materia administrativa sancionatoria.

Respecto de las fortalezas y debilidades de las medidas institucionales relativas a la determinación de la naturaleza de las faltas y las sanciones administrativas, son amplios los márgenes de discrecionalidad de la Administración en especial en lo que respecta a la graduación de la multa. En palabras de Morón (2005):

[...] en el mismo nivel reprochable se encuentran los casos en los que la norma señala la sanción de multa, pero prevé márgenes extremos para su aplicación, desde el monto ínfimo hasta otro extremadamente alto, dejando en la discrecionalidad de la administración ponderar su graduación. Aquí, el rango extremadamente abierto entre el mínimo y el máximo no tiene sustancial diferencia con la ausencia de especificación de la sanción, ya que virtualmente se estaría delegando a la administración determinar su contenido gravoso para los administrados.

De otra parte, no se evidencian en el ordenamiento dispositivos normativos relacionados con la corrupción y el crimen organizado transnacional en el ámbito de las sanciones administrativas.

4.6. Análisis comparado

De igual manera que en los países no-latinoamericanos analizados, en los ordenamientos jurídicos de América Latina las sanciones administrativas son impuestas en ejercicio del *ius puniendi* estatal y

existe también identidad de principios punitivos entre el derecho penal y el derecho sancionador administrativo.

En tal virtud, se hace evidente que en la generalidad de los países consultados, tanto latinoamericanos como no-latinoamericanos, en principio es estrecha la línea divisoria entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, puesto que, como ya se mencionó, a éste último deben aplicarse los mismos principios materiales y procesales que se aplican en derecho penal; la diferencia sustancial pareciera estar en la gravedad de la infracción o la importancia del bien jurídico tutelado, de tal suerte que los bienes jurídicos más importantes y las infracciones más graves tienen el carácter de delitos y son de competencia de los jueces a la luz del derecho penal y conllevan la imposición de una pena privativa de la libertad, mientras que, las infracciones menos graves tienen el carácter de faltas y son de competencia de la Administración Pública conforme a las reglas del derecho administrativo sancionador y acarrear la imposición de una sanción que generalmente consiste en una multa y en ningún caso admite la privación de la libertad —salvo en Estados Unidos y en México con la posibilidad de arresto hasta por 36 horas que en éste país se encuentra establecida en el artículo 70 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas—.

Así las cosas, en términos generales, tanto en países no-latinoamericanos como en los latinoamericanos, las infracciones o faltas más leves se sancionan en sede administrativa, probablemente por la especialidad que ofrece el derecho administrativo (como por ejemplo la posibilidad de determinar la responsabilidad de personas jurídicas o morales) y la necesidad de urgencia en la intervención, convirtiendo al derecho penal en una herramienta sancionadora reservada para las conductas más graves, como las relacionadas con la corrupción y la criminalidad organizada, respetando así su tradicional carácter subsidiario y de *ultima ratio*.

Adicionalmente, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos no existe una definición legal precisa del concepto de sanción administrativa, el cual ha sido construido por la doctrina y la jurisprudencia y pese a que el mismo hunda sus raíces en el derecho penal, pertenece a la órbita del derecho administrativo.

Asimismo, en todos los ordenamientos jurídicos consultados, a excepción de Estados Unidos, se observa que existe un amplio margen de discrecionalidad en la imposición de la sanción a falta de test específicos de proporcionalidad o instrumentos legales reglados de graduación; no existe una normatividad taxativa ni criterios estrictos de interpretación a efectos de indicar al funcionario competente cuál es el quantum de la sanción a imponer en el caso concreto.

Lo anterior sumado a que, en la mayoría de los ordenamientos investigados en este capítulo, no existe un cuerpo normativo único que recoja todas las infracciones o faltas administrativas y mucho menos las sanciones que la comisión de las mismas acarrearían. Esta dispersión normativa sumada a la referida laxitud interpretativa hace que la graduación y dosificación de la sanción reúna un alto componente de elementos discrecionales que pueden traducirse en una puerta abierta a la posibilidad de que el ámbito de las sanciones administrativas se vea permeado por la corrupción asociada a la criminalidad organizada transnacional.

En lo concerniente al tratamiento de este tipo de criminalidad es del caso señalar que en España, Francia y Estados Unidos el tema ha sido abordado desde el derecho penal y no desde el derecho sancionador administrativo y lo mismo sucede en la región en países como Argentina, Chile y Perú; solo los ordenamientos jurídicos de México y Brasil reportan un abordaje de estas temáticas, también, desde la óptica del derecho administrativo sancionador.

5. EL SISTEMA COLOMBIANO

5.1. *Situación general*

En Colombia la sanción administrativa tiene un carácter eminentemente aflictivo o represivo como expresión del *ius puniendi* estatal y en respuesta al incumplimiento del deber general de obediencia al ordenamiento jurídico.

El antiguo Decreto 01 de 1984 Código Contencioso Administrativo (CCA) expedido en vigencia de la Constitución Política de 1886, hacía alusión al procedimiento sancionatorio únicamente en su ar-

título 38 relativo a la caducidad de la facultad sancionatoria. Por tanto, para el ejercicio de esa potestad era necesario acudir al procedimiento administrativo general, con los consecuentes problemas de interpretación que traían mayor inseguridad jurídica y flagrantes violaciones al debido proceso. La Constitución Política de 1991 reconoció la existencia de un poder jurídico para imponer sanciones, cuyo ejercicio está sometido al derecho administrativo, otorgando a la Administración la calidad de sujeto activo de la potestad sancionadora. Posteriormente, la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), tuvo por finalidad ajustar las actuaciones administrativas a los postulados de la nueva Constitución Política de 1991 y en tal sentido, reemplazar el antiguo CCA. De tal surte, el CPACA reguló y organizó por primera vez de manera general un Procedimiento Administrativo Sancionatorio y ratificó que la potestad sancionadora de la Administración es de naturaleza administrativa, sujeta a reglas propias y principios vinculantes¹⁵, sin la tutela del derecho penal (Laverde, 2018: 43).

¹⁵ El debido proceso como principio vinculante para las actuaciones administrativas se encuentra consagrado en el artículo 3° del CPACA, artículo que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional debe interpretarse de conformidad con el alcance constitucional señalado en el artículo 29, disposición que a su vez encuentra soporte en normas de Derecho Internacional que conforman el bloque de constitucionalidad *stricto sensu* según lo señalado en el artículo 93, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 10 y 11), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Arts. XVIII y XXVI), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Arts. 14 y 15) y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Art. 8°). El derecho al “juez natural” previsto en el artículo 29, en el ámbito administrativo, se materializa en la “competencia”, elemento esencial para la validez del acto administrativo sancionatorio, so pena de la declaratoria de nulidad del mismo (Arts. 6°, 121 y 122 CP, Arts. 3-1, 47, 49 y 137 CPACA). La competencia como expresión del principio de legalidad es un postulado esencial del Estado social de derecho y por tanto debe observarse en todas las actuaciones del poder público. Adicionalmente, para que el requisito de la competencia se entienda cumplido en legal forma, es estrictamente necesario que el funcionario u órgano competente también sea “imparcial” según lo dispone el art. 8.1 de la CADH, el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 209CP y los arts. 3 y 11 del CPACA. La CIDH ha señalado que en virtud de la imparcialidad el juez o funcionario “[...] debe aparecer actuando sin estar sujeto a influencias,

En virtud del artículo 50 de la Ley 1437 de 2011 CPACA, salvo lo dispuesto en leyes especiales, la gravedad de las faltas y el rigor de las sanciones por infracciones administrativas cometidas por las personas naturales o jurídicas se graduarán por parte de la Administración atendiendo a los siguientes criterios: (a) daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados; (b) beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero; (c) reincidencia en la comisión de la infracción; (d) resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión; (e) utilización de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos; (f) grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes; (g) renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente; y (h) reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas.

5.2. Respecto de las fortalezas y debilidades de las medidas institucionales relativas a la determinación de la naturaleza de las faltas y las sanciones administrativas

Es necesario precisar que, si bien la Ley 1437 de 2011 CPACA reguló y organizó de manera general el Procedimiento Administrativo Sancionatorio, fueron muchas las regulaciones sectoriales de carácter especial expedidas con ocasión del nuevo orden constitucional de 1991, cada una de las cuales obra en una ley especial que contiene su propio catálogo de faltas y sanciones (siendo la multa la más común) generando así una enorme dispersión normativa que propicia

aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a —y movido por— el Derecho” (CIDH, Caso Apite Barbera y otros Vs. Venezuela, Sentencia del 5 de agosto de 2008). Por su parte la Corte Constitucional en Sentencia C-095 de 2003 manifestó que la garantía de imparcialidad: “[...] se convierte no sólo en un elemento esencial para preservar el derecho al debido proceso, sino también en una herramienta idónea para salvaguardar la confianza en el Estado de derecho, a través de decisiones que gocen de credibilidad social y legitimidad democrática” (Laverde, 2020: 87).

considerables márgenes de discrecionalidad; remitiéndose al CPACA sólo en lo que atañe al aspecto estrictamente procedimental. Son ejemplos de esas regulaciones o leyes especiales: el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la Ley 99 de 1993 sobre medio ambiente, la Ley 142 de 1994 sobre servicios públicos domiciliarios, la Ley 105 de 1993 y la Ley 336 de 1996 sobre transporte, y un gran etcétera. En palabras de Laverde (2018):

en los debates de la Comisión de Reforma al CCA se registró la existencia de, al menos, 162 procedimientos especiales y en una intención inicial se quiso que el nuevo Código los derogara en su totalidad. Ante la oposición de los sectores interesados, así como de la imposibilidad de integrarlos en un único procedimiento general, la labor codificadora se concentró en fortalecer el alcance del debido proceso administrativo y en establecer un procedimiento sancionatorio administrativo general expreso, con el fin de llenar el vacío existente en la materia, sobre el entendimiento de que unos y otros se nutrían de los postulados constitucionales.

Además de la gran dispersión normativa existente en la materia, resulta evidente que en Colombia la graduación de la sanción, si bien reúne elementos reglados, también cuenta con un importante componente de discrecionalidad tal como ocurre en los demás ordenamientos jurídicos consultados en este capítulo tanto en países desarrollados como en países de América Latina; si bien el aludido artículo 50 de la Ley 1437 de 2011 CPACA obliga a las autoridades administrativas a ponderar el quantum de la sanción bajo los criterios allí señalados, dichos criterios permiten tal grado de discrecionalidad que el mismo sólo podría reducirse efectuando una motivación muy precisa del acto administrativo sancionatorio, lo que en la práctica no siempre sucede.

Ahora bien, respecto de la problemática señalada en la introducción atinente a la regulación y adopción de medidas específicas tendientes a combatir la corrupción asociada a la criminalidad organizada transnacional en materia de sanciones administrativas, tenemos que, al igual que en Brasil y México, en Colombia también se contempla la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por soborno de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales mediante la Ley 1778 del 02 de febrero de 2016 por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las

personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción, y mediante la Ley 2195 del 18 de enero de 2022 por medio de la cual se adoptan medidas sancionatorias de carácter administrativo en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción.

5.3. Sobre la Ley 1778 del 02 de febrero de 2016

Según el Legislador este procedimiento sancionatorio deberá estar orientado en especial por los principios de: “debido proceso, igualdad, imparcialidad, presunción de inocencia, proporcionalidad de la sanción, seguridad jurídica, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad”.

Mediante la Ley 1778 del 02 de febrero de 2016, modificando el Estatuto Anticorrupción, Colombia, bajo lineamientos como los ya trazados por Estados Unidos a través del FCPA, dotó de competencia a la Superintendencia de Sociedades para que investigue actos de corrupción ocurridos en territorio extranjero, siempre que la persona jurídica o la sucursal de la sociedad extranjera tenga domicilio en Colombia. Así las cosas, la Superintendencia de Sociedades podrá investigar y sancionar las faltas cometidas por las personas jurídicas colombianas cuando, directamente o a través de sus empleados, contratistas o administradores, ofrezcan a un servidor público extranjero: (a) sumas de dinero; (b) cualquier objeto de valor pecuniario; y (c) otro beneficio o utilidad, con el fin de que dicho servidor público realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y en relación con un negocio o transacción internacional. Las entidades matrices colombianas serán igualmente responsables cuando, con su consentimiento o tolerancia, sus subordinadas realicen actos de soborno transnacional.

Las sanciones administrativas que acarrea la comisión de las mencionadas faltas según lo ordenado por el Legislador en la misma Ley 1778 del 02 de febrero de 2016 son: (a) multa de hasta doscientos mil (200.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes; (b) inhabilidad para contratar con el Estado colombiano por un término de hasta veinte (20) años (la inhabilidad para contratar con el Estado

iniciara a partir de la fecha en que la resolución sancionatoria se encuentre ejecutoriada y será impuesta a las personas jurídicas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8° de la Ley 80 de 1993); (c) publicación en medios de amplia circulación y en la página web de la persona jurídica sancionada de un extracto de la decisión administrativa sancionatoria por un tiempo máximo de un (1) año (la persona jurídica sancionada asumirá los costos de esa publicación); y (d) prohibición de recibir cualquier tipo de incentivo o subsidios del Gobierno, en un plazo de 5 años.

Adicionalmente, la norma contempla diez criterios de graduación que deben ser tenidos en cuenta por la Superintendencia de Sociedades a efectos de imponer las referidas sanciones, criterios que, dicho sea de paso, además de contener conceptos jurídicos indeterminados, dejan advertir un amplio margen de discrecionalidad administrativa en el establecimiento del quantum de la sanción. Estos criterios son los siguientes: (a) el beneficio económico obtenido o pretendido por el infractor con la conducta; (b) la mayor o menor capacidad patrimonial del infractor; (c) la reiteración de conductas; (d) la resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión y la conducta procesal del investigado; (e) la utilización de medias o de persona interpuesta para ocultar la infracción, los beneficios obtenidos o el dinero, bienes o servicios susceptibles de valoración económica, o cualquier beneficio o utilidad, ofrecido o entregado a un funcionario público nacional o extranjero, o cualquiera de los efectos de la infracción; (f) el reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas; (g) la existencia, ejecución y efectividad de programas de transparencia y ética empresarial o de mecanismos anticorrupción al interior de la empresa, conforme a lo previsto en el artículo 23 de esta ley; (h) el grado de cumplimiento de las medidas cautelares; (i) haber realizado un adecuado proceso de debida diligencia, previo a un proceso de fusión, escisión, reorganización o adquisición del control en el que esté involucrada la sociedad que cometió la infracción; y (j) haber puesto en conocimiento de las autoridades mencionadas en la presente ley la comisión de las conductas enunciadas en el artículo 2° por parte de empleados, representante legal o accionistas, conforme a lo previsto en el artículo 19 de esta ley.

5.4. Sobre la Ley 2195 del 18 de enero de 2022

La Ley 2195 modifica el art. 34 de la Ley 1474 de 2011 o Estatuto Anticorrupción, en lo que respecta a la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. Se fundamenta en prevención, pedagogía, sanción y fortalecimiento institucional, pretendiendo combatir de manera más efectiva la corrupción y el soborno transnacional que involucre a personas jurídicas o entes corporativos. En tal sentido busca prevenir los actos de corrupción, reforzar la articulación y coordinación de las entidades del Estado y recuperar los daños ocasionados por dichos actos con el fin de asegurar y promover la cultura de la legalidad e integridad y recuperar la confianza ciudadana y el respeto por lo público. Esta norma establece que las superintendencias o entes de vigilancia tienen la obligación de requerir a sus vigilados la implementación de programas de transparencia y ética empresarial, de esta forma pretende involucrar y responsabilizar a las empresas en la lucha anticorrupción del país haciendo que los empresarios se vean obligados a invertir recursos en la prevención de delitos para evitar las sanciones administrativas que como herramientas de coacción serán impuestas por las superintendencias y entes de supervisión competentes.

La nueva Ley contempla la creación de un régimen de responsabilidad administrativa sancionatoria derivado de la comisión de delitos que afecten el patrimonio público por parte de los administradores, funcionarios o empleados de las empresas domiciliadas en Colombia sean sucursales de sociedades extranjeras, uniones temporales, consorcios, empresas industriales y comerciales del Estado, empresas de economía mixta o entidades sin ánimo de lucro. Este régimen de responsabilidad pretende identificar la comisión de los delitos de manera temprana y denunciarlos ante las autoridades penales, en la misma línea de lo antes dispuesto en la Ley 1778 de 2016.

De igual manera, la norma hace extensivo el significado de corrupción a efectos de abarcar delitos tales como los cometidos contra el medio ambiente y el orden económico y social, el acaparamiento, la especulación, la alteración y modificación de calidad, cantidad, peso o medida, el uso indebido de patentes, entre otros, ampliando

así los delitos sobre los cuales recaería la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.

En lo relativo a las sanciones la Ley 2195 establece multas de hasta 200.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) más el beneficio obtenido o pretendido por la persona jurídica; la remoción de los administradores u otros funcionarios; la inhabilidad de la persona jurídica para contratar con el Estado; la publicación de la sanción con inclusión de la misma en los certificados de existencia y representación legal de la empresa; y la prohibición de recibir incentivos o subsidios del Gobierno durante 10 años. Son criterios de graduación de las sanciones los siguientes:

[...] Circunstancias Agravantes: a) El daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados. b) El beneficio económico obtenido o pretendido por el infractor para sí o a favor de un tercero. c) La reincidencia en la comisión de la infracción. d) La resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión y la conducta procesal del investigado. e) La utilización de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos. f) La renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente. Circunstancias Atenuantes: a) El reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas salvo que se esté en presencia de reiteración de conductas. b) El grado de cumplimiento de las medidas cautelares. c) La realización de un proceso adecuado de debida diligencia, en caso que la persona jurídica o la sucursal de sociedad extranjera domiciliadas en Colombia hayan sido adquiridas por un tercero, con posterioridad a los hechos de corrupción. d) Que la persona jurídica o sucursal de sociedad extranjera domiciliada en Colombia hayan entregado pruebas relacionadas con la comisión de los delitos del artículo 34 de esta ley por parte de sus administradores, funcionarios o empleados involucrados. e) Haber puesto en conocimiento de las autoridades de inspección, vigilancia y control la infracción. f) Adoptar medidas y acciones que, a juicio de la autoridad administrativa encargada de llevar la investigación, razonablemente permitan prevenir futuros actos de corrupción. g) Abstenerse de ejecutar los negocios jurídicos o de ejercer los derechos obtenidos mediante la ejecución de actos de corrupción.

Sobre las temáticas aludidas en la introducción la Ley 2195 del 18 de enero de 2022, se ha afirmado que:

[...] fortalece[n] las facultades otorgadas a las superintendencias para detectar, investigar y sancionar administrativamente a las personas

jurídicas por conductas de soborno transnacional ya que entre otras medidas: se adiciona a la sanción de multa por soborno transnacional, el beneficio obtenido o pretendido, se incluye la responsabilidad de las subsidiarias por conductas de la matriz en beneficio de la subsidiaria, se ajustan los requisitos para acceder a los beneficios por colaboración, se garantiza el acceso a información sujeta a cualquier tipo de reserva; se establecen nuevas tipologías de falsedades y omisiones en la contabilidad y se aumentan las sanciones administrativas para las personas jurídicas por incurrir en estas conductas; se garantiza el acceso al Registro Único de Beneficiarios Finales a la Entidad para el cumplimiento de sus funciones en materia de soborno transnacional, conglomerados e intervención por captación no autorizada. De esta manera la ley subsana algunas carencias detectadas por la OCDE en su evaluación en materia de implementación de la convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales¹⁶.

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES PARA AMÉRICA LATINA Y COLOMBIA

6.1. Conclusiones

De acuerdo a la aproximación aludida en la introducción, cuando no funcionan las medidas de prevención y los medios de control interno respecto de las prácticas de corrupción y criminalidad organizada transnacional, la Administración Pública debe hacer uso de la potestad sancionadora administrativa.

Como pudo evidenciarse, al igual que ocurre en el ámbito sancionatorio disciplinario, en el sancionatorio administrativo la corrupción también supone la consumación de una decisión tomada por la Administración Pública sobre la base de un esquema costo-beneficio de carácter fraudulento.

Acerca de las medidas institucionales relativas a la determinación de la naturaleza de las faltas y las sanciones administrativas, se pudo evidenciar que tanto en los países latinoamericanos como en los no-

¹⁶ *Vid.*: <https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Paginas/2022/Celebramos-las-herramientas-que-fortalecer%C3%A1n-la-lucha-contra-la-corrupci%C3%B3n-y-el-soborno-transnacional,-creadas-mediante-la.aspx>.

latinoamericanos, en lo concerniente a sujetos, principios, faltas y tipos de sanciones, el tratamiento de las sanciones administrativas guarda mucha similitud; las escalas de sanciones administrativas siguen siendo las clásicas del derecho público que se encuentran establecidas de manera gradual en cada ámbito en el que se aplican medidas o dispositivos represivos.

En términos generales, en los distintos ordenamientos consultados, latinoamericanos y no-latinoamericanos, las autoridades competentes para imponer las sanciones administrativas son las mismas autoridades encargadas de ejercer las demás funciones de carácter administrativo inherentes al cargo respectivo que tengan dentro de la respectiva entidad pública, es decir, la sanción administrativa es impuesta, en la mayoría de los casos, por autoridades no especializadas en imponer sanciones y sin un cuerpo normativo unificado y especializado vigente para el efecto.

En los ordenamientos jurídicos de países no-latinoamericanos como España y Francia, y en todos los latinoamericanos consultados (Argentina, Brasil, Chile, México, Perú y Colombia), se evidencian amplios márgenes de discrecionalidad en la actividad sancionatoria de la Administración, en particular en lo atinente a la graduación y dosificación de la sanción, que pueden llegar a ser la causa de una suerte de excesos que resulten en situaciones relacionadas de una u otra manera con la corrupción asociada a la criminalidad organizada transnacional, el tráfico de influencias, el nepotismo, el uso indebido de información privilegiada, la concusión, y demás circunstancias de desviación del recto y cabal desarrollo de la función pública.

Sobre ese particular se encontró además que, en virtud de lo señalado por la CIDH en consonancia con lo contemplado en normas internacionales tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (Arts. 10 y 11), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Arts. XVIII y XXVI), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Arts. 14 y 15) y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Art. 8°); una estricta sujeción a los postulados del debido proceso administrativo en lo concerniente a la graduación y dosificación de la sanción —lo cual incluye dar una adecuada dimensión al principio de proporcionalidad y realizar

una precisa motivación del acto sancionatorio— constituye una de las barreras más eficaces para frenar los actos ilícitos y en especial los relacionados con la corrupción en todas sus dimensiones.

Adicionalmente, se encontró que de todos los países consultados sólo Brasil, México y Colombia abordan la problemática de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional, también, desde el ámbito sancionatorio administrativo. Los demás países, tanto latinoamericanos como no-latinoamericanos dan cuenta de un abordaje de estas conductas desde el ámbito penal, y en el caso específico de los Estados Unidos desde los ámbitos penal, civil y disciplinario.

Es necesario tener presente que los países desarrollados efectivamente cuentan con instrumentos jurídicos robustos para combatir la corrupción incluida aquella asociada al crimen organizado transnacional. En el caso particular de los países latinoamericanos llaman la atención las graves consecuencias que ocasiona el flagelo de la corrupción y la criminalidad organizada transnacional agudizando la pobreza multidimensional de la población, acabando con la institucionalidad, entorpeciendo la gobernabilidad y obstaculizando la concreción de la democracia y la vigencia del Estado de Derecho, razón por la cual, en América Latina resulta de vital importancia fortalecer las instituciones y los sistemas de control y sanción para combatir de manera eficaz esta clase de criminalidad, no obstante, se observa que sólo Brasil, México y Colombia contemplan la lucha contra el crimen organizado transnacional dentro de los sistemas de responsabilidad que conllevan a la imposición de sanciones administrativas, aunque, valga reiterarlo, con amplios márgenes de discrecionalidad en la graduación y dosificación de la sanción administrativa, pues no existen criterios unívocos que de manera objetiva guíen la interpretación, excediendo así los alcances del principio de proporcionalidad.

6.2. Recomendaciones para América Latina

La adopción de una política legislativa que propenda por la efectiva implementación de las garantías del debido proceso llevando a la reducción del amplio margen de discrecionalidad que los distintos ordenamientos jurídicos de la región admiten en materia sanciona-

toria administrativa, en especial en lo concerniente a la graduación y dosificación de la sanción, estableciendo normativamente criterios más rigurosos de interpretación a la luz de una debida aplicación del principio de proporcionalidad en los términos planteados al inicio del presente capítulo, es decir, una política legislativa que en suma propenda por una estricta sujeción y observancia del principio de legalidad, eliminando los vacíos y los espacios de opacidad normativa, que redunde en evitar y controlar el influjo de la corrupción y la criminalidad organizada en los países de la región, asegurando un efectivo control sancionatorio administrativo.

De otra parte, el uso de la inteligencia artificial emerge como un aliado tecnológico para refinar y hacer más eficiente el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control, que deriven en la detección de casos que ameriten la intervención estatal y den lugar a la imposición de sanciones, especialmente cuando las conductas sancionables administrativamente correspondan a la realización de actos de corrupción. En este contexto, se proponen tres recomendaciones conexas:

Desarrollar técnicas de aprendizaje automático en las entidades administrativas de inspección, vigilancia y control, mediante el uso combinado de las tecnologías de información y la comunicación y de las metodologías de ciencia de datos, como herramientas que permitan una mayor y más precisa identificación de aquellas transacciones que presentan ciertas características que las hagan sospechosas de irregularidades. Esto con el fin de orientar hacia ellas los esfuerzos de fiscalización para hacer un monitoreo más eficiente de las actividades fiscalizadas.

Aprovechar los desarrollos de la ciencia de datos para emplear técnicas algorítmicas más sofisticadas que permitan mejorar significativamente la calidad del ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control, dada la imposibilidad de auditar el universo de sujetos y operaciones, de manera que se evite la tramitación de procesos administrativos sancionatorios que no lo ameriten y se centren los esfuerzos en aquellos casos que sí parezcan estar justificados.

Aplicar técnicas de analítica (descriptiva, diagnóstica, predictiva o prescriptiva) sobre los grandes volúmenes de datos en poder de la administración pública e incluso sobre los que son de libre acceso en Internet, con el fin de evidenciar patrones ocultos, correlaciones y tendencias que no podrían obtenerse de otra manera. De esta forma, se podrían conocer casos que ameriten la iniciación y tramitación de procedimientos administrativos sancionadores que de lo contrario permanecerían ocultos debido a la complejidad de su medición y análisis por otros medios.

Por último, se propone para la región adoptar las medidas legislativas y/o administrativas necesarias para asegurar la especialización de las autoridades encargadas de investigar, sustanciar y resolver los procedimientos administrativos sancionadores, e implementar programas de ética y auditoría interna con respecto a las mismas.

6.3. Recomendaciones para Colombia

Con respecto al ordenamiento jurídico colombiano, se recomiendan adoptar las siguientes medidas:

En aras de garantizar la imparcialidad, que las autoridades que aplican los procedimientos administrativos sancionatorios estén diferenciadas en autoridades investigadoras, sustanciadoras y resolutorias. Según lo expone Laverde (2020):

[...] a efectos de salvaguardar el principio de imparcialidad, modernas normas de procedimiento administrativo, como la Ley 39 de 2015 Art. 63 en España, encomiendan las fases de instrucción y decisión a órganos diferentes. Según esta premisa, en la práctica del derecho administrativo sancionador colombiano se compromete la observancia del convencional y constitucional principio de imparcialidad, toda vez que, en Colombia por regla general es un mismo funcionario o dependencia de la respectiva entidad pública la competente para adelantar las fases de instrucción e investigación de la actuación y la fase de imposición de la sanción o decisión de la actuación.

En segundo lugar, se propone el establecimiento de la especialización de las autoridades administrativas encargadas de investigar,

sustanciar y resolver los procedimientos administrativos sancionadores, como se ha hecho recientemente en materia disciplinaria. Esto requiere, cuando menos: (a) que haya una separación funcional, así no sea orgánica, entre la investigación y el juzgamiento, de tal manera que el funcionario que investigue y formule los cargos no sea el mismo que profiera la decisión (garantía de imparcialidad); y (b) garantizar que los funcionarios encargados de una y otra sean de carrera o de período fijo, de tal manera que no puedan ser removidos por el superior jerárquico que luego vaya a resolver la apelación (garantía de independencia), con el fin de preservar la validez convencional y constitucional de las sanciones impuestas y que el esfuerzo por imponerlas no resulte estéril.

En tercer lugar y desde la perspectiva de los sujetos vigilados, se propone establecer como una obligación a su cargo, verificable por parte del Estado, la implementación de programas de ética y auditoría interna.

Finalmente, se sugiere adoptar programas de divulgación para garantizar la transparencia en el ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria, para lo cual se propone adicionar una disposición que así lo establezca en la regulación de los procedimientos administrativos sancionatorios contenida en la Ley 1437 (2011), mediante la adición de un párrafo al art. 47.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-401-13, Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-980-10, Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1087/05, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.
- Corte IDH (2001), Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C N° 72, párr. 125.

- Corte IDH (2001), Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C N° 74, párr. 49 y 103.
- Corte IDH (2007), Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 107.
- Corte IDH (2008), Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) Vs. Venezuela. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr.63.
- Corte IDH (2009), Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C N° 202, párr. 156.
- Corte IDH (2009), Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C N.° 207, párr. 117.
- Corte IDH (2010), Caso Vélez Looor Vs. Panamá. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C N.° 218, párr. 142.
- Corte IDH (2015), Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C N.° 303, párr. 153.
- Corte IDH (2016), Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C N.° 330, párr. 178.
- Corte IDH (2017), Caso Zegarra Marín versus Perú. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C N.° 331, párr. 147 y 157.

Doctrina

- Aguilar, V. & Desiree, E. (2019). “Derecho Administrativo Sancionador en Brasil”. *Anuario Iberoamericano de Derecho Administrativo Sancionatorio Año 2019*. https://www.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=71aa1bf25f2d79e92228ec81047eedc0#indice_8.
- Carretero, A. (1995). *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.
- Carvalho, M. (2014). “La nueva ley anticorrupción brasileña”, *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 2. Pp. 37-45. <file:///C:/Users/1/Documents/Downloads/11967-Texto%20del%20art%20C3%ADcu-43479-1-10-20140729.pdf>.

- Cordero, E. (2013). "Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilena". *Revista de Derecho (Coquimbo)*. Vol. 20(1). Pp. 79-106.
- Cordero, E. (2014). "Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno-The Principles Governing the Administration's Sanctioning Power of the Chilean Law". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Núm. 42. Pp. 399-439.
- Cordero, L. (2020). "El derecho administrativo sancionador y los sectores de referencia en el sistema institucional chileno". *Ius et praxis-versión on-line ISSN 0718-0012*. Vol. 22(1). Pp. 240-265.
- Enteiche, N. (2014). "Acerca de las sanciones administrativas en Chile". *Revista ACTUALIDAD JURÍDICA*. Núm. 29. Pp. 2-10.
- Fernández, J. (2009). "La potestad sancionadora en el Derecho comparado. Francia (I)". *Documentación Administrativa*. Núm. 282-283. Pp. 1-18.
- García de Enterría, E. & Fernández, T. R. (2006). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: La Ley.
- Gómez-Ferrer Morant, R. (1989). *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*. Madrid: Editorial Civitas.
- Laverde Álvarez, J. M. (2018). *Manual de procedimiento administrativo sancionatorio*. Bogotá: Legis.
- Laverde, J. M. (2020). *La sanción administrativa – Perspectivas contemporáneas*. Bogotá: Legis.
- Leiva, J. (2019). "El Procedimiento Administrativo Sancionatorio en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Anuario Iberoamericano de Derecho Administrativo Sancionatorio Año 2019*. <https://www.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=f589beea62ad886639fbbd19b806d34f>.
- Letelier, R. (2017). "Garantías penales y sanciones administrativas-Criminal procedural safeguards and administrative sanctions". *Política Criminal*. Vol. 12(24). Pp. 622-689.
- López de la Osa Escribano, A. (2009). "La potestad sancionadora en Derecho comparado. Francia (II) Especial referencia a las autoridades administrativas independientes y a los sectores sanitarios, de seguros y de las telecomunicaciones". *Documentación Administrativa*. Núm. 282-283. Pp. 1-36.
- Marín, H.A. (2007). *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Medauar, M. (2011). "Los principios de procedimiento administrativo en Brasil y los desafíos de igualdad y de seguridad jurídica". *VRÜ Verfassung und Recht in Übersee* Vol 44. Núm. 3. Pp. 326-353.

- Monzón, M. (2018). “La sustantividad del derecho administrativo sancionador en el ordenamiento jurídico argentino”. *Sistema Argentino de Información Jurídica*. <http://www.saij.gov.ar/margarita-monzon-capdevila-sustantividad-derecho-administrativo-sancionador-ordenamiento-juridico-argentino-dacf180049-2018-02-21/123456789-0abc-defg9400-81fcanirtcod?&o=5&f=Total%7CTipo%20de%20Documento%7CFecha%7CTema/Derecho%20penal/R%E9gimen%20Penal%20Administrativo%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%7CColecci%F3n%20tem%Eltica%5B5%2C1%5D&t=1518>.
- Morón, J. (2005). “Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la administración pública en la ley peruana”. *Revistas Advocatus*. Núm. 13. Pp. 227-252.
- Nettel, A & Rodríguez, L. (2017). “El derecho administrativo sancionador en el ámbito disciplinario de la función pública”. *Revista Misión Jurídica*. Vol. 13(19). Pp. 111-124.
- Rebollo, M., Izquierdo, M., Alarcón, L. & Bueno, A. (2005). “Panorama del derecho administrativo sancionador en España-Los derechos y las garantías de los ciudadanos”. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. Vol. 7(1). Pp. 23-74.
- Ruiz, A. (2017). *Derecho disciplinario mexicano*. Ciudad de México: Porrúa.
- Sánchez, M. (2006). *Derecho administrativo*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Sanguinetti, J.C. (2019). *Impugnación y control judicial de las sanciones administrativas – sus particularidades a la luz de los principios y garantías constitucionales aplicables*. Madrid: La Ley.
- Silva Cimma, E. (1989). *Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Barcelona, Buenos Aires, México D.F, Santiago de Chile*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Informes, resoluciones y otros documentos

- CIDH. (2013). “Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia: Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas”. *OEA/Ser. L/V/II, doc.44, párr. 200*. <https://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/operadores-de-justicia-2013.pdf>.
- CIDH. (2019). “Corrupción y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”. *Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 6 de diciembre de 2019 (OAS. 2019 documentos oficiales; ea/ser/v/ii) on Cataloging-in-Publication Data-Inter-American Commission*. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf>.

- Diaz, R. (2017). “Lista OFAC en los Estados Unidos: sanciones y consecuencias”. <https://www.irgloal.com/article/lista-ofac-en-los-estados-unidos-sanciones-y-consecuencias/>.
- OEA. (1969). “Convención Americana sobre Derechos Humanos”. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>.
- OEA. (2007). “Cumplimiento De Los Estados Unidos De América De La Convención Interamericana Contra La Corrupción Informe De La Sociedad Civil Al Comité De Expertos”. http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic2_usa_inf_sc_sp.pdf.
- Ricker, T., Veramendi, Y., Quequejana, S. & Sauñe, A. (2017). “Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador”. *Ministerio de Justicia del Perú*. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/09/LEGIS.PE-Minjus-Guía-práctica-sobre-el-procedimiento-administrativo-sancionador.pdf>.
- Sedano R. (2022). “Transparencia Internacional señala estancamiento de la corrupción en países de América”. <https://www.france24.com/es/am%C3%A9rica-latina/20220125-transparencia-estancamiento-corrupcion-america-latina>.

Capítulo 6

La regulación de las faltas y las sanciones disciplinarias: especial atención a la necesidad de reducir los ámbitos de discrecionalidad en su aplicación

JESSICA MURILLO MENA*

1. INTRODUCCIÓN

Cuando no funcionan las medidas de prevención y los medios de control interno respecto de las prácticas de corrupción, incluidas las promovidas por el crimen organizado transnacional, identificadas en los capítulos anteriores, la Administración Pública se ve en la necesidad de hacer uso de la potestad sancionadora, es decir, de la facultad de imponer sanciones bien sea administrativas o disciplinarias, siendo éstas últimas, y su régimen de aplicación, de especial interés dentro del presente capítulo.

La corrupción se entiende en materia sancionadora disciplinaria como la consumación de una decisión tomada por la Administración Pública sobre la base de un esquema costo-beneficio, donde se analizan las posibilidades y las consecuencias del actuar fraudulento² y se

* Doctoranda en Derecho (Universidad del Rosario). Magíster en Derecho Administrativo (Universidad del Rosario). Especialista en Derecho Administrativo (Universidad Libre). Conciliadora certificada y Diplomada en Docencia universitaria del Derecho (Universidad Libre). Abogada (Universidad Libre). Profesora universitaria y Asistente graduado, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Público, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia).

² En su tercer informe, la Relatora DESC señaló “La corrupción es por naturaleza una actividad que se alimenta del secreto; se beneficia con el acceso

investiga con el fin de imponer una sanción o decretar el archivo de la respectiva investigación. Por ello, conocer los aspectos sustanciales del régimen sancionatorio disciplinario y determinar cuáles son los factores que facilitan la toma de decisiones corruptas (generalmente, con base en un amplio margen de discrecionalidad) es fundamental para un adecuado diagnóstico del fenómeno, así como para proceder a la formulación y adopción de las medidas pertinentes dirigidas a erradicar las diversas formas de esta clase de comportamientos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) estima que, en términos generales, los principales factores que facilitan la corrupción en la Administración Pública son de naturaleza institucional y cultural. Para la CIDH dichos factores institucionales son principalmente:

1. La debilidad institucional del Estado, que se caracteriza por su incapacidad de cobertura territorial y por instituciones incapaces de cumplir plenamente con sus funciones.

2. El monopolio o concentración de poder en áreas donde se manejan recursos o se toman decisiones con alto impacto económico, político y social.

3. La falta de control de los actos de la autoridad, lo que se basa en poca transparencia y rendición de cuentas en torno a las decisiones adoptadas por la autoridad, así como en la naturaleza secreta de la corrupción.

4. El alto nivel de impunidad, ello permite que actos o sistemas de corrupción operen sobre la base de garantías de que el costo de la corrupción es ampliamente superado por los beneficios obtenidos; y, finalmente, el factor que cobra mayor importancia en materia de sanciones disciplinarias.

5. El amplio espacio de discrecionalidad en la toma de decisiones por parte de agentes estatales.

desigual a la información que tienen las partes de una transacción y con ello se va extendiendo, especialmente cuando el costo de una conducta corrupta es bajo y la ganancia elevada”. Naciones Unidas, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Sra. Christy Mbonu, E/CN.4/Sub.2/2005/18, 22 de junio de 2005: párr.10.

La impunidad se garantiza en la medida que los actos no se investigan y si se investigan no se sancionan y si se sancionan, las consecuencias son desproporcionadas en relación al beneficio obtenido. Esta amplia discrecionalidad sin el debido control y rendición de cuentas es una potencial fuente de actos de corrupción. Ello demuestra dos dimensiones de la discrecionalidad: *ex ante*, en relación con la razonabilidad de las medidas a adoptar, y *ex post*, con respecto al control sobre esas decisiones (CIDH, 2019).

Es dable mencionar que la CIDH en igual sentido que el Consejo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico OCDE (2017) advierte que cualquier estrategia para combatir la corrupción debe hacerse cargo de todos los referidos factores facilitadores. En consecuencia, señala que para enfrentar la corrupción estructural es necesaria una actividad coordinada de todo el aparato estatal, con diagnósticos precisos, metas adecuadas, sistemas de control formales, evaluación periódica, adecuar mecanismos de transparencia y publicidad, y por supuesto, implementar sistemas sancionatorios adecuados, pues la corrupción y otras violaciones a la integridad deben ser debidamente detectadas, investigadas y sancionadas. La erradicación de la corrupción es una obligación de medio, por lo que determinar los criterios para evaluar la seriedad de la respuesta estatal frente a las particularidades nacionales, necesita de criterios de valoración y la determinación de atacar estos factores institucionales y culturales (Jain, 2001).

A efectos del presente estudio es necesario comenzar por apuntar que las funciones desarrolladas por el Estado moderno como expresión de su soberanía deben tener como finalidad la consecución del bien común y, ello implica entre otras cosas, garantizar la toma de decisiones objetivas y justas desde una óptica razonable que permita investigar y sancionar las conductas constitutivas de infracción cometidas por servidores públicos, obviamente respetando sus derechos y garantías tal como lo impone un desarrollo recto y cabal de la función pública.

A través de su evolución el Estado ha sido concebido como un ente en el cual convergen una serie de potestades que producen situaciones jurídicas en las que otros sujetos resultan obligados. Una de aquéllas es la potestad sancionatoria definida por Santi Romano

(citado por Gómez-Ferrer, 1989) como un “poder jurídico para imponer decisiones a otros para el cumplimiento de un fin” y más precisamente como “el ejercicio del *ius puniendi* estatal: una pena o un castigo con una finalidad represiva y aflictiva”³. Claro está, dicho poder o capacidad de imponer sanciones debe ser necesariamente limitado y controlable, es decir, debe estar ceñido a un *Thelos* o fin concreto que es susceptible de control judicial⁴. De tal suerte, la finalidad represiva y aflictiva del *ius puniendi* como expresión de la potestad sancionatoria del Estado, es un medio dirigido al cumplimiento de un fin o *Thelos* que no es otro que el control. Así, cuando no funcionan las medidas de prevención y los medios de control interno, el Estado se ve en la necesidad de adoptar mecanismos de control como las sanciones, las cuales son herramientas de heterocontrol con las que se busca “poner en cintura a quien se ha salido de la norma” (Laverde, 2018: xxi). Como lo señala Sánchez (2006):

[...] todos los ordenamientos jurídicos contemporáneos reconocen también una potestad sancionadora más o menos extensa a favor de la administración pública. En su ausencia, muchas infracciones quedarían sin reprimir, lo que mermaría considerablemente la eficiencia de la actuación administrativa y también del Estado de derecho, pues una obligación legal cuyo incumplimiento carece de consecuencias jurídicas desfavorables para el infractor acaba por perder su valor.

Los retos con los que se enfrenta la Administración Pública en materia de sanciones disciplinarias se relacionan en gran medida con la necesidad de hacer frente a una suerte de excesos facilitados por la ambigüedad y falta de concreción de las definiciones de las faltas y las sanciones disciplinarias, lo cual amplía los márgenes de discre-

³ Estas definiciones dadas por Rafael Gómez-Ferrer Morant, actualmente asumidas por la doctrina jurídica, son el resultado de las ideas inicialmente plasmadas por el jurista italiano Santi Romano (Palermo 1875-Roma 1947), las que a su vez han sido defendidas por diferentes autores (Gómez-Ferrer, 1989: 1357).

⁴ La viabilidad de que las decisiones administrativas que terminan con la imposición de una sanción administrativa puedan ser conocidas por las instancias judiciales pertinentes, se justifica no como una tercera instancia, sino por la oportunidad de verificar la legalidad del acto. En últimas, para determinar la validez jurídica de la decisión administrativa. (Corte Constitucional, 2013).

cionalidad y abre la puerta a la ocurrencia de hechos de corrupción (incluida la corrupción vinculada al crimen organizado transnacional) y demás circunstancias de desviación del recto y cabal desarrollo de la función pública.

En el ejercicio de la potestad sancionadora, la CIDH (2019) considera que la garantía material del debido proceso (plazo razonable, garantía de imparcialidad, deber de investigar, deber de motivar, posibilidad de interponer recursos y control judicial) constituye una barrera eficaz para evitar el desbordamiento de la discrecionalidad en la adopción de decisiones sancionatorias. Según la Comisión, las garantías del debido proceso no sólo son derechos individuales de las personas que intervienen en un proceso judicial, sino que también pueden ser un mecanismo de prevención contra la corrupción en el ámbito de las sanciones disciplinarias, porque el escrutinio de los mínimos exigibles, es decir, la observancia del debido proceso en una investigación permite limitar la discrecionalidad de las autoridades y de esta manera, limitar las posibilidades de actos de corrupción vinculados con la forma en que se dirige la investigación (*Ídem*).

Esto mismo sucede respecto de la definición de manera concreta y precisa de las conductas constitutivas de falta, como de la sanción que se atribuye a cada una de las mismas, evitando así una excesiva discrecionalidad interpretativa por los operadores jurídicos que aplican el régimen sancionatorio.

Como lo señala Rotondo (2016) las decisiones discrecionales en materia disciplinaria pierden de vista el hecho de que en esta área:

[...] los límites definen en la real configuración de una falta, que esta sea apreciada conforme con el principio de la verdad material y relacionada debidamente con un deber funcional; que se la persiga en aras del orden propio de la organización administrativa; que la sanción se adecue al listado que prevea la regla de derecho y a los principios aplicables, entre ellos el de razonabilidad, con su derivación de proporcionalidad, los de igualdad, culpabilidad y debido proceso.

Si bien cada país cuenta con su propia regulación sustancial en materia de sanciones disciplinarias, existe consenso en que los amplios márgenes de discrecionalidad en la imposición de la sanción o en el archivo de la respectiva investigación, abren la puerta a ciertas

prácticas que se relacionan directamente con la corrupción, como la aceptación de sobornos para la apertura o cierre de las investigaciones. Esto a su vez favorece que permanezcan al interior de la Administración personas coludidas con dichas prácticas, propiciando que las organizaciones delictivas se infiltren y muevan sus tentáculos dentro de las instituciones y en general, que se establezcan relaciones entre redes criminales y funcionarios de la Administración Pública⁵.

De acuerdo con lo anterior, en el presente capítulo se expondrá, en su orden, lo relativo a: (a) estándares internacionales sobre sanciones disciplinarias; (b) sanciones disciplinarias-sujetos, principios, fines y tipos de sanciones en los sistemas nacionales no latinoamericanos: los casos de España, Francia y Estados Unidos; (c) tratamiento de las sanciones disciplinarias en América Latina; sujetos, principios, fines, faltas y tipos de sanciones: los casos de Argentina, Brasil, Chile, México y Perú; (d) las sanciones disciplinarias en Colombia y las fortalezas y debilidades de su regulación en relación con los estándares internacionales y regímenes nacionales previamente estudiados; y (e) conclusiones: propuestas de estrategias y medidas contra la corrupción (en particular, la asociada con el crimen transnacional) en relación con las sanciones disciplinarias en América Latina y Colombia.

⁵ La delincuencia organizada en Colombia es una actividad colectiva, una estructura jerárquica organizada, en donde existe un monopolio de varios criminales respecto a cometer diversos delitos de los cuales muchos de ellos quedan en la impunidad. El narcotráfico como parte de la delincuencia organizada transnacional corrompió al sistema de justicia y seguridad, esto suscitó que se descuidaran otras clases de crímenes, los que obviamente aumentaron. Así mismo, la delincuencia organizada y las prácticas corruptas van de la mano: la corrupción facilita las actividades ilícitas y las intervenciones de los organismos encargados de hacer cumplir la ley. La lucha contra la corrupción es, por tanto, esencial para combatir la delincuencia organizada. Es más, se ha establecido un nexo entre esta última, la corrupción y el terrorismo (Torres, 2013).

2. ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE SANCIONES DISCIPLINARIAS

Sobre este particular debe mencionarse en primer lugar que la Ley Modelo sobre Normas de Conducta para el Desempeño de Funciones Públicas (que hace parte de un conjunto de herramientas de cooperación jurídica desarrolladas por la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), a través del Departamento de Cooperación Jurídica de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, en cumplimiento de las acciones y mandatos previstos en el Programa Interamericano de Cooperación para Combatir la Corrupción, con la finalidad de apoyar a los Estados en la implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción y de las recomendaciones que les han sido formuladas en el marco del mecanismo de seguimiento para la implementación del tratado, conocido como MESICIC) contempla, haciendo una descripción taxativa, que las faltas en que pueden incurrir los servidores públicos en el ejercicio de su cargo se clasifican en: (a) muy graves; (b) graves y (c) leves. Así mismo, apunta que por razón de la comisión de faltas disciplinarias pueden imponerse las siguientes sanciones: (a) separación del servicio; (b) suspensión de funciones; (c) traslado con cambio de residencia y (d) amonestación con anotación en el expediente personal y amonestación simple.

En segundo lugar, vale destacar la Recomendación de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) sobre Integridad Pública que llama a los adherentes a:

[...] garantizar que los mecanismos de aplicación y sanción ofrezcan respuestas apropiadas a todas las sospechas de infracciones de las normas de integridad pública por parte de funcionarios públicos y de todas las demás personas o entidades implicadas en las infracciones, en concreto: a. aplicando las normas de integridad pública de manera justa, objetiva y oportuna (en particular, en los procedimientos de detección, investigación, sanción y apelación) a lo largo del proceso disciplinario, administrativo, civil y/o penal; b. promoviendo mecanismos para la cooperación y el intercambio de información entre los organismos, las entidades y los funcionarios respectivos (a nivel institucional, subnacional y nacional) para evitar solapamientos y brechas e incrementar la rapidez y proporcionalidad de los mecanismos de aplicación; c. fomentando la transparencia en relación con la eficacia de los mecanismos de aplicación y sanción y los resultados de casos,

dentro de las entidades del sector público y hacia el público, concretamente, elaborando datos estadísticos relevantes que respeten la confidencialidad y otras disposiciones jurídicas (OCDE, 2017).

Señala el Consejo de la OCDE que los funcionarios públicos suelen estar sujetos a tres tipos principales de responsabilidades legales y a sus mecanismos de aplicación correspondientes en relación con las violaciones a la integridad: disciplinarias, penales y civiles. Los fundamentos de los mecanismos de aplicación y sanción disciplinarios se basan en la relación laboral con la Administración Pública y las obligaciones y deberes específicos que se le deben. El incumplimiento de estas obligaciones y deberes conlleva sanciones de carácter administrativo, como advertencias o reprimendas, suspensiones, multas o despidos. En atención al principio de aplicación y sanción, el alcance de la conducta indebida abarca las violaciones de los principios de integridad y de los deberes de los funcionarios públicos que suelen figurar (aunque no exclusivamente) en los códigos de conducta, así como las conductas delictivas corruptas, como el cohecho o el abuso de la función pública. Al mismo tiempo que ofrece un panorama general de todos los sistemas de aplicación y sanción, este principio hace hincapié en los sistemas disciplinarios, cuya ejecución desempeña una función esencial dentro de los sistemas de integridad pública, porque fundamenta de manera más directa la labor y las actividades diarias de los funcionarios públicos y garantiza la adhesión y el cumplimiento de las normas y de los valores de integridad pública definidos en los códigos de conducta y los códigos de ética. Además, los sistemas disciplinarios tienen la capacidad de identificar las áreas de riesgo para la integridad en las que se requieren esfuerzos preventivos y medidas de mitigación (OCDE, 2017).

Para la OCDE hay varias herramientas y mecanismos diferentes que los gobiernos pueden utilizar para alcanzar las metas establecidas por el principio de aplicación y sanción, y el Consejo de la OCDE precisa que, independientemente del contexto, las siguientes características son componentes esenciales de un sistema exhaustivo de aplicación y sanción en materia de integridad: (a) las normas de integridad pública se hacen cumplir mediante procedimientos disciplinarios, civiles o penales, de conformidad con los principios de

justicia, objetividad y oportunidad; (b) existen mecanismos de supervisión, coordinación, cooperación e intercambio de información entre las entidades e instituciones pertinentes, dentro y entre cada régimen de aplicación; (c) las organizaciones del sector público son transparentes en cuanto a la eficacia de los mecanismos de aplicación y los resultados de los casos, respetando al mismo tiempo la privacidad y confidencialidad (OCDE, 2017).

Adentrándonos ahora en la posibilidad de que ocurran actos de corrupción en el desarrollo de las investigaciones disciplinarias, tenemos que, tal como ya se señaló, la OCDE efectivamente prevé dicha posibilidad en la Recomendación sobre Integridad Pública y sugiere para contrarrestarla la implementación y observancia de los mecanismos de aplicación y sanción derivados del principio del mismo nombre, a efectos de sancionar las conductas delictivas corruptas como el cohecho o el abuso de la función pública.

Ahora bien, en cuanto al crimen organizado transnacional, es decir, respecto de la posibilidad concreta de que se establezcan relaciones entre redes criminales transnacionales y funcionarios de la Administración Pública en materia de sanciones disciplinarias, vale decir que, a nivel de estándares internacionales no se hace alusión a dicha posibilidad. El crimen transnacional y en general la complicidad entre criminalidad organizada y Administración Pública, pese a ser prácticas reconocidas y denunciadas por los ciudadanos en los distintos países, no son abordadas de forma directa ni indirecta en los instrumentos internacionales relativos a sanciones disciplinarias; en ellos no se alude ni a la clase de faltas que esas conductas constituirían ni mucho menos a la clase de sanciones que las mismas acarrearían.

Así las cosas, aunque en términos generales se consideran altos los estándares internacionales sobre sanciones disciplinarias, nada se apunta específicamente frente esas prácticas en las que el crimen organizado se infiltra y mueve sus tentáculos dentro de las instituciones públicas en materia de sanciones disciplinarias pese a las devastadoras consecuencias institucionales, económicas y sociales que ello acarrea.

3. SISTEMAS NO LATINOAMERICANOS DE REFERENCIA: ESPAÑA, ESTADOS UNIDOS Y FRANCIA

Conforme a los lineamientos establecidos en la introducción del presente capítulo, en este apartado se analizarán los sistemas de responsabilidad disciplinaria aplicables en España, Francia y Estados Unidos, a efectos de conocer las fortalezas y debilidades de las distintas medidas institucionales relativas a la determinación de la naturaleza de las faltas y las sanciones disciplinarias, y así mismo, establecer cuáles son las tendencias imperantes en materia de sanciones disciplinarias en estos países, y en suma, conocer si la posibilidad de ocurrencia de hechos de corrupción (y en particular los asociados a la criminalidad organizada transnacional) han sido contemplados en sus ordenamientos jurídicos.

3.1. España

En España el derecho disciplinario tiene un ámbito de aplicación residual. El castigo de las conductas ilícitas cometidas por los empleados públicos, cuando se trata de infracciones de especial gravedad, suele ser atendido por el derecho penal y dentro de la jurisdicción penal, siendo de aplicación subsidiaria las normas del Estatuto del Empleado Público.

En general, la potestad disciplinaria en España tiene su origen en el artículo 103 de la Constitución Española (CE) el cual establece el funcionamiento y los principios rectores de la Administración. Además, los artículos 24, 25, 103-3 y 149-1-18 representan una aproximación al fundamento suprallegal del Derecho Funcionario en España (Forero, 2012:95).

Según García de Enterría (2004), la sanción disciplinaria es concebida como aquella que se impone a las personas que se encuentran en una relación de sujeción especial con la Administración Pública por infracciones a la disciplina interna por la que se rige dicha relación.

Como lo expone Nieto (2003) el régimen disciplinario de los empleados públicos en España encuentra cimiento y está direccionado por los siguientes principios rectores:

1. Principio de legalidad: en virtud del cual toda infracción y sanción debe previamente estar descrita en la ley disciplinaria, garantizando la seguridad jurídica de los disciplinados y del orden jurídico administrativo. Así las cosas, se hace necesaria la tipificación concreta de las faltas y las sanciones con el fin de omitir interpretaciones que alteren el contenido de los preceptos normativos disciplinarios. El empleado público debe saber que su conducta constituye una infracción y, además, conocer cuál es la respuesta punitiva que a tal infracción depara el ordenamiento jurídico. Aunado al principio de legalidad, la reserva de ley representa la garantía formal del principio de legalidad contenido en el art. 25.1 CE, por el cual las infracciones —penales o administrativas— y las sanciones que resulten aplicables deben estar contenidas en la legislación vigente;

2. Principio de proporcionalidad: también denominado principio de prohibición del exceso alude a la necesidad de la debida congruencia o correspondencia entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida en atención a las circunstancias personales del infractor, las objetivas de la actividad desarrollada y la entidad de la infracción. Así las cosas, en el régimen jurídico español como en la mayoría de regímenes, el principio de proporcionalidad está orientado a la congruencia que debe existir en la tipología de las infracciones y de las sanciones, de forma que deberán analizarse determinadas circunstancias en la materialización de la conducta, fundamentadas en la gravedad de ésta;

3. Principio de culpabilidad, en virtud del cual serán sancionados los hechos constitutivos de infracción que se cometan tanto por acción como por omisión;

4. Prescripción de las faltas y sanciones disciplinarias: más que un principio se configura como una garantía de carácter procesal, cuya finalidad consiste en inhibir a las autoridades administrativas disciplinarias para ejercer la potestad disciplinaria por haber transcurrido un tiempo determinado y no haberse ejercido esta atribución, también opera en relación con las sanciones (Nieto, 2003:83).

Respecto de la tipología de las sanciones disciplinarias en el régimen jurídico español, el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) en su art. 96 define las sanciones aplicables a los empleados

públicos, así: (a) separación del servicio de los funcionarios, que en el caso de los funcionarios interinos comportará la revocación de su nombramiento, y que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves; (b) despido disciplinario del personal laboral, sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves y comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaban; (c) suspensión firme de funciones, o de empleo y sueldo en el caso del personal laboral, con una duración máxima de 6 años; (d) traslado forzoso, con o sin cambio de localidad de residencia, por el período que en cada caso se establezca; (e) demérito, que es la penalización a efectos de carrera, promoción o movilidad voluntaria; (f) apercibimiento; y (g) cualquier otra que se establezca por ley.

Adicionalmente, dispone el ordenamiento que el alcance de cada sanción se establecerá teniendo en cuenta el grado de intencionalidad, descuido o negligencia que se revele en la conducta.

Sobre las fortalezas y debilidades de las distintas medidas institucionales relativas a la determinación de la naturaleza de las faltas y las sanciones disciplinarias, tenemos que, si bien existe una consagración normativa disciplinaria, en el ordenamiento jurídico español el Legislador, a diferencia de lo que ocurre en el derecho penal, no ha codificado en un solo texto legal las normas atinentes al régimen disciplinario de los empleados públicos, pues el EBEP sólo fija unas normas de mínimos que deberán ser desarrolladas en otras leyes. Así, por ejemplo, en relación con las faltas disciplinarias, solo tipifica las muy graves (art. 95.2) remitiendo la tipificación de las faltas graves y leves a otras normas con rango de ley. Existe entonces una evidente vaguedad descriptiva de los tipos sancionatorios disciplinarios relativos a empleados públicos que sugiere un amplísimo margen de discrecionalidad administrativa.

Como lo señala Acosta (2019) es sabido que las relaciones especiales de sujeción y, paradigmáticamente, las del empleado público, generan toda una serie de derechos y deberes que sitúan a éste en una posición especial frente a la Administración. Esta posición modula, a su vez, algunos principios del ordenamiento jurídico, entre los que se incluye el principio de legalidad en sus vertientes de principio de tipicidad y de reserva de ley. Según Acosta (2019) el deber

de saber demandado a los empleados públicos, derivado del hecho de que se encuentran en una relación de sujeción especial con la Administración, exige una interpretación más flexible del principio de tipicidad; este alcance “diferente” del principio de tipicidad tiene su base en que la naturaleza o el contenido jurídico de la relación “de sujeción especial” permite una más fácil predicción de aquellas conductas y sanciones, con mayor lógica cuando se trate de empleados públicos que se insertan físicamente y de manera duradera en la Administración y a quienes se les exige un especial conocimiento de la normativa relativa a sus funciones, “este razonamiento se puede ver plasmado con mayor o menor dificultad en muchos de los tipos penales y disciplinarios relativos a los empleados públicos, cuya vaguedad descriptiva haría imposible, para cualquiera que no fuera un empleado público, prever y conocer, con un mínimo grado de certeza, qué conductas podrían ser objeto de sanción” (Acosta, 2019: 618).

Finalmente, además de la vaguedad descriptiva que apunta a la existencia de una gran discrecionalidad administrativa, otra debilidad evidenciada en las medidas institucionales relativas a sanciones disciplinarias, respecto de la problemática señalada en la introducción, atinente a la regulación y adopción de medidas específicas tendientes a combatir la corrupción (en particular, la vinculada a la criminalidad organizada transnacional) en materia de sanciones disciplinarias, radica precisamente en que el ordenamiento jurídico español no hace alusión alguna a dicha problemática.

3.2. *Estados Unidos*

Estados Unidos cuenta con un sistema de leyes y reglamentos que rigen el empleo en todo el Gobierno Federal, es decir, existe un marco regulatorio común. En el servicio civil cada uno de los Poderes tiene sus propios sistemas de contratación de funcionarios públicos, siendo la nota característica en el Poder Ejecutivo el sistema de contratación mediante concurso de méritos. Las leyes que rigen la contratación de los empleados del Poder Ejecutivo figuran en el Título V del Código de los Estados Unidos (Organización y Empleados del Gobierno). Los reglamentos de aplicación del Título V del Código

de los Estados Unidos (U.S.C., en sus siglas en inglés) se encuentran en el Título 5 del Código de Reglamentos Federales (C.F.R., en sus siglas en inglés) el cual contempla que los empleados deben contratarse sobre la base de su buen desempeño y deben aplicarse correctivos en caso de desempeño inadecuado, separándolos de sus cargos cuando no puedan o no quieran mejorar su desempeño para cumplir los requisitos pertinentes. Estas leyes y reglamentos disponen la existencia de los principios de (a) transparencia; (b) Eficiencia; y (c) aplicación del mérito, así como la existencia de equidad, la aptitud para el reclutamiento, la contratación, el mantenimiento, el ascenso y la jubilación de los funcionarios públicos.

También está expresamente contemplado que las personas que incurran en una práctica de personal prohibida de las establecidas taxativamente en el Título V están sujetas a medidas de sanción disciplinaria de: (a) destitución; (b) reducción del grado; (c) inhabilitación para obtener empleo federal por hasta cinco años; (d) suspensión; (e) amonestación; o (f) multa.

En caso de que se adopten medidas disciplinarias, debería seguirse la doctrina de la disciplina progresiva (advertencia, reprimenda, multa o suspensión, antes de la degradación o destitución), sin embargo, ello dependerá de la gravedad de la infracción pues ésta puede requerir severas sanciones iniciales, incluyendo suspensión o destitución.

Según lo dispuesto en el Código de los Estados Unidos, son prácticas de personal expresamente prohibidas:

1. Discriminar a favor o en contra de ningún empleado o solicitante de empleo, (a) sobre la base de la raza, el color, la religión, el sexo o el origen nacional, lo que está prohibido por la sección 717 de la Ley de Derechos Civiles de 1964 (42 U.S.C. 2000e-16); (b) sobre la base de la edad, tal como lo prohíben las secciones 12 y 15 de la Ley de Discriminación por Edad en el Empleo de 1967 (29 U.S.C. 631, 633a); (c) sobre la base del sexo, tal como lo prohíbe la sección 6 (d) de la Ley sobre Normas Laborales Justas de 1938 (29 U.S.C. 206(d)); (d) sobre la base de la condición de discapacitado, tal como lo prohíbe la sección 501 de la Ley de Rehabilitación de 1973 (29 U.S.C. 791); o (e) sobre la base del estado civil o la filiación política, según lo prohíba cualquier ley o reglamento.

2. Solicitar o considerar cualquier recomendación o declaración oral o escrita con respecto a cualquier persona que solicite o esté siendo considerada para la adopción de cualquier medida de personal, a menos que esa recomendación o declaración se base en el conocimiento personal de registros de la persona que los proporciona y consista en (a) una evaluación del desempeño laboral, la capacidad, la aptitud o las calificaciones generales de esa persona, o (b) una evaluación del carácter, la lealtad o la pertinencia de esa persona.

3. Coaccionar a cualquier persona en sus actividades políticas (incluido el suministro de cualquier contribución o servicio político), o adoptar cualquier medida contra cualquier empleado o solicitante de empleo como represalia por la negativa de cualquier persona de realizar esa actividad política.

4. Engañar a cualquier persona, o evitar intencionalmente que esa persona ejerza su derecho de competir para obtener empleo.

5. Influir sobre cualquier persona para que deje de competir por cualquier empleo, con la finalidad de mejorar o afectar negativamente las perspectivas de obtención de empleo de cualquier otra persona.

6. Otorgar cualquier preferencia o ventaja no autorizada por leyes o reglamentos a cualquier empleado, o aspirante al empleo (inclusively definiendo el alcance, la modalidad de concurso, o los requisitos para cualquier cargo) a los efectos de mejorar o afectar negativamente las perspectivas de obtención de empleo de cualquier otra persona.

7. Designar, emplear, promover, ascender o recomendar la designación, el empleo, la promoción o el ascenso en o a un cargo civil a cualquier persona que sea pariente (tal como este término se define en la sección 3110(a)(3) de ese empleado, si ese cargo pertenece al organismo en que ese empleado esté prestando servicios como funcionario público (tal como se define este término en la sección 3110 (a) (2) o con respecto al cual ese empleado ejerza jurisdicción o control como tal funcionario.

8. Adoptar, dejar de adoptar, o amenazar con adoptar o dejar de adoptar una medida de personal con respecto a cualquier empleado

o solicitante de empleo en virtud de (a) cualquier revelación de información realizada por el empleado o solicitante que a juicio razonable del empleado o solicitante pruebe (i) la violación de cualquier ley o reglamento, o (ii) actos de administración groseramente impropios; grosero derroche de fondos; abuso de autoridad, y peligro sustancial y específico a la salud y la seguridad pública, si tal revelación no está específicamente prohibida por la ley o sujeta a una Orden Ejecutiva que disponga que se mantenga específicamente secreta en interés de la defensa nacional o la conducción de las relaciones exteriores; o (b) cualquier revelación de información al Asesor Jurídico Especial o al Inspector General de un organismo u otro empleado designado por el director del organismo para recibir tal información, si ésta, a juicio razonable del empleado o solicitante, prueba: (i) una violación de cualquier ley o reglamento; o (ii) actos de administración groseramente impropios; grosero derroche de fondos; abuso de autoridad, y peligro sustancial y específico a la salud y la seguridad pública;

9. Adoptar, dejar de adoptar, o amenazar con adoptar o dejar de adoptar una medida de personal con respecto a cualquier empleado o solicitante de empleo en virtud de que éste: (a) ejerza cualquier derecho a apelación, queja o reclamación conferido por cualquier ley o reglamento; (b) declare como testigo o la prestación de otro tipo de ayuda legítima a cualquier persona en el ejercicio de cualquiera de los derechos a los que se hace referencia en el apartado (a); (c) coopere con, o dé a conocer información al, Inspector General de cualquier organismo o al Asesor Jurídico Especial, conforme a disposiciones aplicables de la ley; o (d) se rehúse a obedecer una orden que imponga a la persona la obligación de violar una ley;

10. Discriminar a favor o en contra de cualquier empleado o solicitante de empleo sobre la base de una conducta que no afecte desfavorablemente al desempeño de empleado o solicitante, ni al desempeño de terceros, con la salvedad de que ninguna disposición del presente párrafo deberá interpretarse en el sentido de que prohíba a un organismo tener en cuenta, para determinar la aptitud o idoneidad, cualquier declaración de culpabilidad del empleado o solicitante por cualquier delito conforme a la legislación de cualquier Estado, del Distrito de Columbia o de los Estados Unidos;

11. Adoptar, recomendar o aprobar a sabiendas cualquier medida de personal, si la adopción de esa medida constituye la violación del requisito de preferencia para veteranos de las Fuerzas Armadas; o dejar de adoptar, recomendar o aprobar a sabiendas cualquier medida de personal, si la omisión de adoptar esa medida constituye la violación del requisito de preferencia para veteranos de las Fuerzas Armadas; y

12. Adoptar o dejar de adoptar cualquier medida de personal si el hacerlo viola cualquier ley o reglamento que implique la aplicación de los principios del sistema de mérito contenidos en la sección 2301, o guarden relación directa con dicha norma (OEA, 2019).

Con base en lo anterior, se puede afirmar, que, en la Ley Federal de los Estados Unidos, que como ya dijimos constituye el marco regulatorio común del empleo en todo el Gobierno Federal, no existe vaguedad descriptiva respecto de los tipos sancionatorios disciplinarios relativos a empleados públicos. De tal suerte, el ordenamiento estadounidense se considera taxativo o de cláusula cerradas, puesto que la Ley Federal sí cuenta con un listado preciso de prácticas de personal explícitamente prohibidas y está expresamente contemplado que quien incurra en una de dichas prácticas estará sujeto a medidas disciplinarias. Ello se traduce en que la Ley Federal estadounidense impone un sistema de cláusula cerradas de tipos disciplinarios, toda vez que, contempla un catálogo taxativo de supuestos de hecho preestablecidos como faltas disciplinarias que se acompasa con un catálogo de sanciones también preestablecido como reserva legal disciplinaria.

Conforme a lo anterior, sobre las fortalezas y debilidades de las distintas medidas institucionales relativas a la determinación de la naturaleza de las faltas y las sanciones disciplinarias, queda claro en principio que el ordenamiento jurídico estadounidense contenido en la Ley Federal, a diferencia de los demás ordenamientos jurídicos latinoamericanos y no-latinoamericanos estudiados en este capítulo, constituye un sistema de cláusulas cerradas en materia sancionatoria disciplinaria que reduce los márgenes de discrecionalidad administrativa y en esa medida minimiza la posibilidad de que la corrupción asociada al crimen organizado transnacional permee las investigaciones disciplinarias. No obstante, se observa que tal como ocurre en

todos los demás ordenamientos latinoamericanos y no-latinoamericanos, en la Ley Federal norteamericana tampoco se identifica medida alguna tendiente a combatir la corrupción y el crimen organizado transnacional en materia de sanciones disciplinarias.

Para finalizar esta sección, conviene subrayar que, al margen de lo dispuesto por la Ley Federal, existen otras disposiciones estatales que revisten características particulares en materia sancionatoria como ocurre en la ciudad de Nueva York en donde el tema relacionado con la imposición de sanciones para los funcionarios municipales se regula en la secc. 75 de la Ley de Servicio Civil (*New York State Department of Civil Service*), estableciendo que un empleado no puede ser removido o sujeto a una sanción disciplinaria excepto por incompetencia o mala conducta demostrada después de una audiencia sobre cargos declarados. Tras la notificación de los cargos, el funcionario o autoridad que lo nombró puede suspender al empleado sin paga por un período de hasta treinta días. La carga probatoria de los hechos en los cuales se basan los cargos y la idoneidad de la sanción propuesta recae sobre el empleador. Si el empleado es absuelto de los cargos, se le restituye cualquier salario y beneficios perdidos como resultado de que el empleador presentó dichos cargos. Si el empleado es declarado culpable de cualquier cargo, puede recibir una sanción que varía desde una carta formal de amonestación hasta una multa, suspensión temporal, degradación o despido del servicio (*New York State Department of Civil Service, 2003*).

Así las cosas, en la Ley de Servicio Civil de Nueva York se observa vaguedad descriptiva respecto de los tipos sancionatorios disciplinarios relativos a empleados públicos. El estatuto de (*New York State Department of Civil Service*) autoriza la remoción u otras sanciones disciplinarias sólo por “incompetencia o mala conducta” pero no existe una lista completa o taxativa de actos y omisiones que constituyen “incompetencia o mala conducta”. De tal suerte, en cuanto a las deficiencias que se apuntan, respecto de la Ley de Servicio Civil de Nueva York, es necesario manifestar que, tal como se afirma en el *Manual of Procedure in Disciplinary Actions-New York State Department of Civil Service* “en un amplio margen de discrecionalidad como aquél, sólo el sentido común y una revisión de las reglas del empleador y los estándares de desempeño indican si el desempeño o la conducta de un emplea-

do proporciona una causal de acción disciplinaria”. En todo caso, se aclara, dicho ordenamiento jurídico dispone que la ofensa o serie de ofensas similares deben ser sustanciales para constituir causal de acción disciplinaria. En otras palabras, una sola infracción trivial, no sustancial, o una simple falta técnica, no son suficiente para justificar una acción disciplinaria (New York State Department of Civil Service, 2003).

3.3. Análisis comparado

De lo hasta aquí expuesto se puede colegir que el derecho de la función pública en los Estados Unidos presenta características muy distintas a las de Europa continental. España y Francia de alguna manera consagran en sus respectivos ordenamientos jurídicos un sistema de cláusulas de números abiertos o semiabiertos que permiten cierta laxitud y margen de discrecionalidad a la Administración Pública, tanto en la determinación de los supuestos de hecho reprochables, como en el establecimiento de la gravedad de la falta y en la graduación de la sanción disciplinaria. Eso se diferencia de lo que ocurre en el sistema federal norteamericano de cláusulas cerradas de tipos disciplinarios que contempla un catálogo taxativo de supuestos de hecho preestablecidos por el Legislador como faltas disciplinarias, y que se acompañan con un catálogo de sanciones también preestablecido como reserva legal disciplinaria (Lins de Lessa Carvalho, 2019).

Adicionalmente, la vaguedad descriptiva de los tipos sancionatorios disciplinarios en los sistemas de Europa continental, además de ir en contravía de las recomendaciones y estándares internacionales de la OEA y la OCDE arriba referenciados, sugiere falta de observancia estricta del principio *Nulla crimen, nulla poena sine lege praevia, stricta, scripta et certa*; principio que, en su aplicación en el derecho sancionatorio, supone que los servidores públicos que fungen como investigadores disciplinarios solo pueden aplicar la ley sin lugar a interpretaciones. En consecuencia, pareciera que estos tipos abiertos de derecho disciplinario pueden dar lugar, por un lado, a que sea posible iniciar un reproche legal sin que exista una ley concreta a la cual acudir, o, por el contrario, a que se desestime la posibilidad

de iniciar dicho reproche legal aun existiendo motivos reales para hacerlo. Además, también pueden dar lugar a que el fallador deba interpretar la norma para aplicarla, lo que supondría, *a priori*, una violación al principio de legalidad y por ende al debido proceso.

En cuanto a la naturaleza de la sanción disciplinaria, a diferencia de lo que ocurre con la Ley Federal en Estados Unidos, encontramos que en España y Francia la sanción disciplinaria aún está contemplada como una mera extensión del derecho penal, el cual sigue siendo considerado como el principal mecanismo de coerción de conducta.

Finalmente, respecto a las respuestas en materia disciplinaria frente a la corrupción (y en particular la corrupción asociada al crimen organizado transnacional), es menester mencionar que dicha posibilidad aún no aparece contemplada en ninguno de los sistemas sancionatorios disciplinarios de los países desarrollados aquí tratados. La relación entre el crimen organizado y la Administración Pública y el influjo de aquél en el sistema de responsabilidad disciplinario en el servicio civil, aún no es parte de las regulaciones jurídicas en materia de sanciones disciplinarias en España, Francia y Estados Unidos. Pese a ello, es necesario aclarar que estos países cuentan con sistemas y estrategias contundentes para combatir y contener el fenómeno de la criminalidad organizada transnacional, solo que las mismas hasta el momento se han concentrado en el ámbito de la seguridad nacional y del derecho penal, sin que se evidencie un abordaje desde el ámbito del servicio civil y más exactamente del derecho sancionatorio disciplinario.

4. SISTEMAS LATINOAMERICANOS DE REFERENCIA: ARGENTINA, BRASIL, CHILE, MÉXICO Y PERÚ

En el ámbito regional el tema de las sanciones disciplinarias ha sido tratado con diferentes matices y grados de intensidad normativa, no obstante, se tiene como rasgo común, por un lado, que la facultad de imposición de dichas sanciones es considerada una expresión necesaria del *ius puniendi* del respectivo Estado, y, por otro lado, que dicha facultad se halla revestida de amplios márgenes de discrecionalidad administrativa producto de la vaguedad descriptiva

en las conductas que constituyen faltas disciplinarias, lo que a la postre parece facilitar la infiltración de prácticas corruptas asociadas a la criminalidad organizada dentro de la Administración Pública.

En este apartado, luego de analizar los sistemas de responsabilidad disciplinaria aplicables en Argentina, Brasil, Chile, México y Perú, indagaremos si la posibilidad de ocurrencia de hechos de corrupción (incluida la vinculada a la criminalidad organizada transnacional) ha sido contemplada en sus diferentes ordenamientos jurídicos en materia de sanciones disciplinarias, ello teniendo en cuenta que el tema también debe ser abordado al interior del servicio civil dado que en América Latina la seguridad sigue siendo un asunto de preocupación en todos los niveles y para todos los gobiernos por cuanto acrecienta las amenazas relacionadas con el subdesarrollo, la desigualdad y la marginalidad. Los temas de seguridad se encuentran en un lugar prioritario para los gobiernos en el plano de las políticas públicas domésticas y exteriores, y en este apartado indagaremos si también lo están en el plano del servicio civil y más exactamente en el de las sanciones disciplinarias en América Latina, una de las zonas del mundo más violentas y azotadas por el flagelo de la corrupción y el crimen organizado.

4.1. Argentina

En Argentina la responsabilidad disciplinaria también es denominada responsabilidad administrativa. Tiene su origen en la inobservancia de los deberes inherentes a la calidad de agente público y su objeto es tutelar el buen funcionamiento de la Administración Pública. La actuación en general deberá estar sometida a los principios de: (a) inocencia; (b) *non bis in ídem*; (c) proporcionalidad de la sanción y; (d) debido proceso adjetivo.

Los empleados públicos (aquellos que pertenecen al régimen de estabilidad, porque los comprendidos en el régimen de contrataciones y de gabinete están sujetos a reglamentaciones específicas) podrán ser sujetos de medidas disciplinarias únicamente por las causas que expresamente establece la Ley 25.164 y su Decreto reglamentario 1421/2002 que constituyen el Marco de Regulación del Empleo Público. Esta regla tiene su raíz en los arts. 18 y 19 de la Constitución

Nacional y en los distintos Tratados Internacionales. Sobre el particular, la Procuración del Tesoro de la Nación ha señalado que:

[...] el principio *nulla poena sine previa lege* implica el insoslayable respeto a la garantía constitucional reconocida por el artículo 18, en cuanto exige que toda sanción represiva esté predeterminada en la ley, aun cuando reconocen la necesidad de una razonable discrecionalidad, tanto en la graduación de la sanción como en el carácter abierto de los tipos que describen las conductas ilícitas.

Son sanciones disciplinarias: (a) apercibimiento, consiste en una advertencia que se le hace al agente, mediante la cual se le hace saber las consecuencias que seguirán a la reiteración de los mismos hechos; (b) suspensión disciplinaria, consiste en la prohibición impuesta al agente de ejercer la función, con la correlativa privación de sueldo durante el lapso de la suspensión; (c) cesantía, consistente en una sanción disciplinaria expulsiva que produce como resultado la separación del cargo que ocupaba el agente, con la consecuente extinción de la relación de empleo público y la inhabilitación especial para ocupar cargos públicos por el lapso de dos años, constituyendo ella un impedimento de ingreso al empleo público; y (d) exoneración, es una sanción disciplinaria expulsiva, que produce como resultado la separación de todos los cargos que ocupaba el agente con la consecuente extinción de la relación de empleo público, y el impedimento para ocupar cargos públicos por el lapso de cuatro años desde que se encuentre consentido el acto administrativo o declarada en firme la sentencia judicial, en su caso.

Las faltas o causas para imponer las sanciones disciplinarias de apercibimiento o suspensión hasta 30 días son: (a) incumplimiento reiterado del horario establecido; (b) cuando se trate de la primera inasistencia injustificada en la que incurra el agente; (c) incumplir los deberes determinados en el art. 23 de la misma ley, salvo que la gravedad y magnitud de los hechos justifiquen la aplicación de la causal de cesantía.

Dichas causales de cesantía son: (a) inasistencias injustificadas que excedan de 10 días discontinuos en los 12 meses inmediatos anteriores; (b) abandono de servicio, el cual se considerará consumado cuando el agente registrare más de 5 inasistencias continuas sin causa que lo justifique y fuera intimado previamente en forma fehaciente a

retomar a sus tareas; (c) infracciones reiteradas en el cumplimiento de sus tareas, que hayan dado lugar a treinta días de suspensión en los doce meses anteriores; (d) concurso civil o quiebra no causal; (e) incumplimiento de los deberes establecidos en los artículos 23 y 24 cuando por la magnitud y gravedad de la falta así correspondiere; (f) delito doloso no referido a la Administración Pública, cuando por sus circunstancias afecte el prestigio de la función o del agente: previo a la aplicación de la cesantía, se deberá contar con copia autenticada de la correspondiente sentencia firme y consentida; y (g) calificaciones deficientes como resultado de evaluaciones que impliquen desempeño ineficaz durante 3 años consecutivos o 4 alternados en los últimos 10 años de servicio y haya contado con oportunidades de capacitación adecuada para el desempeño de las tareas.

Se consideran como causales para imponer la exoneración, las siguientes: (a) sentencia condenatoria firme por delito contra la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal; (b) falta grave que perjudique materialmente a la Administración Pública; (c) pérdida de la ciudadanía; (d) violación de las prohibiciones previstas en el artículo 24; y (e) imposición como pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para la función pública.

Ahora bien, en cuanto a las fortalezas y debilidades de las distintas medidas institucionales relativas a la determinación de la naturaleza de las faltas y las sanciones disciplinarias en el ordenamiento argentino, cabe indicar la relativa a la fragmentación de las normas, toda vez que, aquellas normas que deberían observar los servidores públicos en el ejercicio de su función y cuya violación generan responsabilidad disciplinaria, están dispersas en varios instrumentos: la Ley 25.164 enumera los deberes (art. 23) y las prohibiciones (art. 24) que luego se complementan con aquellos establecidos en los convenios colectivos de trabajo que contemplan las particularidades de las actividades (OCDE, 2019), de igual forma, hay otros deberes y prohibiciones adicionales relativos a la integridad y que surgen del Código de Ética de la Función Pública Decreto 41/999 y de la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública Núm. 25.188. A la fragmentación de las normas se suma el alcance de aplicación subjetivo diferente de cada instrumento pues mientras que la Ley 25.164 y el Código de Ética son aplicables al Poder Ejecutivo exclusivamente, las

disposiciones de la Ley de Ética en el ejercicio de la Función Pública son aplicables a cualquier persona que se desempeñe dentro de ésta. Finalmente, se presentan cuestionamientos respecto de la coherencia formal y sustancial entre la Ley y el Código de Ética, con respecto a las dádivas, por ejemplo, pues mientras que la Ley prohíbe aceptar cualquier dádiva, el Código de Ética establece una excepción y el Decreto 1179/2016 (que introduce un régimen *ad-hoc*) introduce dos excepciones (*Ídem*).

Finalmente, además de la referida fragmentación de normas, el alcance de aplicación subjetivo diferente de cada instrumento y la falta de coherencia formal y sustancial entre ellos, respecto de la problemática señalada en la introducción concerniente a la regulación y adopción de medidas específicas tendientes a combatir la corrupción (incluida la vinculada a la criminalidad organizada transnacional) en el ámbito de las sanciones disciplinarias, se tiene que, en el ordenamiento jurídico de Argentina no se contempla de manera alguna dicha problemática.

4.2. *Brasil*

En el ordenamiento jurídico de Brasil la Ley Núm. 8.112 del 11 de diciembre de 1990 se aplica a los funcionarios públicos de todos los Poderes de la República e impone además de las sanciones disciplinarias, responsabilidad civil, penal y administrativa al funcionario que ejerza irregularmente sus funciones. La investigación de las denominadas faltas funcionales se lleva a cabo mediante sumario o proceso administrativo disciplinario, garantizándose al imputado los derechos de defensa y contradicción. La Ley No. 8.112 de 1990, prevé las siguientes sanciones disciplinarias: (a) apercibimiento; (b) suspensión; (c) destitución; (d) jubilación obligatoria o disponibilidad; (e) privación de cargo en comisión; y (f) privación de la función en comisión.

La pena de destitución, considerada como una de las más graves que pueden imponerse al funcionario público, se aplicará en los siguientes casos o faltas: (a) delitos contra la Administración Pública; (b) abandono del cargo; (c) falta habitual de asiduidad; (d) improbidad administrativa; (e) conducta pública desordenada; (f) conducta

escandalosa en la repartición; (g) insubordinación grave en servicio; (h) agresión física en servicio a un funcionario o particular (salvo en legítima defensa propia o ajena); (i) aplicación irregular de dineros públicos; (j) revelación de secretos de los que se tenga conocimiento en razón del cargo; (k) Perjuicio a las arcas públicas y dilapidación del patrimonio nacional; (l) corrupción; (m) acumulación ilegal de cargos, empleos o funciones públicas; y (n) transgresión de los incisos IX a XVI del art. 117.

Para el caso de ejercicio irregular de sus atribuciones por parte de un funcionario público civil, la Ley No. 8.027 del 12 de abril de 1990 prevé las penas de: apercibimiento, suspensión y destitución, además de la responsabilidad civil, penal y administrativa, que son independientes entre sí y acumulables. Por su parte la Ley Núm. 8.429 del 3 de junio de 1992, regula las sanciones aplicables a los agentes públicos en los casos de enriquecimiento ilícito en el ejercicio de su mandato, empleo o función en la Administración Pública, directa, indirecta o institucional; estableciendo en su art. 12 que independientemente de las sanciones civiles, administrativas y penales, se impondrán las sanciones disciplinarias de: (a) confiscación de bienes o valores incorporados ilícitamente a su patrimonio; (b) resarcimiento integral del daño cuando lo hubiere; (c) pérdida de la función pública; (d) suspensión de los derechos políticos; (e) pago de multa; y (f) prohibición de contratar con el Poder Público o de recibir beneficios o incentivos fiscales o crediticios.

En el ámbito del Poder Judicial, el control de la actuación administrativa y financiera de los magistrados está a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura. Las sanciones disciplinarias aplicables a los miembros del Poder Judicial son las siguientes: (a) apercibimiento; (b) censura; (c) remoción compulsiva; (d) disponibilidad con remuneración proporcional al tiempo de servicio; (e) jubilación compulsiva con remuneración proporcional al tiempo de servicio; y (f) destitución.

En el ámbito del Poder Legislativo, los Consejos de Ética y Decoro Parlamentario de la Cámara de Diputados y del Senado Federal son los órganos encargados del procedimiento disciplinario destinado a la aplicación de sanciones en casos de incumplimiento de las normas relativas al decoro parlamentario.

En suma, el Código de Conducta de la Alta Administración Federal prevé que la violación de las normas en él estipuladas acarreará, según su gravedad, las siguientes sanciones aplicadas por la Comisión de Ética Pública: (a) apercibimiento, aplicable a las autoridades en el ejercicio del cargo y; (b) censura ética, aplicable a las autoridades que ya hubiesen dejado el cargo. Según el caso, la Comisión podrá derivar una recomendación de destitución a la autoridad jerárquicamente superior.

En este punto y de conformidad con la aproximación aludida en la introducción del presente capítulo sobre las fortalezas y debilidades de las distintas medidas institucionales relativas a la determinación de la naturaleza de las faltas y las sanciones disciplinarias, resulta pertinente mencionar que Brasil, dados los elevados niveles de corrupción presentados en la Administración Pública, recientemente se vio en la necesidad de realizar importantes ajustes en materia de Sanciones Administrativas; fue así como el 1° de agosto de 2013 la Presidencia de la República de Brasil firmó la Ley Núm. 12.846/13 sobre responsabilidad administrativa y civil de personas jurídicas por la práctica de actos contra la administración pública, nacional o extranjera. Esta Ley, denominada por los medios de comunicación como Ley Anticorrupción o Ley de la Empresa Limpia, es actualmente la Ley de la lucha contra la corrupción en Brasil y contempla castigos no sólo para las personas naturales o físicas que pagan y reciben sobornos, sino también para las empresas que se involucran en actos de corrupción. Esta Ley Anticorrupción instituye un incentivo a la adopción por las empresas del régimen de *compliance* en el ámbito del gobierno corporativo, lo que podría significar que a la larga se atenúen las Sanciones Disciplinarias vigentes. Dichas medidas (acuerdo de clemencia y *compliance*) presuponen la elección del régimen administrativo sancionador en lugar del penal. Ese criterio Sancionador-Administrativo sigue la tendencia de ampliación y prevalencia de la jurisdicción administrativa sobre la penal, mediante la continua y creciente creación de agencias independientes en la gestión pública, que son, al mismo tiempo, regulatorias y sancionatorias. Según Carvalhosa (2014):

[...] en el caso concreto de la nueva Ley se busca, con tal desplazamiento sancionatorio al ámbito de la propia administración pública, escapar del rigor de la tipificación del derecho penal con relación a la

configuración del delito de corrupción activa, en la medida en que los métodos utilizados por las empresas corruptoras son constantemente alterados y ampliados, principalmente por la utilización de otras empresas, como las empresas de consultoría, para la consumación de las prácticas de corrupción ante los agentes públicos; especialmente en los contratos públicos de obra y concesión, así como en el suministro de servicios y de equipamientos utilizados por la administración.

No obstante, nótese que al mismo tiempo estas medidas generan el riesgo de hacer mucho más amplios los márgenes de discrecionalidad de la Administración Pública. Así las cosas, se observa que en la actualidad el sistema jurídico de Brasil contempla de forma clara y contundente medidas tendientes a combatir la corrupción en el servicio público a través de la imposición de Sanciones-Administrativas, pero no precisamente mediante Sanciones Disciplinarias. Con respecto al crimen organizado transnacional, no se abordan medidas sancionatorias precisas ni administrativas ni disciplinarias.

4.3. Chile

El Tribunal Constitucional chileno en sentencia STC 244/1996 señaló que al derecho administrativo sancionador han de aplicarse, por regla general “los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República, puesto que son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado”, es decir, los principios de: (a) legalidad; (b) tipicidad; (c) culpabilidad; (d) irretroactividad; (e) *non bis in idem*; y (f) *in dubio pro reo*.

Tratándose de empleados públicos en general, los dos más importantes cuerpos legales que reglamentan la responsabilidad disciplinaria y consagran normas dirigidas a investigarla, establecerla y perseguirla, son la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado Núm. 18575 y el Estatuto Administrativo (Ley 18.834). Las medidas o sanciones disciplinarias contempladas en el Estatuto Administrativo son: (a) censura; (b) multa; (c) suspensión del empleo por 30 días a tres meses; y (d) destitución.

Estas medidas deben aplicarse tomando en cuenta: (a) la gravedad de la falta cometida; y (b) las circunstancias atenuantes o agra-

vantes que concurran en virtud del principio de proporcionalidad de las sanciones.

El Estatuto Administrativo no asigna determinada sanción a cada falta o infracción cometida por los funcionarios⁶, no obstante, excepcionalmente prescribe que en casos particularmente graves necesariamente debe aplicarse la destitución, ya que quienes incurren en ella, no pueden seguir desempeñándose en la Administración del Estado (Kunsemuller, 2003).

Cabe mencionar que en el ordenamiento chileno no se hace distinción entre infracción y sanción administrativa y contravención y sanción disciplinaria. Es así como el Estatuto Administrativo reglamenta en su Título V la “Responsabilidad Administrativa” y contempla sanciones denominadas “Medidas Disciplinarias” y de acuerdo con el art. 114:

[...] el empleado que infringiere sus obligaciones o deberes funcionarios podrá ser objeto de anotaciones de demérito en su hoja de vida o de medidas disciplinarias. Los funcionarios incurrirán en responsabilidad administrativa cuando la infracción a sus deberes y obligaciones fuere susceptible de la aplicación de una medida disciplinaria, la que deberá ser acreditada mediante investigación sumaria o sumario administrativo. Sobre las fortalezas y debilidades de las distintas medidas institucionales relativas a la determinación de la naturaleza de las faltas y las sanciones disciplinarias, tenemos que, pese a la semejanza que existe en Chile entre derecho penal y derecho disciplinario en tanto que ambos son órdenes sancionadores punitivos expresión del *ius puniendi* “la ausencia de tipos legales concretos y exhaustivos, como los del Código Penal, en que se señala detalladamente la conducta punible, es un óbice para la aceptación de este derecho disciplinario, pues si, efectivamente, las sanciones de esta naturaleza fueren penas criminales, faltaría la ley que describe el hecho punible y, con ello, se infringiría abiertamente el principio *nullum crimen nulla poena sine lege* (Kunsemuller, 2003: 823).

⁶ Es del caso puntualizar que por exigencia del artículo 19, n° 3 de la Constitución Política de la República de Chile, la ley debe describir expresamente las conductas que penaliza, consagrándose de esta forma, en el más alto rango normativo, la garantía del principio de tipicidad, como parte fundamental del principio de legalidad en sentido amplio (Kunsemuller, 2003).

De tal suerte, además de la vaguedad descriptiva de las faltas que sugiere un amplio margen de discrecionalidad propiciando el influjo de prácticas de corrupción (incluidas las vinculadas a la criminalidad organizada transnacional) en las investigaciones disciplinarias, se observa, que en el ordenamiento chileno no se identifica alguna medida específica tendiente a combatir dichas prácticas en el ámbito sancionatorio disciplinario.

4.4. México

El modelo de represión de la corrupción adoptado recientemente por México incorpora a los particulares a un régimen único sancionador diseñado inicialmente para los servidores públicos.

En México el análisis del derecho administrativo sancionador se ha realizado a partir de sus similitudes con el derecho penal, como expresiones del *ius puniendi* del Estado. A las infracciones disciplinarias se les ha denominado también faltas administrativas (Arts. 49, 51, 65 y 73 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas) y tienen distinta graduación. La doctrina las denomina “sanciones administrativas disciplinarias” y son claramente distinguibles de las infracciones y sanciones penales. La potestad sancionadora disciplinaria no es exclusiva de la Administración, a ella le corresponde cuando se trate específicamente de la potestad sancionadora administrativa, pero la potestad sancionadora en su peculiaridad de potestad disciplinaria es genérica, porque puede ser ejercida por la Administración y también por otros poderes públicos que la ley autorice para realizar esta actividad materialmente administrativa en tutela del servicio público (Nettel & Rodríguez, 2017).

El país adoptó la denominada Ley General de Responsabilidades Administrativas, un ordenamiento que clasifica una serie de infracciones a las que denomina faltas y establece una graduación de faltas administrativas No graves y faltas administrativas graves, así: (a) faltas administrativas No graves de los servidores públicos; (b) faltas administrativas graves de los servidores públicos; (c) actos de particulares vinculados con faltas administrativas graves; y (d) faltas de particulares en situación especial (Arts. 49, 51, 65 y 73).

Las faltas administrativas se cometen por acción o por omisión. Se consideran faltas No graves el incumplimiento de las siguientes obligaciones: (a) cumplir con las funciones, atribuciones y comisiones encomendadas (omisión); (b) denunciar los actos u omisiones que en ejercicio de sus funciones llegare a advertir, que puedan constituir faltas administrativas (omisión); (c) atender las instrucciones de sus superiores, siempre que sean acordes con las disposiciones relacionadas con el servicio público (omisión); (d) presentar en tiempo y forma las declaraciones de situación patrimonial y de intereses, en los términos establecidos por la ley (omisión); (e) registrar, integrar, custodiar y cuidar la documentación e información que por razón de su empleo, cargo o comisión, tenga bajo su responsabilidad (omisión); (f) supervisar que los servidores públicos sujetos a su dirección, cumplan con las disposiciones de la ley (omisión); (g) rendir cuentas sobre el ejercicio de las funciones, en términos de las normas aplicables (omisión); (h) colaborar en los procedimientos judiciales y administrativos en los que sea parte (omisión); (i) cerciorarse, antes de la celebración de contratos no se actualice un conflicto de interés (omisión); y (j) causar daños y perjuicios que, de manera culposa o negligente y sin incurrir en alguna falta administrativa grave por parte de un servidor público a la Hacienda Pública o al patrimonio de un ente público (acción).

Las sanciones disciplinarias procedentes en el derecho disciplinario de México del nuevo régimen (art. 75) son las siguientes: (a) amonestación pública o privada; (b) suspensión del empleo, cargo o comisión de uno a treinta días; (c) destitución de su empleo, cargo o comisión; y (d) inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público y para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas de tres meses a un año.

La Ley señala que se pueden aplicar dos sanciones administrativas siempre y cuando sean compatibles (sin especificar a qué se refiere esa compatibilidad), no obstante, se ocupa de precisar que los respectivos procedimientos de responsabilidad administrativa deben llevarse a cabo con observancia de los principios de: (a) legalidad; (b) presunción de inocencia; (c) imparcialidad; (d) objetividad; (e) congruencia; (f) exhaustividad; (g) verdad material; y (h) respeto a los derechos humanos (Art. 111) (Ruiz, 2017: 66).

Así mismo, la Ley dispone que las sanciones disciplinarias se impondrán tomando en cuenta elementos atinentes a la gravedad de la responsabilidad en que se incurra; las circunstancias socioeconómicas del infractor; su nivel jerárquico; antecedentes y condiciones; las condiciones exteriores y los medios de ejecución; la antigüedad en el servicio; la reincidencia, y el monto del beneficio o daño producidos por la infracción (Art. 54) “en este sentido consideramos que, efectivamente la Ley no señala si estos elementos serán atenuantes o agravantes de la infracción, pero parece claro que, dependiendo de cada caso particular estos elementos podrán operar algunas veces a favor y otras en contra del infractor” (Osornio, 2015).

Sobre las fortalezas y debilidades de las distintas medidas institucionales relativas a la determinación de la naturaleza de las faltas y las sanciones disciplinarias, encontramos que si bien se encuentra contemplado un modelo de represión de la corrupción que recientemente incorpora a los particulares, en suma, y tal como lo señala la doctrina refiriéndose a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, tanto las faltas o infracciones como las sanciones disciplinarias han sido redactadas en forma tan vaga y genérica “que las autoridades encargadas de aplicarlas se verán dotadas de amplísimas facultades discrecionales que les permitirán sancionar, prácticamente sin necesidad de una razón de peso, a cualquier servidor público, subordinado suyo” (Osornio, 2015) y en igual sentido quedarían facultadas dichas autoridades para abstenerse discrecionalmente de imponer la sanción disciplinaria cuando a ella hubiere lugar. Finalmente, con respecto a la regulación y adopción de medidas específicas con miras a combatir la corrupción (incluida la vinculada a la criminalidad organizada transnacional) dentro del marco de las sanciones disciplinarias, se observa que en el ordenamiento jurídico de México no se encuentra contemplada de forma alguna dicha problemática.

4.5. Perú

A diferencia del de Argentina, el régimen jurídico del Perú señala expresamente que son servidores o funcionarios públicos todos aquellos que, independientemente del régimen laboral en que se encuen-

tran, mantienen vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con alguna de las entidades y que en virtud de ello ejercen funciones en tales entidades. El art. 25 del Decreto Legislativo Núm. 276 establece que “Los servidores Públicos son responsables civil, penal y administrativamente por el cumplimiento de las normas legales y administrativas en el ejercicio del servicio público sin perjuicio de las sanciones de carácter disciplinario por las faltas que cometan”.

Los tipos de sanciones por faltas disciplinarias, pueden ser: (a) amonestación verbal o escrita; (b) suspensión sin goce de remuneraciones hasta por treinta días; (c) cese temporal sin goce de remuneraciones hasta por doce meses; y (d) destitución.

El art. 27 establece como criterios para la graduación de la sanción, la consideración de la magnitud de las faltas (menor o mayor gravedad) sin que su aplicación tenga que ser necesariamente correlativa ni automática “[...] debiendo contemplarse en cada caso, no sólo la naturaleza de la infracción sino también los antecedentes del servidor, constituyendo la reincidencia serio agravante [...]” debiendo tenerse en cuenta además, que el nivel del servidor encuentra relación directamente proporcional con la gravedad de la falta (González, 2014).

Son faltas de carácter disciplinario conforme al art. 28 de la Ley de Carrera y según su gravedad, pueden ser sancionadas con cese temporal o con destitución, previo proceso administrativo: (a) El incumplimiento de las normas establecidas en la Ley y su Reglamento; (b) la reiterada resistencia al cumplimiento de las órdenes de sus superiores relacionadas con sus labores; (c) el incurrir en actos de violencia, grave indisciplina o falta de palabra en agravio de su superior, del personal jerárquico y de los compañeros de labor; (d) la negligencia en el desempeño de las funciones; (e) el impedir el funcionamiento del servicio público; (f) la utilización y disposición de los bienes de la entidad en beneficio propio o de terceros; (g) la concurrencia reiterada al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de drogas o sustancias estupefacientes y, aunque no sea reiterada, cuando por la naturaleza del servicio revista excepcional gravedad; (h) el abuso de autoridad, la prevaricación o el uso de la función con fines de lucro; (i) el causar intencionalmente daños materiales en los locales, instalaciones, obras, maquinarias, instrumentos, documentación y demás bienes de propiedad de la entidad

o en posesión de ésta; (j) los actos de inmoralidad; (k) las ausencias injustificadas por más de tres días consecutivos o por más de cinco días no consecutivos en un período de treinta días calendario o más de quince días no consecutivos en un período de 180 días calendario; y las demás que señale la Ley.

Así, en el mismo sentido que en el Decreto Ley Núm. 11377, se incluyen como faltas, conductas que constituyen delitos y que están tipificadas en el Código Penal, Decreto Legislativo Núm. 635: delitos cometidos por funcionarios públicos; abuso de autoridad; concusión; peculado y corrupción de funcionarios Art. 376 al 401.

Sobre las fortalezas y debilidades de las distintas medidas institucionales relativas a la determinación de la naturaleza de las faltas y las sanciones disciplinarias, tenemos que, si bien:

[...] el proceso disciplinario, como facultad sancionadora de la que está investida la Administración Pública, ha ido evolucionando en el Perú conforme se han ido modificando las normas de carrera pública. No obstante, la legislación respecto al proceso disciplinario no ha tenido un tratamiento uniforme y, en la actualidad, se tiene hasta tres instancias ante las cuales se resuelven los procesos. (González, 2014: 1 sumario).

Ahora bien, en lo atinente a la regulación y adopción de medidas específicas en torno a la posibilidad de que ocurran actos de corrupción en el desarrollo de las investigaciones disciplinarias, el Decreto Ley Núm. 11377 efectivamente prevé dicha posibilidad al incluir la corrupción de funcionarios como causal de falta disciplinaria, conducta que dentro del ordenamiento ya se encontraba tipificada como delito en el Código Penal, pero, en cuanto al crimen organizado transnacional, es decir, respecto de la posibilidad concreta de que se establezcan relaciones entre redes criminales transnacionales y funcionarios de la Administración Pública, nada se contempla en el ordenamiento sancionatorio disciplinario peruano.

4.6. Análisis comparado

Realizado el recuento anterior y consultadas las fortalezas y debilidades de las distintas medidas institucionales relativas a la determinación de la naturaleza de las faltas y las sanciones disciplinarias

adoptadas en los diferentes ordenamientos jurídicos, se observa que efectivamente en el ámbito regional latinoamericano el tema de las sanciones disciplinarias reviste diferentes matices y grados de intensidad normativa, aunque también cuenta con características comunes como que la facultad de imposición de dichas sanciones es considerada una expresión necesaria del *ius puniendi* de los Estados y, que dicha facultad sancionatoria, en términos generales, se halla revestida de amplios márgenes de discrecionalidad administrativa, lo que puede facilitar las prácticas de corrupción.

Así, por un lado, en los países latinoamericanos como en los no latinoamericanos (excepto Estados Unidos) la sanción disciplinaria aún está contemplada como una mera extensión del derecho penal, el cual sigue siendo considerado como el principal mecanismo de coerción de conducta. Sin embargo, al mismo tiempo llama la atención que, entre los países latinoamericanos, solo Brasil, de forma similar a lo que ocurre con la Ley Federal en los Estados Unidos, cuenta con un sistema de cláusulas cerradas de tipos disciplinarios que contempla un catálogo taxativo como reserva legal disciplinaria (aunque dicha taxatividad, valga decirlo, no ha significado en la práctica una reducción de los altos niveles de corrupción reportados en la Administración Pública del Brasil).

En los demás ordenamientos de la región que se estudian en el presente capítulo, es decir, México, Chile, Argentina y Perú, se atiende a la regla general y, de forma similar a lo que ocurre en los casos de España y Francia, cuentan con un sistema de cláusulas de números abiertos o semiabiertos que permiten cierta laxitud y margen de discrecionalidad a la Administración Pública tanto en la creación de los supuestos de hecho reprochables como en el establecimiento de la gravedad de la falta y en la graduación de la sanción disciplinaria. Esta amplia discrecionalidad sin el debido control y rendición de cuentas es una potencial fuente de actos de corrupción.

El anterior panorama se presenta pese a las recomendaciones internacionales en materia disciplinaria proferidas con el fin de limitar el desbordamiento de la discrecionalidad en la adopción de las decisiones en materia sancionatoria. Así mismo, además de ir en contravía de las recomendaciones y estándares internacionales, esta amplia vaguedad normativa, y los correspondientes márgenes de dis-

crecionalidad, suponen una falta de sujeción estricta a los principios inherentes del debido proceso y en especial al principio *Nulla crimen, nulla poena sine lege praevia, stricta, scripta et certa*, el cual en la esfera del derecho sancionatorio implica que los servidores públicos que fungen como investigadores disciplinarios solo pueden aplicar la ley sin lugar a interpretaciones. Respecto de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional, no hay un tratamiento específico normativo en el ámbito de las sanciones disciplinarias de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos estudiados (México, Brasil, Chile, Argentina y Perú), así como, valga reiterar, tampoco la hay en los países no-latinoamericanos consultados (España, Francia y Estados Unidos).

Finalmente, en el caso concreto de los países de la región México, Chile, Argentina y Perú, si bien es innegable que los mismos han venido adoptando medidas anticorrupción, las mismas se han instaurado en el campo del derecho penal, de manera que sólo en Brasil se han abordado desde el campo del derecho administrativo sancionatorio (como ocurre con la denominada Ley de la Empresa Limpia). En consecuencia, salvo en el caso de Brasil, el derecho administrativo sancionador de los países latinoamericanos de referencia en este estudio no recoge faltas administrativas, ni atribuye sanciones a las prácticas corruptas en las que incurren agentes del Estado.

5. EL SISTEMA COLOMBIANO

5.1. *Situación general*

En Colombia, con miras a transformar el cáncer en que se ha convertido la “corrupción” (Carrillo, 2020), el Constituyente de 1991 introdujo una serie de referentes normativos relacionados con la función pública, la ética y la responsabilidad disciplinaria, teniendo como condición la aplicación efectiva de un debido proceso que de legitimidad a la sanción disciplinaria y elimine las dudas, como las que se generaban en el sistema de la derogada Constitución de 1886, en el cual se percibía la función disciplinaria como forma de ataque a los contradictores políticos (Carrillo, 2020). En esa medida, en ejercicio del *ius puniendi* estatal la Constitución Política de

1991 se proyectó también en el ámbito disciplinario al señalar que la función administrativa se rige por los principios de: (a) igualdad; (b) moralidad; (c) eficacia; (d) economía; (e) celeridad; (f) imparcialidad; y (g) publicidad (art. 209) y esa función y dichos principios son justamente el bien jurídico superior que se protege en el marco del debido proceso disciplinario.

Los destinatarios de las sanciones disciplinarias en el ordenamiento colombiano son los servidores públicos, esto es, los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado por mandato del art. 123 de la Constitución Política de 1991 y también, los particulares que ejerzan funciones públicas, en los términos de la Ley 1952 de 2019 y de la nuevamente puesta en vigencia Ley 734 de 2002.

Según lo dispuesto en la referida Ley 1952 de 2019, constituye falta disciplinaria y, por lo tanto, da lugar a la imposición de la sanción disciplinaria correspondiente: la incursión en cualquiera de las conductas previstas en ella que conlleven incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en la Ley.

La falta disciplinaria puede ser cometida por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de funciones.

La conducta podrá ser dolosa o culposa. La culpa sancionable podrá ser gravísima o grave. La culpa leve no será sancionable en materia disciplinaria. Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. El ordenamiento colombiano establece así mismo que la culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria “por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones”.

Las faltas disciplinarias son: gravísimas, graves y leves. Las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en la ley. Se determinará

si la falta es grave o leve de conformidad con los siguientes criterios: (a) la naturaleza esencial del servicio; (b) el grado de perturbación del servicio; (c) La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución; (d) la trascendencia social de la falta o el perjuicio causado; (e) las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta; (f) los motivos determinantes del comportamiento; y (g) cuando la falta se realice con la intervención de varias personas.

El servidor público estará sometido a las siguientes sanciones disciplinarias: (a) destitución e inhabilidad general de diez a veinte años para las faltas gravísimas dolosas; (b) destitución e inhabilidad general de cinco a diez años para las faltas gravísimas realizadas con culpa gravísima; (c) suspensión en el ejercicio del cargo de tres a cuarenta y ocho meses e inhabilidad especial por el mismo término para las faltas gravísimas realizadas con culpa grave; (d) suspensión en el ejercicio del cargo de tres a veinticuatro meses e inhabilidad especial por el mismo término para las faltas graves dolosas; (e) suspensión en el ejercicio del cargo de uno a dieciocho meses para las faltas graves culposas; (f) multa de veinte a noventa días de salario básico devengado para la época de los hechos para las faltas leves dolosas; y (g) multa de cinco a veinte días de salario básico devengado para la época de los hechos para las faltas leves culposas.

Mencionado lo anterior, viene al caso poner de presente que recientemente, mediante la Ley 2094 del 29 de junio de 2021 se sancionó la reforma al Código General Disciplinario Ley 1952 de 2019, para aumentar las garantías a los funcionarios de elección popular al momento de ser juzgados disciplinariamente, dando así cumplimiento a las exigencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia del 8 de julio de 2020, mediante la cual condenó al Estado colombiano por la sanción disciplinaria de destitución e inhabilidad que impuso la Procuraduría General de la Nación a un funcionario elegido por voto popular, el entonces alcalde de la ciudad de Bogotá D.C, Gustavo Petro.

Si bien dicha reforma contiene una serie de modificaciones al procedimiento disciplinario, en materia de determinación de la naturaleza de las faltas y las sanciones disciplinarias valga mencionar que la nueva Ley 2094 del 29 de junio de 2021 no realiza adición o modificación sustancial al ordenamiento ya vigente. En Colombia

la imposición de la sanción disciplinaria sigue estando determinada por la naturaleza de la falta cometida, situación que afecta directamente las garantías procesales reconocidas en el debido proceso al investigado e igualmente a la Administración Pública en el ejercicio eficiente de su potestad disciplinaria. La indeterminación de los criterios aplicables respecto de las faltas graves y leves conduce a que el investigador acuda a una discrecionalidad subjetiva en su interpretación y aplicación. En el ordenamiento colombiano, más exactamente:

[...] en el caso de los criterios valorativos examinados, es claro que no solo comportan una dificultad interpretativa, sino que además no reflejan claramente una realidad evidenciable objetivamente por el investigador que los aplica, por lo cual éste acude a sus criterios personales para definirlos. El ideal sería que el legislador los concretara debidamente enmarcándolos en el contexto real de la administración pública. (Ovalle, 2015: 254).

5.2. Fortalezas y debilidades de la regulación colombiana en relación con los estándares internacionales y regímenes nacionales previamente analizados

Es pertinente señalar que pese a la evolución constitucional que ha tenido el sistema de responsabilidad disciplinaria en Colombia, tanto en la Ley 734 de 2002 como en la Ley 1952 de 2019 se clasificaron las faltas disciplinarias determinando claramente cuales tienen la condición de gravísimas, pero, respecto de las faltas graves y leves, la norma lejos de ser taxativa contempla unos criterios que permiten al investigador, mediante la aplicación de su juicio personal, determinar dicha gravedad o levedad. El estudio de esos criterios conduce a señalar que la indeterminación y falta de concreción de los mismos genera un amplio margen de discrecionalidad que afecta la garantía de legalidad exigida por el debido proceso en materia disciplinaria, en tanto esa determinación termina siendo el resultado de las consideraciones subjetivas del investigador disciplinario (Ovalle, 2015).

A este respecto cabe mencionar que la jurisprudencia constitucional (2012) ha sostenido que si bien el derecho administrativo

sancionador se encuentra, al igual que el derecho penal, sujeto a los principios constitucionales de legalidad, tipicidad y reserva de ley (principios rectores del debido proceso), tales principios deben adquirir matices de flexibilidad y menor rigurosidad para el caso del derecho sancionador disciplinario, posición jurisprudencial que pese a ser respetable, según la evidencia disponible, nos lleva a colegir que, supone una ampliación del margen de discrecionalidad con frecuencia existente en esta materia, lo que además de generar inestabilidad en la función pública, favorece las prácticas de corrupción y relaciones entre redes criminales y funcionarios públicos, convirtiéndose en causa potencial de una u otra manera con el crimen organizado, el tráfico de influencias, el nepotismo, el uso indebido de información privilegiada, el soborno, la concusión, y demás modalidades de corrupción que constituyen una desviación del recto y cabal desarrollo de la función pública.

De tal suerte, la situación del ordenamiento jurídico colombiano en materia sancionatoria disciplinaria no es sustancialmente distinta de la mayoría de los ordenamientos de la región. El ordenamiento colombiano, al igual que los ordenamientos de México, Chile, Argentina y Perú, y de forma similar a lo que ocurre en los ordenamientos de España y Francia, cuenta con un sistema de cláusulas abiertas que propicia amplios márgenes de discrecionalidad en la Administración Pública tanto en la creación de los supuestos de hecho reprochables como en el establecimiento de la gravedad de la falta y en la graduación de la sanción disciplinaria, discrecionalidad que se convierte en una potencial fuente de actos de corrupción, incluida la asociada al crimen transnacional. Ello, al igual que en los mencionados países, evidencia la inobservancia de las recomendaciones que sobre el particular han sido proferidas por los organismos internacionales pertinentes.

Ahora bien, en relación con las medidas específicas tendientes a combatir la corrupción y la criminalidad organizada transnacional en el ámbito de las sanciones disciplinarias, tal como ocurre en la generalidad de los sistemas jurídicos latinoamericanos y no latinoamericanos estudiados en el presente capítulo, en Colombia, ni en la Ley 734 de 2002, ni en la Ley 1952 de 2019 y mucho me-

nos en la Ley 2094 de 2021 se contempla de manera alguna dicha problemática. Valga mencionar que recientemente fue expedida la Ley 2195 del 18 de enero de 2022 por medio de la cual se adoptan medidas sancionatorias de carácter administrativo en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción; la norma busca, desde el ámbito de las sanciones administrativas, prevenir los actos de corrupción, reforzar la articulación y coordinación de las entidades del Estado y recuperar los daños ocasionados por dichos actos con el fin de asegurar y promover la cultura de la legalidad e integridad y recuperar la confianza ciudadana y el respeto por lo público, sin que se produjere un abordaje desde el ámbito de las sanciones disciplinarias.

Finalmente, dada la incertidumbre jurídica que rodea la imposición de sanciones disciplinarias a los servidores públicos de elección popular por parte de la Procuraduría General de la Nación, en atención a los efectos vinculantes que tiene para Colombia la sentencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en la sentencia del caso *Petro Urrego vs. Colombia* (2020), se hace imperativa la expedición por el Congreso de la República de una ley que regule el régimen de responsabilidad de los servidores públicos de elección popular conforme a lo resuelto en esta decisión judicial, pues mantenerse tozudamente en la posición de mantener la vigencia de la competencia de ese órgano administrativo hará que los esfuerzos institucionales por sancionar disciplinariamente a estos servidores públicos por la comisión de faltas constitutivas de actos de corrupción terminen siendo estériles y generando un efecto contraproducente en la lucha contra este fenómeno, cuando la solución está en atender la orden del juez interamericano y ajustar la normatividad interna a lo previsto en el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y en la interpretación que de su alcance ha efectuado la Corte IDH en la sentencia de marras.

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES PARA AMÉRICA LATINA Y COLOMBIA

6.1. Conclusiones

Tal como se anotó, la corrupción en materia sancionadora disciplinaria supone la consumación de una decisión tomada por la Administración Pública sobre la base de un esquema costo-beneficio de carácter fraudulento.

Conforme a la aproximación aludida en la introducción, cuando no funcionan las medidas de prevención y los medios de control interno respecto de las prácticas de corrupción y criminalidad organizada transnacional, la Administración debe hacer uso de la potestad sancionadora disciplinaria.

Una vez revisados los distintos regímenes que regulan dicha potestad sancionadora se pretendió comprender cómo opera el fenómeno de la corrupción asociado con el crimen organizado transnacional en tratándose de sanciones disciplinarias, encontrando que estas temáticas no han sido abordadas de manera alguna en los ordenamientos jurídicos que fueron examinados tanto en países desarrollados como en Colombia y los demás países de la región.

Se encontró igualmente que el amplio margen de discrecionalidad con que cuenta la Administración Pública tanto en la creación de los supuestos de hecho reprochables como en el establecimiento de la gravedad de la falta y en la graduación de la sanción disciplinaria, es uno de los principales factores que facilitan la toma de decisiones permeadas por la corrupción.

A ese respecto, se detectó que una de las medidas primordiales que debe adoptarse con miras a poner freno al exceso de discrecionalidad —medida ampliamente recomendada por los distintos organismos internacionales— apunta precisamente a fortalecer la observancia estricta del debido proceso al igual que los principios y garantías que lo integran. Las decisiones de los Estados tomadas a través de sus autoridades disciplinarias se legitiman si son producto de un trámite que dé cuenta de la aplicación efectiva, y no meramente formal, de todos y cada uno de los elementos del debido proceso, así como de los instrumentos internacionales de derechos humanos,

la legislación interna en materia de sanciones disciplinarias y, por supuesto, el cumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas en materia de lucha contra la corrupción.

De acuerdo con las recomendaciones impartidas por los organismos internacionales competentes referidos a lo largo del presente capítulo, se puso de presente que la sanción disciplinaria además de ser producto del respeto efectivo del debido proceso de los sujetos sancionados, debe generar consecuencias contundentes y ejemplarizantes que permitan desincentivar la realización de faltas disciplinarias y la comisión de actos de corrupción en general.

Sobre las distintas medidas institucionales relativas a la determinación de la naturaleza de las faltas y las sanciones disciplinarias, se evidenció que el tratamiento de las sanciones disciplinarias tanto en los países latinoamericanos como en los no-latinoamericanos, en lo concerniente a sujetos, principios, fines, faltas y tipos de sanciones, guarda mucha similitud, a excepción de los sistemas de Estados Unidos y Brasil que se caracterizan por la consagración taxativa de los supuestos normativos sancionatorios.

Así mismo, se evidenció que las escalas de sanciones disciplinarias contempladas tanto en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos como en los no-latinoamericanos referenciados en este capítulo, siguen siendo las clásicas del derecho público que se encuentran establecidas de manera gradual en cada ámbito en el que se aplican medidas o dispositivos represivos.

Teniendo en cuenta la evidencia relacionada, en el caso particular de los países latinoamericanos y en el caso colombiano en especial, es dable tener presente que como lo afirma Solís (2008):

[...] el crimen organizado desafía el desarrollo y la gobernabilidad democrática en América Latina y el Caribe. Este fenómeno se ha generalizado y adquirido nuevas y más violentas formas de operación en todo el hemisferio. Ello dificulta la vigencia del Estado de Derecho, impide un efectivo imperio de la Ley, afecta gravemente la economía y la seguridad de las empresas privadas, y erosiona los sistemas políticos y las instituciones democráticas en todos los países de la región. El crimen organizado ha dado un importante salto cualitativo en América Latina. Ejemplo de ello son los índices de criminalidad, que han hecho de las ciudades latinoamericanas las más inseguras del mundo. (Solís, 2008: 9).

Existe consenso en que mientras tanto Colombia y los demás países latinoamericanos no logren fortalecer sus instituciones y sus sistemas de control y sanción seguirán siendo un atractivo para la delincuencia organizada, pese a ello, se observa que además de la vaguedad descriptiva de las faltas y las sanciones que amplía los ámbitos de discrecionalidad administrativa, en ninguno de estos ordenamientos jurídicos se contempla la lucha contra el crimen organizado transnacional dentro de los sistemas de responsabilidad que conllevan a la imposición de sanciones disciplinarias.

6.2. *Recomendaciones para América Latina*

El presente capítulo se ha centrado en la definición (o falta de definición) de las faltas y las sanciones disciplinarias, y en la necesidad de contar con una regulación más concreta y precisa para reducir los amplios ámbitos de discrecionalidad de quienes aplican el régimen administrativo sancionador, puesto que estos amplios márgenes de discrecionalidad son una puerta abierta a prácticas corruptas, incluidas las promovidas desde el crimen organizado transnacional.

Sin dejar de lado lo antes mencionado, resulta pertinente precisar que la corrupción tiene un impacto multidimensional sobre la democracia, el Estado de Derecho, la institucionalidad estatal y el goce y ejercicio de los derechos humanos en el continente (CIDH, 2019). Con respecto a la afectación de la institucionalidad en particular se destacan además de los actos de discrecionalidad:

[...] la concentración de poder, la ausencia de control en la gestión pública, la impunidad, y elementos culturales como la tolerancia a la corrupción. De manera trasversal, la corrupción atraviesa actos cotidianos junto a estructuras de corrupción sistémica o macro-corrupción, que en algunos casos llegan a niveles de complejas formas de captura del Estado, cooptación de estructuras estatales e incluso desviación institucional con fines delictivos [...] ⁷.

⁷ Recomendación de la OCDE sobre Integridad Pública. *Vid.*: <https://www.oecd.org/gov/integridad/recomendacion-integridad-publica/>.

Debido entonces a su gran impacto, para enfrentar la corrupción estructural⁸ en Latinoamérica es necesaria una actividad coordinada de todo el aparato estatal, con diagnósticos precisos, metas adecuadas, sistemas de control formales, evaluación periódica, adopción de mecanismos de transparencia y publicidad, y por supuesto, implementación de sistemas sancionatorios adecuados con regulaciones concretas y precisas que de manera efectiva reduzcan la discrecionalidad y de esta forma cierren la puerta a prácticas corruptas incluidas las vinculadas a la criminalidad organizada transnacional.

De tal suerte, como propuestas de estrategias y medidas contra la corrupción asociada con el crimen transnacional en relación con las sanciones disciplinarias en América Latina y Colombia, se presentan las siguientes:

1. Someter a la consideración de los Estados parte de la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) un proyecto de protocolo adicional con el objeto de contribuir al logro de los propósitos enunciados en su art. II, por medio del cual se establezca que los Estados parte que aún no lo hayan hecho adopten las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para tipificar como faltas disciplinarias en su derecho interno los actos de corrupción descritos en el art. VI.1. y que en lo pertinente se apliquen a las mismas las demás disposiciones de la CICC.

2. Mejorar la técnica legislativa en la descripción de las conductas constitutivas de las faltas disciplinarias, pues su vaguedad e imprecisión fomenta los excesos de discrecionalidad y se presta para un

⁸ “La corrupción estructural hace referencia a una práctica que define el funcionamiento de ciertas instituciones y que opera a través de redes de poder, cuya principal función es proteger y mantener en la impunidad a los actos de corrupción que resultan funcionales a su grupo. Se trata de un diseño institucional que permite y fomenta diversas formas de corrupción, que se sustentan en elementos culturales de tolerancia de dichas prácticas y cuya solución requiere de una actuación coordinada tanto del aparato estatal como de la ciudadanía, de la comunidad internacional, las empresas y corporaciones”. Human Rights-Corrupción y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos: Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 6 de diciembre de 2019 (OAS. 2019 documentos oficiales; ea/ser. I/v/ii) on Cataloging-in-Publication Data-Inter-American Commission.

manejo politizado de la potestad disciplinaria, lo que, a su vez: (a) favorece a los correligionarios y afines, y persigue y presiona a los contradictores; y (b) permite una valoración de la atipicidad de los comportamientos sancionables o de reconocimiento del principio *in dubio pro disciplinado* que sea funcional a los intereses de los servidores públicos involucrados en actos de corrupción. Lo anterior se traduciría en estándares procesales mucho más garantistas encaminados a limitar la influencia de la corrupción (se encuentre, o no, vinculada al Crimen Organizado Transnacional (COT)) en los procesos disciplinarios, eliminando vacíos y opacidad alrededor de sus normas aplicables.

4. Adoptar mecanismos de publicidad que redunden en la implementación de prácticas transparentes en los distintos ámbitos de la Administración Pública⁹. La doctrina especializada coincide en señalar que la publicidad garantiza la transparencia. Sólo la publicidad permite verificar el efectivo cumplimiento de los sistemas de diagnóstico e instrumentos de control y evaluación de la gestión disciplinaria.

6.3. Recomendaciones para Colombia

Finalmente, se recomienda la adopción de las siguientes medidas en relación con el caso colombiano:

1. Describir de forma precisa en el Código Disciplinario las conductas que constituyen faltas graves y leves así como establecer parámetros estrictos de graduación de las sanciones disciplinarias (incluyendo aquellas relativas a hechos de corrupción vinculados al COT), con el fin de garantizar la aplicación de los principios de legalidad y

⁹ “Si bien desde los inicios del Constitucionalismo se impuso (al menos, en el plano teórico), como reacción al Antiguo Régimen, la transparencia en el ejercicio de los poderes legislativo y judicial no sucedió así con el poder ejecutivo: durante casi dos siglos el principio transparencia se detuvo en el umbral de la Administración pública, considerándose que bastaba su sometimiento al principio de legalidad. Sólo en el último tercio del siglo XX empezó a abrirse una brecha a esta situación con las modernas leyes de acceso a la información pública, en un movimiento que ha alcanzado ya en este siglo XXI una auténtica escala mundial”. (Severiano, 2018).

tipicidad de las sanciones, evitando posteriores decisiones judiciales que dejen sin efecto decisiones disciplinarias que sustantivamente ameritaban la imposición de las medidas correctivas.

2. Realizar los ajustes al ordenamiento interno ordenados por la Corte IDH en la sentencia del caso *Petro Urrego vs. Colombia* (2020), mediante la expedición por el Congreso de la República de una ley que regule el régimen de responsabilidad de los servidores públicos de elección popular. Esto debido a que, mientras se persista en el incumplimiento de la jurisprudencia interamericana, los esfuerzos institucionales por sancionar disciplinariamente a estos servidores públicos por la comisión de faltas constitutivas de actos de corrupción están abocados a ser estériles, al poder presentarse cualquier de los siguientes tres escenarios: (a) que los jueces de tutela ordenen a la Procuraduría General de la Nación abstenerse de investigar disciplinariamente a dichos servidores públicos y a dejar sin efectos las sanciones que les sean impuestas por el ministerio público cuando se les investigue por una falta sancionable con suspensión, destitución o inhabilidad o cuando les sea impuesta alguna de esas sanciones; (b) que el Consejo de Estado, al recibir de la Procuraduría General de la Nación los actos administrativos sancionadores para el trámite del recurso extraordinario de revisión, se abstenga de darles trámite (como en su momento aconteció con la misma figura que se previó para los fallos declarativos de responsabilidad fiscal proferidos por las contralorías); o (c) que el caso termine llegando de nuevo al sistema interamericano, con la previsible consecuencia de la reiteración de la condena al Estado colombiano por persistir en la vulneración del artículo 23 (2) de la CADH.

3. Garantizar la publicidad por parte de las autoridades que ejercen la potestad disciplinaria de los indicadores de gestión sobre las actuaciones de su competencia (incluyendo, aquellas relativas a hechos que pueden ser constitutivos de faltas disciplinarias por actos de corrupción vinculados al COT), diseñando para ello mecanismos que permitan dar cumplimiento efectivo a la Ley Estatutaria 1712 (2014), de transparencia y acceso a la información pública. Esto permitiría materializar la aplicación del principio de divulgación proactiva de la información, lo que, a su vez, promovería mejores ejercicios de control social y reduciría el riesgo de la expedición

de decisiones en connivencia con los implicados en tales actos. Para ello se requiere de una actualización por parte de la Procuraduría General de la Nación de la directiva que establece el diligenciamiento de la información en el índice de transparencia y acceso a la información pública para incluir la obligación del reporte de esos indicadores de gestión.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia

- Consejo de Estado de la República Francesa. (1945). *Sentencia Aramu*. Doc. Rec.213.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-699 de 2012. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-401 de 2013. Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-980 de 2010. Magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Doctrina

- Acosta, M. (2019). “La responsabilidad del empleado público en España”. *Revista CES Derecho*. Vol. 10(2). Pp. 605-640.
- Carvalho, M. (2014). “La nueva ley anticorrupción brasileña”. *Revista Ars Iuris Salmanticensis*. Vol. 2. Pp. 37-45.
- Carretero, A. (1995). *Derecho administrativo sancionador*. España: Editoriales de Derecho Reunidas.
- Cordero, L. (2020). “El derecho administrativo sancionador y los sectores de referencia en el sistema institucional chileno”. *Revista Ius et Praxis*. Vol. 22 (1).
- Corredor, E. (2013). “Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilena”. *Revista de Derecho (Coquimbo)*. Vol. 20 (1).
- De la Vallina, J. L. (1962). “El nuevo estatuto francés de funcionarios”. *Revista de administración pública*. Núm 39. Pp 531-556.

- Fernández, S. (2018). “La transparencia pública, pasado, presente y futuro”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Núm. 51. Pp 213-243.
- Forero, J. R. (2012). *Bases Teóricas del Derecho Disciplinario en España y Colombia*. Ediciones Nueva Jurídica, Colección Jurídica Disciplinaria.
- García de Enterría, E., Fernández E., Ramón T. (2004). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: S.L. Civitas.
- Gonzales, C.R. (2014). “El Proceso disciplinario en la Administración Pública”. *Revista Jurídica Docentia et Investigatio*. Vol. 16(1).
- Gómez, R. & Villar, L. (1989). *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*. Madrid: Civitas.
- Jain, A. (2001). “Corruption: A Review”. *Economic Surveys*, Vol. 15(1). Pp. 71-121.
- Kunsemuller, C. (2003). “Chile, los principios del procedimiento penal y su aplicación en los procedimientos disciplinarios”. *Revue internationale de droit pénal*. Vol 74. Pp. 821-837.
- Laverde, J.M. (2018). *Manual de procedimiento administrativo sancionatorio*. Bogotá: Legis.
- Laverde, J.M. (2020). *La sanción administrativa –Perspectivas contemporáneas*. Bogotá: Legis.
- Lins de Lessa Carvalho, F. (2019). “La función pública en el mundo: rasgos jurídicos, tendencias y retos de siete modelos comparados”. *Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*. Vol. 7(1). Pp. 41-66.
- Monzón, M. (2018). *La sustantividad del derecho administrativo sancionador en el ordenamiento jurídico argentino*. Buenos Aires: Sistema Argentino De Información Jurídica.
- Nettel, A. & Rodríguez, L. (2017). “El derecho administrativo sancionador en el ámbito disciplinario de la función pública”. *Misión Jurídica, Revista Estudi. Socio-Juríd.* Vol 13 (19). Pp. 11-124.
- Nieto, A. (2003). *Derecho Administrativo Sancionador*. Bogotá: Ed. Casa del Libro.
- Osornio, F. J. (2015). *Enciclopedia jurídica de México online*. México: La Ley.
- Ovalle, F. (2015). “Reflexiones sobre los criterios aplicados para determinar la gravedad o levedad de las faltas disciplinarias, en el derecho disciplinario colombiano”. *Revista Academia & Derecho*. Vol. 6(11). Pp. 227-258.
- Ruiz Esparza, A. (2017). *Derecho disciplinario mexicano*. México: Porrúa.
- Rotondo, F. (2016). “Poder disciplinario y discrecionalidad”. *Revista de Derecho Público*. Núm. 49. Pp 135-148.

- Sánchez, M. (2006). *Derecho administrativo*. Madrid: Tecnos.
- Sanguinetti, J. (2019). *Impugnación y control judicial de las sanciones administrativas – sus particularidades a la luz de los principios y garantías constitucionales aplicables*. Ed. La Ley.
- Silva, E. (1989). *Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Barcelona, Buenos Aires*. Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile.
- Solís, L. & Rojas, F. (2008). *Crimen organizado en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: Ed. Catalonia.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Carrillo, F. (2020). “La corrupción es un cáncer para la democracia”. *Universidad Nacional de Colombia*. <https://issuu.com/mediosdigitales/docs/unperiodico228>.
- CIDH. (2019). “Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos”. *Doc.236, OEA/Ser.L/V/II*. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf>.
- OCDE. (2017). “Recomendación del consejo de la OCDE sobre integridad pública”. <https://www.oecd.org/gov/ethics/recomendacion-sobre-integridad-es.pdf>.
- OCDE. (2019). “Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública, Estudios de la OCDE sobre Integridad en Argentina”. https://www.oecd-ilibrary.org/governance/estudio-de-la-ocde-sobre-integridad-en-argentina_g2g98f15-es.

3. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Capítulo 7

Conclusiones

MANUEL ALBERTO RESTREPO MEDINA*
HÉCTOR OLASOLO**

1. INTRODUCCIÓN

La tradicional respuesta del Estado centrada en el derecho penal presenta importantes limitaciones para enfrentar el fenómeno de la corrupción, sobre todo cuando, más que a conductas individuales, su existencia corresponde en la actualidad a redes de relaciones sociopolíticas mafiosas (con frecuencia de ámbito transnacional), que utilizan la captura y la cooptación del Estado por parte de políticos, funcionarios y actores privados con el fin de apropiarse de los re-

* Doctor en derecho. Magister en derecho administrativo. Magister en estudios políticos. Diplomado en Estudios Avanzados (DEA) en derecho procesal. Especialista en legislación financiera. Abogado. Profesor emérito y titular de carrera académica y director de la escuela doctoral, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Público, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Investigador asociado Minciencias. Miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

** Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU.). Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos). Profesor Titular, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Derecho Internacional, Universidad del Rosario (Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en DI, la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección International Law Clinic Reports (ILCR). Coordinador General de las Redes de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional; Investigador Senior Minciencias (Colombia). Investigador Principal del Programa 70593 y del Proyecto 70817 de Minciencias sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9724-0163>.

cursos públicos. De ahí, la relevancia de una aproximación a la que contribuyan distintas áreas del derecho y diversas disciplinas extra jurídicas.

En este contexto, es importante tener en cuenta que, si en el fomento de la integridad pública radica parte importante del éxito de una política anticorrupción, es necesario contar con diseños institucionales que permitan, por un lado, verificar en qué medida los principios de la ética pública son tenidos en cuenta por la administración a la hora de gestionar los recursos, y, por otro, recurrir, cuando se adviertan desviaciones, al ejercicio de las competencias de investigación y sanción de las autoridades administrativas. Así mismo, se requiere también reforzar, estructural y operativamente, la adecuada utilización de la potestad administrativa sancionadora, la cual puede llegar a recaer sobre personas naturales y jurídicas vinculadas a estructuras organizadas para defraudar al erario, que pueden ser funcionales a los intereses de los grupos involucrados con el crimen organizado transnacional (COT).

A la luz de lo anterior, el presente volumen se ha dividido en dos partes. En la primera, se ha estudiado la facultad de vigilancia y fiscalización sobre el uso adecuado de los recursos públicos, a través de los capítulos 1 y 2 sobre control interno y control externo o fiscal, mientras que en la segunda parte se han analizado los mecanismos para la determinación de responsabilidades en el campo administrativo, tanto desde la perspectiva pecuniaria o patrimonial como desde la órbita sancionatoria. Desde la primera perspectiva, se han abordado en los capítulos 3 y 4 los mecanismos relativos a la responsabilidad fiscal en la gestión de los recursos públicos y la acción de repetición contra los agentes del Estado, mientras que desde la segunda se ha examinado en los capítulos 5 y 6 la regulación de las faltas y las sanciones administrativas y disciplinarias.

Cada uno de estos ámbitos ha sido analizado desde una perspectiva comparada que contrasta los principales estándares internacionales que les son aplicables, y su actual regulación en: (a) aquellos países latinoamericanos (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Perú), que por su tamaño, población y peso político y económico tienen una particular relevancia en la región; y (b) ciertos países no

latinoamericanos que ejercen una especial influencia en América Latina (principalmente, España y Estados Unidos).

Realizado este estudio comparado en los capítulos precedentes, el presente capítulo expone las principales conclusiones alcanzadas.

2. EL CONTROL INTERNO

Como señala Restrepo en el capítulo 1, el propósito principal del control interno es el de promover la consecución o el logro de las metas y los objetivos institucionales de las entidades públicas, mediante una gestión eficiente de los recursos asignados para su cumplimiento, que neutralice los factores de riesgo que puedan impedir su realización. Por ello, a pesar de no haber sido concebido como un instrumento de lucha contra la corrupción, una adecuada implementación de los componentes del sistema de control interno debería, en forma indirecta, favorecer su prevención, en la medida en que la corrupción es un elemento de riesgo en la administración de los recursos públicos.

Se recuerda en este capítulo que el diseño contemporáneo del modelo de control interno que se aplica en la mayor parte de las administraciones públicas del mundo occidental corresponde al denominado modelo COSO, que define el control interno como:

[...] un proceso llevado a cabo por el consejo de administración, la dirección y el resto del personal de una entidad, diseñado con el objetivo de proporcionar un grado de seguridad razonable en cuanto a la consecución de objetivos relacionados con las operaciones, la información y el cumplimiento.

Para COSO, el control interno consta de los cinco componentes siguientes, que están presentes en todos los niveles de la organización y afectan a todos sus objetivos: entorno de control, evaluación de riesgos, actividad de control, información y comunicación y supervisión.

De manera complementaria al modelo COSO, el Instituto de Auditores Internos ha desarrollado un modelo teórico denominado las tres líneas de defensa, cuyo objeto es gestionar de manera sencilla y eficaz la gestión de riesgos y el control, de manera que ambos están

distribuidos dentro de toda la entidad sin incurrir en duplicación de esfuerzos y sin omitir ninguna faceta de la gestión institucional.

A nivel nacional, el sistema de los EE.UU. adopta en su integridad el modelo COSO como paradigma del diseño institucional del control interno para el sector público (“libro verde”), convirtiéndolo, debido a su influencia (de la cual no escapan los países latinoamericanos), en referente obligado para gran parte del mundo. Por su parte, el modelo de España resulta ser más ambicioso en su cobertura que el propio modelo COSO, al combinar el control ex ante con el control posterior, mediante el ejercicio de la función interventora y el control financiero permanente, cuya efectividad es luego comprobada mediante auditorías internas y externas, lo que debería servir para minimizar los riesgos y maximizar los resultados esperados de la administración en el uso de los recursos públicos.

Por su parte, los sistemas de control interno de los países de América Latina tienen diseños institucionales que, en términos generales, se acercan a los componentes del modelo COSO, aunque, considerando las características de cada uno, es imposible establecer un patrón estandarizado entre ellos. En todo caso, conviene subrayar, que, de los países de la región objeto de estudio en la presente obra colectiva, el que se aparta de este modelo es el de Brasil, el cual tiende a parecerse más al modelo de España, en la medida en que, en función de los fines del control interno definidos constitucionalmente, su regulación centra su ejercicio en la realización de actividades de auditoría y fiscalización, más que en la prevención y la gestión de riesgos, de manera que el control interno no es concebido como un sistema sino como una función de verificación y comprobación.

En todo caso, a juzgar por las características de los elementos de los sistemas latinoamericanos de control interno que fueron examinados (objeto del control, objetivos específicos a los que se dirige el control interno, componentes que lo conforman y diseño orgánico para su ejercicio), podría afirmarse que se ha hecho una incorporación exitosa de las mejores prácticas internacionales en la materia, y en esa medida su impacto positivo debería verse reflejado en el cumplimiento de los fines de sus respectivas administraciones públicas, lo que supondría, a su vez, que se han desarro-

llado capacidades para contrarrestar los riesgos de corrupción, la incompetencia y la impunidad.

Sin embargo, los datos sobre corrupción y los indicadores de desarrollo en los países de la región dejan entrever que el control interno no ha hecho lo suyo para prevenir la corrupción y la mala gestión, dando lugar a que el sector público sea percibido como un lastre para el desarrollo y la competitividad de la economía, situación que invita a proponer cambios en la manera en que este control es ejercido.

Como señala Restrepo, el principal problema parecería ser el carácter formalista con que se ha asumido el ejercicio del control, el cual se ha centrado en verificar listas de cumplimiento de procedimientos de gestión, sin atender a los resultados e impactos generados con la utilización de los recursos públicos, lo que es producto de seguir manteniendo una racionalidad administrativa derivada de la degeneración del modelo weberiano de administración pública.

Esta conclusión lleva a afirmar que la manera como se ha implementado el control interno en los países de América Latina, a pesar de que su diseño normativo e institucional responde a las mejores prácticas reconocidas internacionalmente, no ha logrado el propósito de identificar y gestionar los riesgos que impiden el logro de los objetivos y las metas institucionales. Además, esta disfunción ha hecho que tampoco se haya avanzado en el frente de la prevención de la corrupción, a pesar de que la misma se encuentra incorporada como uno de los principios del modelo COSO en el componente de la administración de riesgos.

En Colombia, desde la expedición de la Ley 87 (1993) se tiene definido al control interno como el sistema integrado por la estructura organizativa y el conjunto de los planes, métodos, principios, normas, procedimientos y mecanismos de verificación y evaluación adoptados por una entidad, con el fin de procurar que todas las actividades, operaciones y actuaciones, así como la administración de la información y los recursos, se realicen de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes, dentro de las políticas trazadas por la dirección y en atención a las metas u objetivos previstos.

El control interno opera a través del Modelo Estándar de Control Interno (MECI), el cual se encuentra articulado directamente al Sistema de Gestión como una dimensión del Modelo Integrado de Planeación y Gestión. En función de esta articulación, la estructura del MECI se fundamenta en los cinco componentes del Modelo COSO arriba señalados (entorno de control, evaluación de riesgos, actividad de control, información y comunicación y supervisión). Esta estructura está acompañada de un esquema de asignación de responsabilidades y roles para la gestión del riesgo y el control, el cual se distribuye en diversos frentes, denominados líneas de defensa.

De conformidad con la explicación precedente de la estructura del MECI, se infiere que sus componentes, en especial, el de supervisión y monitoreo, al identificar oportunamente las desviaciones en la gestión, debería permitir tomar medidas preventivas frente a conductas que pudieran llegar a ser contrarias a la legalidad y, en esa medida, reducir las probabilidades de que se comenten actos de corrupción en el ejercicio de la función administrativa, aunque no se dirija expresamente a este fin.

Sin embargo, los datos disponibles muestran que no ha sido posible lograr los fines a los que se dirige el control interno, de manera que, a diferencia de lo que se presumía, la mejora del diseño institucional tan solo se ha traducido en un sistema de control interno: (a) que ha desarrollado un conjunto de tecnologías de control basadas en la normalización de las conductas y la mecanización de los procesos; y (b) cuya gestión del conocimiento está referida y es eficaz para el óptimo cumplimiento endógeno de aquello que se controla, pero no para la producción y satisfacción de las expectativas sociales de bienes y servicios públicos.

Además, existe en Colombia una tendencia en el sistema de control interno hacia la conservación frente a la innovación, a privilegiar el cumplimiento formal y no sustantivo, y a aprovechar el conocimiento para retroalimentar la racionalidad administrativa. Todo ello, a pesar de que las actuales condiciones sociales, culturales, políticas y económicas promueven la creación de valor público por parte del sistema de control interno, lo que, a su vez, puede tener efectos positivos sobre la democracia, la participación y el combate a la corrupción.

En esa medida, concluye Restrepo, que en el caso colombiano, al igual que acontece en los demás países de la región, se advierte que la aplicación del modelo de control interno no ha surtido el resultado que se esperaba de su implementación, a pesar de los esfuerzos realizados para mejorar varios de los componentes de su diseño, como el proceso de selección de los jefes de las oficinas de control interno y la articulación del MECI al Modelo Integrado de Planeación y Gestión.

No obstante, esta nueva construcción institucional podría ser adecuadamente aprovechada, de manera que se busque procurar el mejoramiento en la operación del Sistema de Control Interno (SCI), lo que, en caso de lograrse, permitiría reducir el nivel de penetración de la corrupción en la gestión pública.

3. EL CONTROL EXTERNO O CONTROL FISCAL

En el capítulo 2, Valencia señala que el control externo de la administración pública o control fiscal es un tipo de control que debe existir en todos los Estados, para efectos de proteger no solo los recursos públicos, sino también la función pública frente a desviaciones de poder, abusos de autoridad, uso ineficiente o ilegítimo de los recursos públicos o corrupción, entre otros. Cada Estado a lo largo de su historia ha determinado la forma particular en que evalúa el cumplimiento de objetivos por sus órganos de gobierno y la actividad de sus funcionarios públicos.

Si bien el control externo o fiscal no está previsto de manera directa como un mecanismo de lucha contra la corrupción, al hacer una evaluación de la regularidad y el desempeño en el ejercicio de la gestión fiscal, indirectamente incide sobre la misma, al poder detectar fallas en la administración de los recursos públicos que pueden tener su origen o dar lugar a que como consecuencia de las mismas se presenten actos de corrupción (incluyendo aquellos asociados al COT). De ahí que los resultados de las auditorías sean un instrumento de presión para las entidades públicas con el fin de que adopten planes de mejoramiento, cuyas acciones deberían llevar a la contención de estos riesgos y a la prevención futura de eventos de corrupción. Esto

refleja la importancia de que las Entidades de Fiscalización Superior (EFS) desempeñen adecuadamente sus funciones.

Cada Estado a lo largo de su historia ha determinado la forma particular en que evalúa el cumplimiento de objetivos por sus órganos de gobierno y la actividad de sus funcionarios públicos. Algunos países, como los EE.UU., han vinculado el control externo a la rama legislativa, como órgano de apoyo para el control de los congresistas sobre la asignación de recursos y el cumplimiento de las metas por parte del gobierno federal, mientras que otros, como España, han vinculado el control externo a la rama judicial para inspeccionar la validez de las cuentas del gobierno y de las respectivas entidades públicas. Finalmente, un tercer grupo de Estados, como el colombiano, han atribuido el control externo a un órgano autónomo e independiente, desvinculado de las ramas del poder público.

En la actualidad, se consideran EFS a los organismos encargados de ejercer el control externo, los cuales tienen a cargo la inspección y vigilancia sobre el uso apropiado de los recursos públicos para lograr las metas de los gobiernos. Además, en algunos casos, las EFS también tienen a cargo la sanción de las conductas ilícitas y la recuperación de los recursos públicos perdidos. De esta forma, el control fiscal tiene diferentes alcances en cada ordenamiento jurídico, pero en todos los casos es una herramienta fundamental para garantizar el adecuado funcionamiento del Estado, la democracia, la rendición de cuentas a la ciudadanía y el buen uso de los recursos públicos en beneficio de todos.

Por ello, las EFS tienen diferente denominación, estructura y funciones conforme a las particularidades propias de cada país. Así, podemos encontrar EFS organizadas como Tribunales de Cuentas, Contralorías Generales o Auditorías Generales, cada una con diferentes competencias para el desarrollo del control fiscal del Estado, el cual puede ser previo y concomitante, o posterior y selectivo. Estas diferencias en la denominación suelen estar relacionadas con dos modelos distintos de control fiscal, conforme a la mayor o menor influencia las dos principales tradiciones jurídicas occidentales: el modelo de Europa continental y el modelo anglosajón.

Así, los Tribunales de Cuentas son comúnmente establecidos en países influenciados por la tradición de Europa continental, que utiliza el control previo, concomitante y posterior, mientras que las Contralorías Generales y las Auditorías Generales están más relacionadas con el modelo anglosajón, que se enfoca mucho más en el control posterior y selectivo. De esta manera, cada ordenamiento jurídico tiene instituidas diferentes formas de control, las cuales dependen no solo de las reglas formales, sino también de las tradiciones jurídicas que condicionan de manera especial la forma en que se interpretan y manifiestan las instituciones de control en la práctica.

Como Valencia explica, tras los procesos de democratización de las décadas de 1980 y 1990, se establecieron en los países latinoamericanos, incluyendo Colombia, mecanismos de rendición de cuentas y supervisión del gasto público a cargo de EFS independientes y técnicas, cuyos diseños institucionales cumplen formalmente con los principios de las Declaraciones de Lima y México de la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI). Debido a su propio diseño institucional y a su mayor cercanía con los sistemas de control fiscal de los países de América Latina, la experiencia de la Contraloría General de los EE.UU. (*General Accounting Office* (GAO)) en materia de auditorías de desempeño tiene una importante influencia en la región.

A nivel internacional, treinta y cuatro EFS y organizaciones asociadas se reunieron en 1953 en el primer Congreso de La Habana, que dio origen a la INTOSAI, la cual celebra, desde entonces, congresos cada tres años en diferentes lugares del mundo, para fomentar el intercambio de ideas, conocimientos y experiencias sobre normas de fiscalización de alta calidad, así como para promover la buena gobernanza y fomentar el desarrollo de capacidades y la mejora continua del desempeño de las EFS en todos los Estados.

Un aspecto fundamental que resalta la INTOSAI para el adecuado ejercicio del control fiscal en todos los Estados, es la independencia que deben tener las EFS frente a los órganos que son objeto de control para evitar que intereses particulares o políticos influyeran indebidamente el ejercicio del control sobre la administración pública, el cual debe obedecer a criterios técnicos y objetivos que ayuden a la mejora continua de las entidades. Esto es debido a que el con-

trol fiscal tiene dos finalidades principales. La primera relacionada a determinar el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades en cabeza de las entidades y funcionarios públicos competentes. La segunda, pero no por ello menos importante, consiste en formular recomendaciones y observaciones oportunas a las entidades fiscalizadas para efectos de garantizar el fortalecimiento institucional y la mejora continua, cuando se evidencia la necesidad de adoptar acciones correctivas, preventivas o de mejora para la buena marcha de los asuntos públicos.

En este sentido, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) considera que los informes de auditoría son fundamentales para generar cambios en el sector público, pues sus observaciones y recomendaciones son muy importantes para la buena administración de las entidades públicas. Sin embargo, el dilema que se presenta en los países que enfocan sus auditorías solo en temas financieros y de cumplimiento es que su impacto comúnmente se mide según el número de auditorías realizadas o de dictámenes de auditoría en los que se aprecian irregularidades, sin tener en cuenta la calidad o el impacto real de los informes en las entidades auditadas.

Por ello, la OCDE enfatiza sobre la importancia de contar con informes que sean leídos y comprendidos por las personas adecuadas, en lenguaje sencillo para todos los actores, además de estar disponibles en el momento oportuno, mediante la presentación de la información de la forma más apropiada para su comprensión. Con esto se garantiza un adecuado impacto de las EFS en la mejora continua de las instituciones o en la corrección de procedimientos o conductas inapropiadas por parte de las administraciones públicas.

A pesar de lo anterior, las observaciones de las auditorías y la forma como se presenta la información a los auditados no reflejan con frecuencia en América Latina la relevancia del control externo para la mejora de las entidades. Además, también existen fallas en la comunicación entre las EFS y las entidades auditadas que dificultan la apropiación y el impacto de las observaciones. Así mismo, en ocasiones, las entidades auditadas consideran que las observaciones son injustas pues las EFS miden el número de observaciones en los informes, sin evaluar adecuadamente la gestión realizada, causando que

sea más importante la cantidad que la calidad de las observaciones, lo que claramente genera desgastes administrativos innecesarios. Por ello, muchas veces los auditados presentan poco interés sobre los resultados de las auditorías y el impacto real de las EFS es mínimo.

En consecuencia, si bien es cierto que todas las EFS analizadas en América Latina cuentan con reconocimiento constitucional y con marcos legales para su ejercicio (los cuales varían dependiendo de la estructura del Estado y las prácticas para el ejercicio del control fiscal), el control externo se desarrolla mediante diversas normas y procedimientos que en algunos casos dificultan la efectividad de los controles sobre las administraciones públicas. Esto provoca que los problemas organizacionales de coordinación y estandarización de las normas de control fiscal impacten directamente en la calidad de las auditorías a las entidades públicas. Además, cuando los informes de las EFS tienden a enfocarse en casos puntuales de corrupción, sin tener en cuenta la importancia de las recomendaciones para la mejora continua de las entidades y la mayor eficiencia del gasto público y efectividad de las políticas públicas, los informes de auditoría no ayudan al fortalecimiento institucional de las entidades auditadas. Con ello, se pierde la oportunidad de aprender de los errores y de generar mejoras que impacten a la ciudadanía y al servicio público.

Finalmente, en el caso de Colombia, Valencia considera que las últimas reformas realizadas sobre el control fiscal constituyen un retroceso importante en relación con los cambios que la Constitución de 1991 trató de producir. Así, por un lado se mantiene la ausencia de una carrera administrativa que garantice el mérito y la idoneidad de los funcionarios a cargo del control fiscal, así como la politización del nombramiento del contralor general y los contralores territoriales. Además, sin haber solucionado estos problemas, se han adoptado las dos medidas siguientes: (a) introducir un nuevo control concomitante y preventivo que, al no valorar adecuadamente los avances en materia de control interno, refleja una ausencia de coherencia entre los sistemas normativos que regulan las distintas entidades públicas; y (b) prever la facultad del contralor general encargado de revisar los informes de auditoría, lo que pone en cuestionamiento la independencia y objetividad del organismo de control. Como resultado, la concentración del poder en la Contraloría General de la República

(CGR) y la consiguiente pérdida de autonomía de las contralorías territoriales, unido al desarrollo del *big data*, constituyen graves riesgos para el manejo de datos en Colombia.

4. LA RESPONSABILIDAD FISCAL

En el capítulo 3, Latorre se centra en describir el funcionamiento institucional y los elementos de la responsabilidad que se origina por el manejo de los recursos públicos en diferentes países, bajo el entendido de que tanto la prevención como la sanción de la corrupción y del COT pasan por analizar si los actuales sistemas de responsabilidad en el uso de los recursos públicos (o responsabilidad fiscal, como se la denomina en Colombia) pueden llegar a tener un efecto disuasorio y correctivo sobre estos fenómenos.

A estos efectos, Latorre analiza la responsabilidad en el uso de los recursos públicos tanto desde la perspectiva del diseño institucional como desde la propia figura, esto es, desde sus elementos. El primer aspecto permite reconocer que existe una interrelación entre control, gestión y responsabilidad fiscal, al tiempo que hace surgir la pregunta sobre cuál es el diseño institucional de las EFS en los distintos países objeto de análisis en la presente obra colectiva, teniendo en cuenta que dicho diseño se vincula con la responsabilidad por daños al patrimonio público (bien porque son las propias EFS quienes declaran la responsabilidad mediante sentencia, bien porque sus informes de auditoría o de control pueden dar lugar a la apertura de procesos de responsabilidad fiscal). En consecuencia, un mal diseño institucional puede limitar las posibilidades de éxito de los procesos de responsabilidad fiscal.

El segundo aspecto, relativo al análisis de los elementos de la figura de la responsabilidad fiscal, es también relevante porque permite individualizar su estudio y facilita la comparación entre los distintos países analizados, haciendo posible un diálogo regional acerca de la responsabilidad por el uso de los recursos públicos.

Desde la perspectiva de los estándares internacionales, se entiende que es necesario contar con sistemas robustos de responsabilidad fiscal para detectar prácticas corruptas y disuadir crímenes transnacionales.

Por su parte, desde un punto de vista comparado, se puede observar, en primer lugar, que no existe un diseño institucional unificado de responsabilidad fiscal en América Latina, ya que: (a) en Argentina y Perú, las EFS carecen de atribuciones para determinar responsabilidades, las cuales solo pueden ser establecidas por los órganos judiciales; (b) en Brasil, dada la configuración de la EFS como tribunal de cuentas, tiene atribuida la función jurisdiccional, y por ende sus decisiones no son revisables por ninguna otra autoridad judicial; y (c) en Chile, Colombia y México, las EFS pueden fijar responsabilidades patrimoniales, pero sus decisiones son revisables por los órganos judiciales.

En segundo lugar, se observa que, en la mayoría de los países latinoamericanos estudiados, la responsabilidad por el uso de los recursos públicos se entiende como una responsabilidad autónoma, distinta de la civil, penal o disciplinaria. Así mismo, sus objetivos y elementos son similares en todos los países, estando estos últimos conformados por el daño, la culpa y la relación de causalidad. De esta manera, se entiende como una forma de responsabilidad subjetiva, si bien la doctrina discute si debería entenderse, al menos en ciertos supuestos, como objetiva. Además, se le reconoce carácter resarcitorio, pues busca resarcir el daño ocasionado.

En tercer lugar, existe un problema en la región en relación con la poca efectividad de dichos sistemas de responsabilidad, existiendo, en particular en Argentina, Brasil y Colombia, un debate doctrinal que cuestiona esta situación. La baja efectividad está relacionada, si bien no únicamente, con barreras institucionales, como, por ejemplo, cuando las decisiones de las EFS pueden ser impugnadas ante los órganos jurisdiccionales (caso colombiano), o cuando se obliga al agotamiento previo de otras vías administrativas, otorgándose carácter excepcional al conocimiento de casos por las EFS (caso brasileño).

En cuarto lugar, las experiencias con diseños institucionales híbridos han mostrado ser estructuralmente menos efectivas. Esto sucede porque en ellos no se fortalece ninguna de las funciones de las EFS debido a su falta de especialidad. Si a esto añadimos que, como muestran los casos de EE.UU. y España, la tendencia fuera de América Latina es tratar de promover modelos de gestión que puedan hacer un

verdadero control de la efectividad de las políticas públicas, parece necesario repensar la existencia de los modelos híbridos.

Finalmente, como subraya Latorre, la efectividad de los sistemas de responsabilidad en el uso de los recursos públicos podría también aumentarse si se aplican las cuatro medidas siguientes:

1. Adoptar un concepto de “servidor o empleado público” amplio y claro, susceptible de ser aplicado a todos los actores que pueden llegar a producir daños al erario.

2. Mantener carácter indemnizatorio y autónomo de este tipo de responsabilidad, puesto que es necesario contar con un dispositivo que permita resarcir los daños y recuperar los recursos perdidos, resaltando así el valor socialmente dado al cuidado de los recursos públicos.

3. Dar mayor claridad sobre lo que se encuentra comprendido dentro del concepto de culpa y de sus diferentes manifestaciones, de manera que, una vez reconocido el carácter subjetivo de la responsabilidad fiscal, se reduzca la ambigüedad semántica y la discrecionalidad en su aplicación por parte de las autoridades.

4. Crear un régimen de responsabilidad objetiva para ciertos tipos de daños al erario, para lo que es previamente necesario llevar a cabo una reflexión acerca de cuál sería el fundamento para este tipo de responsabilidad.

5. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS AGENTES ESTATALES Y LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

Como Duitama explica en el capítulo 4, en materia de responsabilidad patrimonial de los agentes estatales, el medio de control de repetición, acción reversiva o acción de regreso es una figura procesal (de naturaleza administrativa o, en ocasiones, jurisdiccional), a través de la cual, en un juicio de responsabilidad se examina el actuar doloso o gravemente culposo del servidor público o del particular que cumple funciones públicas, y que con su conducta (acción u omisión) en el desempeño de sus funciones ha generado un daño antijurídico que fue reparado patrimonialmente por el Estado

a través de una sentencia, una conciliación o cualquier otra forma de resolución de controversias. La finalidad de este mecanismo procesal es, por tanto, reintegrar al patrimonio estatal el dinero que se pagó como consecuencia de la referida condena o reparación patrimonial.

Como quiera que la acción de repetición es una herramienta de responsabilidad personal y un mecanismo importante para lograr tanto la recuperación por las entidades públicas de aquellas erogaciones producto de condenas y otros mecanismos de solución de conflictos, como la promoción de la probidad e integridad de la función pública, el desarrollo de políticas públicas anticorrupción más eficaces y la prevención de actos de corrupción, es necesario su fortalecimiento procesal, sustancial y técnico en el ordenamiento jurídico. Con ello se potenciaría: (a) el carácter preventivo de esta acción, que busca promover la moralidad, el ejercicio ético, objetivo, imparcial, diligente, transparente e intachable de la función pública; y (b) su naturaleza correctiva, al tratar que quien realiza de manera intencional, dolosa o consciente, o al menos de forma gravemente culposa, una conducta ilícita, devuelva al Estado el dinero pagado por este como consecuencia de la indemnización dada a los terceros afectados por dicha conducta.

Con base en lo anterior, Duitama analiza el origen y desarrollo de las estrategias normativas que se han diseñado en los diferentes países en donde se ha incorporado la figura de la “repetición”, indagando si a través de este mecanismo se puede contribuir a incrementar la respuesta al fenómeno de la corrupción (especialmente, cuando se encuentra vinculada al COT). Para ello, centra su atención en las siguientes cuestiones: (a) la naturaleza administrativa o jurisdiccional de la acción; (b) la legitimación para ejercerla; (c) los requisitos para su ejercicio; (d) su caducidad; (e) su nivel de eficacia para recuperar el patrimonio de la administración e incrementar los niveles de integridad y probidad en el ejercicio de la función administrativa; y (f) el impacto que su ejercicio puede tener sobre la corrupción y el COT.

Ninguno de los instrumentos internacionales analizados hace mención expresa a la acción de repetición o de regreso como una herramienta para combatir o impedir la corrupción transnacional, puesto que dichos instrumentos se limitan a referirse genéricamente

a la posibilidad de ejercicio de las acciones recogidas en los respectivos sistemas procesales (ya tengan naturaleza administrativa o jurisdiccional) para garantizar la restitución, recuperación, repatriación, repetición o devolución al Estado.

En cuanto al ámbito del derecho comparado, la regulación de la figura en España y Francia muestra que la acción de repetición contra los funcionarios tiene lugar en sede administrativa y, aunque está diseñada para “moralizar la función pública”, enfrenta entre otros problemas la insolvencia de los empleados públicos y la falta de su uso práctico.

Si bien los regímenes de estos países consideran que “normativamente” esta acción es idónea para recuperar los dineros públicos asumidos por las entidades administrativas que han pagado una indemnización, el análisis doctrinal realizado parece demostrar lo contrario por cuanto que en muy pocas ocasiones quien causa el daño asume su responsabilidad resarcitoria. Como resultado, sigue sin solución la necesidad de proteger los derechos de la administración ante la irresponsabilidad de quienes en su condición de funcionarios públicos causan daños a terceros que el Estado tiene que indemnizar. Además, la falta de efectividad resarcitoria de la responsabilidad patrimonial de los agentes públicos puede conllevar a su desnaturalización, convirtiendo al título ejecutivo en una sanción camuflada, que se dicta sin ninguna garantía.

En lo que atañe a la situación que viven la mayoría de los países latinoamericanos, se evidencia que pese a que sus disposiciones normativas recogen esta acción (al prever que los agentes públicos que en ejercicio de sus funciones causen daños a terceros deben reponer o recuperar el monto abonado por la administración a quienes sufrieron el daño), lo cierto es que su eficacia es también insatisfactoria para recaudar, recuperar o proteger el patrimonio público con ocasión de actos de corrupción (incluyendo los asociados al COT).

Del mismo modo, en Colombia son pocas las acciones que se fallan en contra de los servidores públicos y, cuando esto ocurre, son ineficientes para garantizar las reposiciones al erario, entre otras razones, por la insolvencia de los responsables. Según los informes de litigiosidad de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado,

el número de acciones de repetición interpuestas presenta un paulatino descenso (hasta un 20%) entre 2020 y 2021. Además, a febrero de 2022, sólo el 28,6% de los procesos de repetición concluidos en ese período fue a favor de las pretensiones del Estado, habiéndose podido solo recuperar el 2% del presupuesto que tuvo que invertir el Estado en los pagos indemnizatorios a terceros por los actos ilícitos a los que se refieren dichos procesos (Consejo de Estado, 2022).

Como Duitama señala, la principal causa de esta sangrante situación es la gran dificultad para probar en los procesos de repetición que tienen lugar en América Latina el carácter culposo o doloso de la conducta del funcionario o agente que presuntamente causó el daño por el que el Estado se ha visto obligado a pagar una indemnización. A esto hay que unir el largo período de tiempo que normalmente transcurre entre el hecho lesivo, el pago de la indemnización, el inicio de la acción de repetición y la resolución de la misma. Además, ninguno de los sistemas estudiados recoge mecanismos para recaudar, recuperar o proteger transnacionalmente el patrimonio público. En consecuencia, aunque la acción de repetición tiene formalmente una finalidad clara y proteccionista de los intereses del Estado, apenas si tiene aplicación, por lo que puede considerarse como “un bonito florero que tranquiliza conciencias” (Fortes González, 2013).

A la luz de lo anterior, es recomendable, como indica Duitama: (a) el diseño conjunto de mecanismos procesales, tales como el embargo (en forma de inscripción y orden de inhibición) y el secuestro preventivo, así como el uso de otras medidas cautelares y garantías que permitan el resarcimiento, retribución y protección del patrimonio público, la preservación de la moralidad administrativa y la eficiencia de la función pública; y (b) el impulso de estrategias como el mapeo de bases de datos y registros de bienes sospechosos, la implementación de protocolos comunes y el diseño de mecanismos de colaboración transnacionales, para garantizar una evolución armónica de legislaciones nacionales que protejan el patrimonio de los Estados y velen por la moralidad de la administración.

Así mismo, también es recomendable promover y fortalecer el desarrollo de mecanismos de cooperación entre los Estados para incrementar las medidas jurídicas y tecnológicas que permitan garantizar la eficacia institucional en la localización, identificación y recupera-

ción de los bienes procedentes de ilícitos asociados a la corrupción y al COT. Para ello, como señala Duitama, sería útil la adopción de una “ley modelo” como mecanismo de unificación y/o armonización de los instrumentos normativos que garantice, entre otras cosas, el uso de criterios claramente definidos para prevenir, tramitar y sancionar los asuntos en donde se discuta la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado por vía de repetición (especialmente, cuando han estado involucrados en casos de corrupción, y en particular si están asociados al COT).

6. LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

En el capítulo 5, Murillo explica cómo en el ámbito administrativo sancionador la administración pública tiene la potestad de imponer sanciones administrativas para ciertas conductas que pueden estar relacionadas con la corrupción y el COT, para, a continuación, analizar las fortalezas y debilidades de las medidas institucionales relativas a la determinación de la naturaleza de las faltas y las sanciones administrativas en los sistemas nacionales objeto de estudio en la presente obra colectiva, con el fin de determinar si los mismos responden de alguna manera a la corrupción asociada al COT desde el ámbito administrativo sancionador.

Con respecto a los sistemas no latinoamericanos, cabe destacar que, en los EE.UU., las sanciones pueden tener una naturaleza civil, disciplinaria o penal, pudiendo incluir, en ocasiones, la pena privativa de la libertad. Además, los órganos competentes para imponer las sanciones gozan de un menor margen de discrecionalidad, si bien no se prevén sanciones específicamente dirigidas a combatir la corrupción vinculada al COT.

En contraste, en los sistemas europeos analizados, como España y Francia: (a) la potestad administrativa sancionadora es considerada como parte del *ius puniendi* del Estado, existiendo identidad entre los principios que informan la aplicación del derecho penal y del derecho administrativo sancionador; (b) no existe una definición jurídica precisa del concepto de sanción administrativa, aparte de su pertenencia al ámbito del derecho administrativo (aunque

hunde sus raíces en el derecho penal), por lo que ha tenido que ser construido por la doctrina y la jurisprudencia; y (c) las sanciones administrativas siguen siendo en esencia las clásicas del derecho público, excluyen cualquier forma de privación de la libertad y, como sucede en los EE.UU., no están específicamente diseñadas para combatir la corrupción asociada al COT. En relación con el sistema español, cabe además destacar tres importantes debilidades al: (a) basarse en una legislación dispersa; (b) atribuir amplia discrecionalidad a los órganos administrativos sancionadores; y (c) no prever su especialización.

Los sistemas latinoamericanos siguen, en general, el modelo europeo continental, destacando que en países como Brasil (Ley 12.846 (2013) sobre responsabilidad administrativa y civil de las personas jurídicas por actos contra la administración pública brasileña, también denominada Ley Anticorrupción o Ley de la Empresa Limpia) y México (Ley General de Responsabilidades Administrativas (2016) que sustituye a la previa Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas (2012)) sí se recogen sanciones administrativas diseñadas específicamente frente a la corrupción asociada al COT, habiéndose incorporado las sanciones de la lista OFAC (también conocida como lista Clinton), que bloquean activos en casos de sanciones económicas.

En consecuencia, en la gran mayoría de los países objeto de estudio (tanto latinoamericanos como no-latinoamericanos) existe una estrecha línea divisoria entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, en el que se aplican también los mismos principios materiales y procesales que informan la aplicación del derecho penal. Por ello, la principal diferencia sustancial parece radicar en la gravedad de la infracción o la importancia del bien jurídico tutelado, de tal suerte que: (a) las infracciones más graves tienen el carácter de delitos, son competencia de los órganos judiciales conforme al derecho penal y conllevan la imposición de penas privativas de la libertad; mientras que (b) las infracciones menos graves tienen el carácter de faltas, son competencia de los órganos administrativos conforme a las reglas del derecho administrativo sancionador y acarrear la imposición de sanciones que generalmente consisten en multas y en ningún caso admiten la privación de la libertad (excepto en EE.UU. y Méxi-

co, permitiéndose en este último el arresto hasta por 36 horas, tal y como se prevé en el art. 70 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas).

Además, en todos los sistemas nacionales consultados, a excepción del sistema federal de los EE.UU., existe un amplio margen de discrecionalidad en la imposición y determinación de las sanciones, ante la ausencia de: (a) un test específico de proporcionalidad entre el desvalor de la infracción y la entidad de la sanción; o (b) legislación que regule en detalle la graduación de las sanciones administrativas. Como resultado, no existe una normatividad taxativa ni criterios estrictos de interpretación a efectos de indicar al funcionario competente cuál es el *quantum* de la sanción a imponer en cada caso concreto.

A lo anterior hay que sumar que, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos analizados no existe un cuerpo normativo único que recoja todas las infracciones o faltas administrativas, y mucho menos las sanciones que su comisión puede acarrear. En consecuencia, esta dispersión normativa, sumada a los amplios márgenes de discrecionalidad mencionados, hacen, como señala Murillo, que la graduación y la dosificación de las sanciones administrativas dependan, en gran medida, de las decisiones discrecionales del órgano administrativo competente, lo que favorece la posibilidad de que su ejercicio se pueda ver permeado por prácticas de corrupción (vinculadas o no al COT).

El problema se hace mayor porque las autoridades competentes para imponer las sanciones administrativas tienden, así mismo, a ser las mismas que están encargadas de ejercer las demás funciones de carácter administrativo inherentes a sus respectivos cargos en las entidades públicas a las que pertenecen. Esta falta de especialización puede, sin duda, afectar a la independencia de quienes son competentes para investigar, substanciar y resolver los procedimientos administrativos sancionadores, al tiempo que acentúa los problemas de discrecionalidad y vulnerabilidad a la corrupción identificados.

Ante esa situación, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) propone soluciones basadas en el respeto al debido proceso, destacando la importancia de garantías como la imparciali-

dad, el plazo razonable, el derecho de defensa y el deber de motivación. La imparcialidad es considerada, en particular, como una herramienta esencial para prevenir actos corruptos, entendiendo la CIDH que la posibilidad de recusaciones puede actuar como un instrumento preventivo, brindando confianza a quienes buscan la intervención del Estado en procesos administrativos sancionadores. Así mismo, la CIDH subraya la relación entre la corrupción y la falta de respeto a los principios estructurales del debido proceso, especialmente la igualdad de armas y la contradicción, por lo que un procedimiento que garantice el derecho a la defensa limita la posibilidad de actuación discrecional, reduciendo así el riesgo de corrupción. A esto hay que unir la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha subrayado repetidamente la importancia de la motivación como justificación razonada de las decisiones de los órganos administrativos sancionadores, considerándola como: (a) un freno eficaz contra la excesiva discrecionalidad y las decisiones arbitrarias; y (b) una herramienta para fortalecer el Estado de Derecho.

Finalmente, en cuanto a Colombia, si bien la Ley 1437 (2011) regula de manera general el procedimiento administrativo sancionador, han sido muchas las regulaciones sectoriales de carácter especial expedidas a partir de la Constitución de 1991, cada una de las cuales se recoge, como explica Murillo, en una ley especial que contiene su propio catálogo de faltas y sanciones (siendo la multa la más común), lo que genera una enorme dispersión normativa que propicia considerables márgenes de discrecionalidad. A esto hay que añadir la falta de especialización de quienes tienen la competencia para imponer las sanciones.

Así mismo, con anterioridad a la Ley 2195 (2022), ninguna norma jurídica (incluida la Ley 1437 (2011)), contemplaba medidas específicas tendientes a combatir la corrupción y el COT desde el ámbito de las sanciones administrativas, al entenderse, como en la mayor parte de los sistemas nacionales analizados (sean, o no, latinoamericanos), que el tratamiento de la corrupción vinculada al COT corresponde al derecho penal y no al derecho administrativo sancionador. En consecuencia, ha sido necesario esperar a la reciente Ley 2195 (2022), por medio de la cual se adoptan en Colombia medidas sancionatorias de carácter administrativo en materia de transparencia, prevención y lu-

cha contra la corrupción, para que el legislador colombiano buscara realmente desde este ámbito: (a) prevenir los actos de corrupción; (b) reforzar la articulación y coordinación de las entidades del Estado a estos efectos; y (c) resarcir los daños ocasionados por dichos actos con el fin de asegurar y promover una cultura de legalidad e integridad y recuperar la confianza ciudadana y el respeto por lo público. Esto no es, sin embargo, extrapolable al ámbito de las sanciones disciplinarias.

De esta manera, como subraya Murillo, Colombia se une a la tendencia iniciada en América Latina por México en 2012 y Brasil en 2013 de ampliación y prevalencia de la vía administrativa sobre la penal para enfrentar los retos que la corrupción presenta (sobre todo teniendo en cuenta su vinculación con el COT), para lo cual crean nuevas agencias independientes en la gestión pública, que son, al mismo tiempo, regulatorias y sancionatorias.

7. LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS

Murillo aborda en el capítulo 6 los retos que el fenómeno de la corrupción plantea a la administración en materia de sanciones disciplinarias, los cuales se derivan de: (a) los excesos resultantes de la ambigüedad y falta de concreción en las definiciones de las faltas y las sanciones; y (b) los amplios márgenes de discrecionalidad en su apreciación e imposición. En este sentido, si bien cada uno de los países analizados cuenta con su propia regulación sustantiva en materia de sanciones disciplinarias, existe un consenso en la doctrina de que los amplios márgenes de discrecionalidad en su imposición o en el archivo de las investigaciones, abren la puerta a ciertas prácticas de corrupción como la aceptación de sobornos para la apertura o cierre de las actuaciones disciplinarias. Esto, a su vez, puede favorecer que las personas vinculadas a estas prácticas permanezcan al interior de la administración, lo que propicia que las organizaciones delictivas se infiltren dentro de las instituciones públicas, y que las redes que conforman se extiendan a los funcionarios de la administración.

En materia de estándares internacionales, Murillo destaca dos fuentes principales: (a) el Mecanismo de Seguimiento para la Imple-

mentación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC) de la OEA; y (b) la OCDE. El MESICIC establece que las conductas en las que puede incurrir un servidor público han de clasificarse como: (a) muy graves, (b) graves y (c) leves. Asimismo, determina que, como resultado de la determinación de responsabilidad en un proceso disciplinario, las sanciones a imponer deberían ser: (a) separación del servicio, (b) suspensión de funciones, (c) traslado con cambio de residencia; (d) amonestación con anotación en el expediente personal; y (e) amonestación simple.

Por su parte, la OCDE subraya que, independientemente de la naturaleza administrativa, civil o penal de las sanciones, sus mecanismos de aplicación deberían regirse por los siguientes lineamientos: (a) cumplimiento de las normas de integridad pública de conformidad con los principios de justicia, objetividad y oportunidad; (b) implementación de mecanismos de supervisión, coordinación, cooperación e intercambio de información entre las entidades e instituciones pertinentes, dentro y entre cada régimen de aplicación; y (c) transparencia de las organizaciones del sector público en cuanto a la eficacia de los mecanismos de aplicación y los resultados de los casos, respetando al mismo tiempo la privacidad y confidencialidad.

Es importante destacar que ni el MESICIC ni la OCDE abordan expresamente la posibilidad de que algún servidor público entre en relación con el COT y que esta situación termine por materializar una conducta sancionable. De esta manera, mientras la propia OCDE prevé en su Recomendación sobre Integridad Pública la posibilidad de actos corruptos dentro de los procesos disciplinarios e incluso propone medios de respuesta para evitarlos, parece obviar la necesidad de reducir la posible incidencia de las redes criminales complejas en los mismos.

En el ámbito del derecho comparado, Murillo señala cómo el régimen jurídico de las sanciones disciplinarias en los EE.UU. presenta características muy distintas a las que tiene en los países de Europa continental como España y Francia. Estas diferencias se pueden apreciar desde la propia naturaleza de la potestad disciplinaria porque, en estos dos últimos países, a diferencia de lo que ocurre en EE.UU., es considerada como una mera extensión del derecho penal, el cual

se mantiene como el principal mecanismo para responder coercitivamente a las conductas ilícitas.

Además, en los EE.UU., donde las sanciones disciplinarias tienen una naturaleza y autonomía propias, se observa a nivel federal un sistema de cláusulas cerradas de tipos disciplinarios, caracterizado por recoger un catálogo taxativo de supuestos de hecho preestablecidos por el legislador como faltas disciplinarias (lo que se corresponde con un catálogo de sanciones también preestablecido como reserva legal disciplinaria). En contraste, en España y Francia, debido a la concepción de la potestad disciplinaria como una parte del *ius puniendi* del Estado, y a que las infracciones administrativas son, por tanto, consideradas como una especie de extensión de los tipos penales, se consagra un sistema de cláusulas abiertas o semiabiertas, que atribuyen mayores márgenes de discrecionalidad a la administración, tanto para determinar los supuestos de hecho reprochables, como al establecer la gravedad de las faltas y graduar las sanciones disciplinarias.

Como Murillo subraya, la vaguedad en las descripciones de los tipos disciplinarios que caracteriza a los sistemas de Europa continental, no solo es contraria a los estándares internacionales analizados, sino que, además, impide el estricto cumplimiento del principio *nulla crimen, nulla poena sine lege praevia, stricta, scripta et certa*, que, en el ámbito del derecho administrativo sancionador exige que los servidores públicos que fungen como investigadores disciplinarios se limiten a aplicar el contenido de la ley. Esto debido a que los tipos abiertos de derecho disciplinario pueden dar lugar, por un lado, a que sea posible acordar un reproche legal sin que exista un motivo claramente establecido en la ley que lo justifique, y, por otro lado, a que se desestime dicho reproche aun existiendo motivos reales para realizarlo.

En la mayor parte de los países latinoamericanos estudiados, las sanciones disciplinarias presentan, como indica Murillo, la misma naturaleza jurídica que en España y Francia, es decir, son consideradas como una extensión del derecho penal, siendo la potestad administrativa sancionadora concebida como una expresión necesaria del *ius puniendi* del Estado. De este modo, los sistemas de cláusulas abiertas o semiabiertas con los que se definen las infracciones admi-

nistrativas y sus respectivas sanciones, atribuyen en Argentina, Chile, México y Perú amplios márgenes de discrecionalidad a los órganos administrativos sancionadores para determinar los supuestos de hecho reprochables y graduar las sanciones, haciéndolos así más vulnerables a las prácticas corruptas.

Solo Brasil sigue el ejemplo de la legislación federal de los EE.UU., en el sentido de establecer un sistema de cláusulas cerradas de faltas disciplinarias y un catálogo taxativo de sanciones (como reserva legal disciplinaria), aunque su diseño institucional sigue el referente europeo. Sin embargo, a pesar de esta taxatividad, no se observa en la práctica una reducción de los altos niveles de corrupción reportados en la administración brasileña.

Además, ninguno de los sistemas latinoamericanos analizados, al igual que sucede en los sistemas español, estadounidense o francés, prevé infracciones disciplinarias específicamente dirigidas a combatir la corrupción asociada al COT, de manera que el recurso a este tipo de medidas no forma parte de las respectivas estrategias nacionales contra la corrupción y el COT.

Finalmente, en el caso específico de Colombia, es pertinente señalar que, a pesar de la evolución constitucional en relación con el sistema de responsabilidad disciplinaria, las Leyes 734 (2002), 1952 (2019) o 2094 (2021) sólo determinan con precisión el contenido de las infracciones disciplinarias consideradas como gravísimas. Sin embargo, esto no sucede en relación con las faltas graves y leves, porque los criterios establecidos para distinguir entre unas y otras se caracterizan por su indeterminación y falta de concreción, generando por tanto un amplio margen de discrecionalidad, que hace que, en última instancia, quede en manos de los funcionarios administrativos competentes determinar, según su juicio personal, la naturaleza grave o leve de las conductas de que se trate, lo que afecta al principio de legalidad. Además, no se contemplan en la legislación colombiana medidas específicas tendientes a combatir la corrupción y el COT desde el ámbito de las sanciones disciplinarias; situación que, como Murillo indica, sería deseable revertir progresivamente.

8. REFLEXIÓN FINAL

En las secciones anteriores se han expuesto las conclusiones alcanzadas en cada uno de los capítulos de la presente obra colectiva sobre: (a) la facultad de vigilancia y fiscalización en relación con el uso adecuado de los recursos públicos (control interno y control externo o fiscal); (b) la regulación de los mecanismos para realizar la responsabilidad pecuniaria o patrimonial de los agentes estatales en el campo administrativo (responsabilidad fiscal y acción de repetición); y (c) la regulación de las faltas y las sanciones administrativas y disciplinarias. Como resultado, se puede afirmar que es posible proponer una aproximación para enfrentar el fenómeno de la corrupción (especialmente cuando se encuentra vinculada al COT) superando el enfoque tradicional centrado en el derecho penal.

No obstante, queda también de presente que, por su objeto disciplinar, la prevención de la corrupción desde el derecho administrativo no puede ni tiene que ser abordada directamente con este objetivo. Por el contrario, resulta de la propia aplicación de políticas y dispositivos normativos encaminados al fomento de la integridad pública en los procesos administrativos mediante la aplicación de técnicas de prevención situacional basadas en el análisis de riesgos (como acontece con el ejercicio del control interno y el control fiscal, como concreción de la facultad de vigilancia y fiscalización sobre el uso adecuado de los recursos públicos, cuyos informes de auditoría se constituyen en herramientas de gerencia pública para la adopción y aplicación de planes de mejoramiento encaminados a mejorar la gestión de los riesgos, incluyendo, por supuesto, al riesgo de corrupción).

Además, como consecuencia del ejercicio de estos controles y en función de las incidencias atribuidas a los hallazgos de auditoría, es posible activar, tanto desde la perspectiva pecuniaria o patrimonial, como desde la órbita sancionatoria, mecanismos de realización de responsabilidades, que si bien no se corresponden directamente con las respuestas punitivas que ofrece el derecho penal contra las prácticas de corrupción, en la medida en que los eventos que dan lugar a la activación del ejercicio de estas expresiones del *ius puniendi* estatal los tengan como fuente, constituirán, de manera indirecta, mecanismos complementarios al derecho penal.

Ahora bien, entendiendo que la corrupción no es un fenómeno particular de ningún país sino que hace presencia y metástasis a lo largo y ancho de la geografía universal, con independencia de los niveles de su desarrollo o de las condiciones de pobreza y marginalidad de su población, el haber tenido como marco de referencia las recomendaciones de las organizaciones internacionales y la perspectiva comparada de los países no latinoamericanos, permite afirmar que hay un denominador común en que, en aras de contar con administraciones públicas transparentes y eficientes, las medidas que se tomen a este respecto limitan las condiciones para que la corrupción prospere y la actividad administrativa del Estado sea funcional a los intereses del COT.

A estos efectos, y en función de lo planteado en el presente volumen en materia de vigilancia y fiscalización (como atribuciones de supervisión del recaudo y aplicación de los recursos del erario, de cuya verificación puedan llegar a derivarse consecuencias resarcitorias o sancionatorias para los responsables de su administración), resulta relevante dotar a los órganos competentes de guías metodológicas y mecanismos apropiados para llevar a cabo un seguimiento permanente a los recursos públicos.

Ello implica que la supervisión no sea reactiva, en función de la recepción de quejas o denuncias, sino proactiva, y en la medida de lo posible preventiva, de tal manera que la misma sea concebida como un proceso planeado y no como una sucesión de intervenciones puntuales sin ninguna articulación. Con este fin, se requiere que haya una definición previa por parte de los órganos competentes en materia de vigilancia y fiscalización de: (a) las actividades de seguimiento que van a realizar; y (b) los objetivos y los resultados esperados. Todo esto ha de ser seguido por una etapa de ejecución en donde se apliquen los procedimientos para obtener la información necesaria, analizarla y determinar la efectividad de los controles a los riesgos identificados, o situaciones no previstas, que pueden tener efectos adversos en los recursos públicos. Así mismo, los resultados han de servir como insumos para la formulación y ejecución de planes de mejoramiento de la gestión por parte de los sujetos vigilados y fiscalizados y, de ser procedente, han de aportar la base probatoria para la determinación de las responsabilidades pecuniarias o sancionatorias a que pueda haber lugar.

Llevar a cabo un seguimiento permanente a los recursos públicos a tono con la sofisticación que han alcanzado las redes de corrupción requiere un uso intensivo de la tecnología, con aplicaciones específicas de georreferenciación e imágenes, o con sistemas de seguimiento y confirmación de transacciones financieras, que se valgan de herramientas como la inteligencia artificial, la minería de datos, el análisis predictivo y prospectivo, con el fin de poder identificar en forma anticipada eventos o malas prácticas o situaciones que comporten un riesgo de pérdida de recursos públicos.

Además, como ha sido indicado en la Parte I del presente trabajo de investigación (publicada como volumen 20 en la Colección *Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia* publicada por la Editorial Tirant lo Blanch, el Instituto Iberoamericano de la Haya y el Instituto Joaquín Herrera Flores), el control social es un factor clave como medida transversal para la prevención y denuncia de la corrupción. Por ello, debe tenerse en cuenta la conveniencia de su articulación con las entidades y dependencias competentes para realizar la vigilancia y fiscalización sobre el uso de los recursos públicos, de manera que, sin perjuicio de la propia iniciativa de la ciudadanía al respecto, resulta relevante fomentar su participación activa mediante la convocatoria de audiencias públicas o jornadas especiales de recepción de quejas y denuncias.

Finalmente, y desde lo puramente jurídico, hay que poner en contexto las recomendaciones propuestas a la luz de las tradiciones jurídicas, concepciones políticas y cultura de la legalidad de cada país, porque su adecuado funcionamiento en otros ámbitos, o el apoyo de ciertas organizaciones internacionales a las mismas, no garantiza que vayan a generar los resultados pretendidos en terceros países. Por esta razón, las recomendaciones que se ofrecen en el próximo capítulo, tanto para América Latina, como para Colombia, tienen un carácter meramente indicativo, requiriendo, en todo caso, que a la hora de ser aplicadas en cada país se ajusten a la luz de sus características particulares, con el fin de tener una mayor vocación de implementación con resultados positivos.

Capítulo 8

Recomendaciones para América Latina y Colombia

MANUEL ALBERTO RESTREPO MEDINA*
HÉCTOR OLASOLO**

1. INTRODUCCIÓN

Como vimos en el capítulo anterior, la presente obra colectiva se ha dividido en dos partes. En la primera, se ha estudiado la facultad de vigilancia y fiscalización sobre el uso adecuado de los recursos públicos, a través del control interno (capítulo 1) y el control externo o fiscal (capítulo 2). En la segunda, se han abordado los me-

¹ Doctor en derecho. Magister en derecho administrativo. Magister en estudios políticos. Diplomado en Estudios Avanzados (DEA) en derecho procesal. Especialista en legislación financiera. Abogado. Profesor emérito y titular de carrera académica y director de la escuela doctoral, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Público, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Investigador senior Colciencias. Miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

² Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU.). Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos). Profesor Titular de Carrera Académica de Derecho Internacional en la Universidad del Rosario (Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en DI, la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección International Law Clinic Reports (ILCR). Coordinador General de las Redes de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional; Investigador Senior Minciencias (Colombia). Investigador Principal del Programa 70593 y del Proyecto 70817 de Minciencias sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9724-0163>.

canismos para la determinación de responsabilidades en el campo administrativo, tanto desde una perspectiva pecuniaria o patrimonial mediante el análisis de los mecanismos relativos a la responsabilidad fiscal en la gestión de los recursos públicos (capítulo 3) y la acción de repetición contra los agentes del Estado (capítulo 4), como desde el ámbito sancionatorio a través del abordaje de la regulación de las faltas administrativas (capítulo 5) y disciplinarias (capítulo 6).

Cada uno de estos ámbitos ha sido objeto de un estudio comparado que contrasta los principales estándares internacionales que le son aplicables, y su actual regulación en: (a) aquellos países latinoamericanos (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Perú), que por su tamaño, población y peso político y económico tienen una particular relevancia en la región; y (b) ciertos países no latinoamericanos que ejercen una especial influencia en América Latina (principalmente, Estados Unidos (EE.UU.) y España).

Realizado dicho estudio, y expuestas en el capítulo precedente las principales conclusiones alcanzadas, este último capítulo presenta toda una serie de recomendaciones elaboradas por los autores para enfrentar el fenómeno de la corrupción (sobre todo cuando está vinculado al COT), tanto en América Latina, como en Colombia, teniendo en cuenta que la mayor parte de las estrategias sugeridas para los países de la región son, por regla general, aplicables también en el caso colombiano.

En todo caso, es importante contextualizar estas recomendaciones a la luz de las tradiciones jurídicas, concepciones políticas y cultura de la legalidad de cada país. Es por ello que, si bien, para que la cooperación jurídica internacional pueda operar con mayor eficacia, es necesario un nivel suficiente de armonización entre las legislaciones nacionales, la inserción automática de las medidas recogidas en determinados estándares internacionales, o en los ordenamientos jurídicos de terceros países (sean o no latinoamericanos), no siempre garantiza que se vayan a obtener mejores resultados, porque pueden existir distintos factores internos y externos que, en ocasiones, pueden justificar aproximaciones diversas. En consecuencia, las recomendaciones que se ofrecen a continuación, tienen un carácter indicativo, de manera que a la

hora de ser aplicadas se requiere analizar si es necesario introducir ciertos ajustes a la luz de las características propias del sistema nacional de que se trate.

2. RECOMENDACIONES EN MATERIA DE VIGILANCIA Y FISCALIZACIÓN

2.1. Recomendaciones sobre control interno

2.1.1. Consideraciones preliminares

Como señala Restrepo en el capítulo 1, el control interno incumbe a todos los funcionarios que hacen parte de las entidades y organismos que integran la administración pública, empezando por quienes conforman sus máximos órganos de gobierno, de manera que no se trata de una función asignada a una unidad concreta, de la que el resto de la organización se desentienda o la asuma de forma pasiva. Es tarea de todos, que la asumen en persona, y especialmente de quienes forman parte de los órganos de gobierno y dirección de cada entidad.

El control interno es un proceso que permite alcanzar un fin, que es el de asegurar la consecución de unos objetivos. Esto supone que el control y las actuaciones en que se materialice deberían ser siempre consecuentes con los objetivos de la organización. El sistema de control interno debe asegurar, de manera razonable (pues la seguridad absoluta nunca puede darse) que la organización cumpla sus objetivos.

Hay, por tanto, tres categorías de objetivos a los que el control interno debe servir: (a) objetivos operativos, que se concretan en actuar de manera eficaz y eficiente; (b) objetivos de información, consistentes en que tanto la información (financiera o no) que maneja la entidad internamente como la que proporciona al exterior sea adecuada y veraz; y (c) objetivos de cumplimiento, que se materializan en una actuación respetuosa con el cumplimiento de las leyes que afectan a la entidad. Es precisamente frente a este tercer objetivo, y dando alcance al Principio 8 del Modelo COSO, que se recomienda

que se incluya dentro del componente de administración de riesgos la gestión de riesgos de corrupción.

2.1.2. Recomendaciones para los países latinoamericanos

Con base en lo anterior, y a la luz del análisis realizado en el capítulo 1, Restrepo formula las siguientes recomendaciones para los países latinoamericanos:

1. Propender por una implementación adecuada de los sistemas de control interno, sea que estén basados en el modelo COSO o en otro modelo, lo cual implica que: (a) las autoevaluaciones sean continuas, constituyéndose en operaciones rutinarias integradas a los diferentes procesos o áreas de la entidad realizadas en tiempo real por las personas a su cargo; y (b) las auditorías se verifiquen como actividades independientes y objetivas de aseguramiento y consulta, concebidas para agregar valor y mejorar las operaciones de la entidad, que al evaluar la eficacia de los procesos de gestión de riesgos, control y gobierno, analicen las debilidades y fortalezas del control y de la gestión, así como el desvío de los avances de las metas y objetivos trazados.

2. Incluir dentro del componente de administración de riesgos la gestión de riesgos de corrupción, entendida como un proceso desarrollado para contextualizar, identificar, analizar, evaluar, atender, monitorear y comunicar los riesgos que por acción u omisión, mediante el abuso del poder y/o el uso indebido de recursos y/o de información, empleo, cargo o comisión, pueden dañar los intereses de una institución, para la obtención de un beneficio particular o de terceros. Esto es recomendable, en particular, en relación con aquellos procesos o temáticas relacionados con las áreas financieras, presupuestales, de contratación, de información y documentación, investigación y sanción, trámites y/o servicios internos y externos.

3. Acometer un cambio cultural para comprender y aplicar todos los componentes del control interno al nuevo entorno de la administración electrónica, en la cual se recurra al tratamiento masivo de datos que facilita la tecnología, lo que permite: (a) comprobar con rapidez todas las transacciones realizadas por una entidad, sin nece-

sidad de recurrir a procedimientos de inferencia estadística para obtener conclusiones a partir de pequeñas muestras; y (b) incrementar la capacidad de análisis de los auditores, al multiplicarse la potencia de cálculo para realizar distintas selecciones y agregaciones de datos, compararlos, ordenarlos y clasificarlos.

Con la aplicación de esta última recomendación se contribuiría a trascender el formalismo que ha caracterizado al control interno y que ha limitado el alcance de su capacidad preventiva. Sin embargo, para lograr este cambio cultural es necesario buscar un equilibrio razonable entre los objetivos fijados para los distintos niveles organizacionales, los incentivos, los mecanismos de medición y las consecuencias asociadas al cumplimiento o desvíos, ya que un excesivo nivel de presión puede redundar en que se eludan los controles definidos o que, para determinados puestos, resulte ventajoso fraguar reportes de resultados artificiales o que no guarden correspondencia con la realidad.

Este cambio cultural no puede darse sin el liderazgo y el compromiso decidido de la alta dirección de las entidades públicas, cuyos miembros son responsables de establecer un entorno de control eficaz en las organizaciones a su cargo a partir de predicar con el ejemplo, adoptando para ello las siguientes medidas: (a) garantizar que el talento humano existente cuente con y mantenga un nivel de competencia para desarrollar sus funciones; (b) establecer claramente la línea de mando y definir los niveles de autoridad y responsabilidad dentro de la estructura organizacional; (c) fijar las líneas para la presentación de informes; (d) adoptar políticas y procedimientos de control basadas en el análisis de riesgos; y (e) efectuar una supervisión constante al desarrollo de las operaciones, para facilitar la detección oportuna de desviaciones, errores u omisiones en los procesos.

2.1.3. Recomendaciones para Colombia

Para el caso colombiano, Restrepo subraya que la clave para mejorar la función preventiva del control interno es concretar la pretendida articulación del Modelo Estándar de Control Interno (MECI) al Modelo Integrado de Planeación y Gestión (MIPG) mediante la efectiva implementación de las líneas de defensa en los ámbitos de

autocontrol, administración del riesgo y auditoría interna. Para ello, es recomendable ajustar en estos tres ámbitos el componente de implementación de las líneas de defensa de la dimensión de control interno del Manual Operativo del MIPG, mediante la adopción de las siguientes medidas:

A. Autocontrol

En cada uno de los componentes de la dimensión de gestión para resultados del MIPG, los responsables deberían adoptar mecanismos de control encaminados a garantizar el cumplimiento de las leyes y las regulaciones, la exactitud e integridad de la información, la eficacia y la eficiencia operacional de la entidad y la corrección oportuna de las deficiencias.

Es recomendable que la existencia, aplicación y efectividad de tales controles se verifique a través de la autoevaluación en esta primera línea de defensa y se compruebe por medio de la auditoría interna.

El marco estratégico (direccionamiento y planeación) que contempla el MIPG como su primera dimensión, constituye el andamiaje sobre el cual se afirma el posterior desarrollo de la gestión operativa de la entidad, en la medida en que traza la hoja de ruta para la ejecución de las acciones a cargo de toda la organización y es determinante para encaminarla al logro de los objetivos, metas, programas y proyectos institucionales.

Para asegurarse de que el conjunto del personal de la entidad transite por ese mismo camino, a la alta dirección de la entidad le corresponde hacer seguimiento a la adopción, implementación y aplicación por parte de los responsables de los componentes de la gestión orientada a resultados, de los medios, mecanismos y procedimientos de control que garanticen que sus competencias se ejercen y las actividades que realizan se llevan a cabo eficaz y eficientemente para la obtención de los resultados pretendidos. Ello implica que tanto desde el nivel estratégico de la entidad (alta dirección), como desde la gestión (gerencia operativa), deberían establecerse los puntos y las medidas de control que aseguren de manera razonable la generación de información confiable, oportuna y suficiente, la observancia

del marco jurídico de actuación de la entidad y la transparencia en el manejo y protección de los recursos públicos.

En función de lo anterior, en las actividades de ejecución de los componentes del marco estratégico y la gestión para resultados del modelo integrado de gestión, es recomendable adelantar las siguientes acciones de control:

1. Establecer, actualizar, corregir o reforzar puntos y mecanismos de control en todos los procesos, sistemas, programas y proyectos que conforman la gestión de la entidad, con el fin de verificar que estén orientados a la generación de los resultados esperados del desempeño institucional.

2. Efectuar periódicamente mediciones del desempeño institucional en cada uno de los ámbitos que componen el sistema integrado de planeación y gestión, y documentar los resultados y las medidas adoptadas para el mejoramiento de esta última y para la prevención y corrección de las debilidades y deficiencias advertidas.

3. Establecer las medidas conducentes a fin de que la información relevante que se genere sea adecuada para la toma de decisiones y el logro de los objetivos, metas, programas y proyectos, así como para cumplir con las distintas obligaciones a las que la entidad o sus dependencias están sujetas, en los términos de las disposiciones legales y administrativas aplicables.

4. Aplicar acciones específicas de control sobre las operaciones, la confiabilidad de la información financiera y presupuestal y el cumplimiento normativo, tales como: (a) seguimiento y revisión por parte de los responsables de las diversas funciones o actividades; (b) comprobación de la exactitud, totalidad y autorización pertinente de las transacciones; (c) controles físicos patrimoniales; y (d) dispositivos de control para restringir el acceso a los activos y registros.

5. Establecer controles en los procesos en los cuales se obtienen (recaudaciones e ingresos) y se comprometen y aplican (erogaciones y gastos) los recursos financieros de la entidad, con el fin de prevenir desviaciones o sobrecostos y promover la generación de ahorros y recuperaciones y el mejoramiento de la eficiencia de tales procesos.

6. Aplicar controles generales sobre los sistemas automatizados de información, cuyo propósito es asegurar la continuidad de la operación, que pueden consistir, entre otros, en el mantenimiento del hardware y el software, el aseguramiento físico del centro de procesamiento de datos, el soporte técnico, la administración de las bases de datos y el manejo de contingencias.

7. Aplicar controles de aplicación sobre los sistemas automatizados de información, los cuales están referidos a la operación de cada sistema y funcionan para lograr el procesamiento, integridad y confiabilidad de la información, mediante la aplicación de los niveles de autorización y validación correspondiente, así como la interoperabilidad con otros sistemas de los que reciben o a los que entregan información.

8. Establecer canales adecuados de comunicación: (a) para que el personal conozca sus responsabilidades sobre el control de sus actividades y genere información y retroalimentación hacia la alta dirección y la gerencia operativa; y (b) hacia el exterior como medio idóneo de obtención o suministro de información de/para los usuarios, clientes, proveedores, contratistas y organismos de vigilancia y control.

9. Establecer las medidas necesarias que permitan la identificación, investigación y sanción de las omisiones de los servidores públicos en la aplicación de los mecanismos de control inherentes a las actividades propias de los componentes del sistema integrado de planeación y gestión y del sistema de control interno.

B. Administración del riesgo

Los servidores públicos que ejercen funciones de dirección y supervisión son responsables de llevar a cabo la identificación de los principales riesgos en los procesos sustantivos institucionales en sus respectivos ámbitos de competencia, con el fin de evaluarlos, prevenirlos, administrarlos o corregirlos, de manera que su neutralización o mitigación facilite el cumplimiento de los objetivos, metas, programas y proyectos institucionales.

De esta manera, la administración de los riesgos debería tener como línea de base el establecimiento de los objetivos tanto de la organización como un todo como de sus actividades relevantes, de modo que aquella se lleve a cabo en relación con los factores que amenacen el cumplimiento oportuno de estos, considerando de manera especial la identificación y gestión de los riesgos específicos asociados con los cambios, tanto los que influyen en el entorno de la entidad como en el interior de la misma.

Teniendo en cuenta el enfoque basado en riesgos, la supervisión y evaluación sistemática sobre las actividades diarias debería permitir observar si efectivamente los objetivos de control se están cumpliendo y si los riesgos se están gestionando adecuadamente, correspondiendo a la alta dirección y a la gerencia operativa determinar si el sistema de control es efectivo o no lo es, y tomar las acciones de mejoramiento y corrección que cada situación exija.

Con base en lo anterior, la administración de riesgos supone: (a) establecer una metodología institucional para realizar la administración de los riesgos; (b) alinear los riesgos identificados con los objetivos y metas estratégicas de la institución; (c) definir un procedimiento especial para identificar los riesgos de corrupción, abusos y fraudes que puedan afectar a la entidad; (d) aplicar la metodología establecida institucionalmente para identificar, evaluar, atender y hacer seguimiento a los riesgos de cada proceso; (e) documentar formalmente los riesgos que pueden afectar el logro de los objetivos y las metas institucionales; (f) identificar los factores externos e internos que pueden aumentar la probabilidad y el impacto de los riesgos identificados en los procesos; (g) identificar y evaluar los cambios internos y externos en los procesos que pueden impactar en la identificación de los riesgos; (h) establecer formalmente un procedimiento para la asignación de responsabilidades para la mitigación y administración de los riesgos por parte de quienes operan los procesos; (i) establecer formalmente un procedimiento que establezca la obligación de los responsables de las áreas que intervienen en los procesos de implantar el programa de administración de riesgos; y (j) instrumentar acciones para identificar y reducir los riesgos de corrupción, abusos y fraudes potenciales, inherentes a las operaciones de los procesos, que puedan afectar a la entidad.

En consecuencia, en el caso colombiano es recomendable incluir dentro del componente de administración de riesgos la gestión de riesgos de corrupción, de manera que tanto en el nivel micro (sistema de control interno de cada entidad) como en el macro (comités sectoriales o territoriales de control interno) se cuente con matrices de análisis que permitan establecer y ponderar las situaciones endógenas y exógenas de abuso de poder o uso indebido de recursos, datos o posiciones, que puedan implicar la generación ilícita o indebida de beneficios particulares o la afectación negativa de los intereses de cada entidad o sector en materia financiera, presupuestal, contractual, documental o misional, para evitar su ocurrencia o mitigar su impacto en el evento en que sucedan.

C. Auditoría interna

La evaluación de los controles internos (como objeto del MECI en el marco de un modelo de control articulado con el MIPG) debería conducir a la identificación de los controles débiles, insuficientes o innecesarios, para promover su robustecimiento, mediante la verificación por parte de la Oficina de Control Interno de la aplicación de las actividades de control que conforman las dos primeras líneas de defensa del MIPG. En consecuencia, la evaluación independiente efectuada por medio de las auditorías practicadas por la oficina de control interno debería:

1. Evaluar la calidad de los controles aplicados en función de su efectividad para el logro de los objetivos, metas, programas y proyectos institucionales, incluyendo la identificación y valoración de la efectividad de las acciones de mejora continua.
2. Determinar el alcance y la frecuencia de las evaluaciones de riesgos efectuadas y la eficacia de los procedimientos de supervisión.
3. Entrar a verificar: (a) la autoevaluación periódica de cada responsable de área sobre el funcionamiento de sus controles internos y la implementación de acciones para su mejoramiento; (b) la revisión periódica de los controles internos por parte de la alta dirección, la gerencia operativa y el comité coordinador del SCI; (c) la toma de decisiones por parte de los responsables tendientes al fortalecimiento.

to de los controles en los casos de información sobre debilidades detectadas; y (d) la revisión y aseguramiento por parte de la alta dirección de la entidad de la atención de las observaciones y recomendaciones por parte de la gerencia operativa.

4. Proporcionar información objetiva sobre la efectividad de los controles, así como de los procedimientos de supervisión y seguimiento del sistema de control (su adelantamiento por parte de los auditores internos puede ser complementado por especialistas de otros campos cuando así se requiera). Al estudiar y evaluar el control interno, el auditor deberá obtener y conocer información que le permita determinar posibles riesgos, deficiencias e inconsistencias, e inclusive irregularidades que impliquen la vulneración del marco jurídico de actuación de la entidad y/o la afectación de la integridad de su patrimonio.

5. Realizarse bajo los parámetros de importancia relativa y materialidad, dándose a conocer sus resultados a sus destinatarios acompañados de las recomendaciones para que la administración tome las medidas preventivas pertinentes y se proyecte su eficacia en los ajustes que sean necesarios en la estructura y en los procedimientos de las dos primeras líneas de defensa del sistema de control interno.

6. Garantizar que las auditorías internas al autocontrol se enfoquen en verificar la existencia, aplicación y efectividad de los controles sobre las actividades que conforman las dimensiones del MIPG, considerando de manera particular los siguientes aspectos: (a) el establecimiento formal de políticas y procedimientos para llevar a cabo las operaciones sustantivas y de apoyo relevantes; (b) la existencia de medios apropiados y seguros para dar a conocer posibles desviaciones o actos de corrupción; (c) la existencia y el conocimiento por parte del personal encargado de su cumplimiento de las metas e indicadores; (d) el cumplimiento de la obligación por parte de todo el personal de rendir cuentas sobre el cumplimiento de sus obligaciones y de las tareas encomendadas; (e) el conocimiento y la aplicación de todas las disposiciones del régimen de carrera administrativa (ingreso, permanencia, promoción, retiro, remuneración, incentivos, bienestar, capacitación, etc.); (f) la descripción de los puestos de trabajo en la que se especifiquen tanto las funciones a desempeñar como las competencias requeridas para ocuparlos; (g) la periodicidad

dad en la revisión y actualización de las políticas, procesos, procedimientos y sistemas; (h) la documentación de las políticas, procesos y procedimientos, su integración en manuales, guías o instructivos y su conocimiento y aplicación por parte del personal; (i) la supervisión sistemática de la aplicación de las políticas y procedimientos y de la evaluación de su cumplimiento; (j) la asignación formal de las atribuciones y responsabilidades de los servidores públicos involucrados en los procesos misionales; (k) la existencia de una revisión periódica de los controles internos por parte de los responsables de los procesos; (l) la adecuada segregación de actividades para evitar que actividades incompatibles se concentren en una misma persona; (ll) la existencia y aplicación de procedimientos formales de autorización para proteger el acceso a la información; (m) la atención oportuna de las observaciones y recomendaciones de la oficina de control interno, la Contraloría y los organismos de vigilancia y control; (n) la evaluación de la confiabilidad de los procedimientos de captura, procesamiento, consulta y presentación de la información; (ñ) la salvaguarda de la integridad y confidencialidad de la información institucional; (o) la revisión y evaluación periódica de la efectividad de los controles internos de los sistemas informáticos de la entidad; (p) el cumplimiento de las disposiciones legales sobre transparencia y acceso a la información pública; (q) la atención a las peticiones, solicitudes, quejas y reclamos de la ciudadanía; (r) la clasificación de la información reservada y confidencial y el manejo documental de acuerdo con las normas de archivística; (s) el soporte de la medición y evaluación del desempeño en la información generada por los sistemas institucionales; (t) la alimentación de los indicadores de desempeño con información institucional confiable y oportuna; y (u) la atención oportuna y diligente a los requerimientos de información de la oficina de control interno, de la Contraloría y de los organismos de vigilancia y control.

7. Asegurar que las auditorías a la administración de riesgos se enfoquen en la evaluación de la gestión de riesgos, de manera que se describan los riesgos más relevantes a que está expuesta la entidad y se establezca si han sido adecuadamente identificados y si se han formulado las estrategias y adelantado las acciones preventivas y correctivas para su tratamiento apropiado por parte de los responsables. Para ello se debería entrar a verificar los siguientes aspectos:

(a) la administración de riesgos de la entidad de acuerdo con los elementos de control definidos en el Manual Técnico del MECI para Colombia o en el documento que lo venga a reemplazar; (b) la existencia de un mapa de riesgos institucional, que permita ubicar su probabilidad de ocurrencia e impacto, así como la prioridad en su atención; (c) la identificación por parte de los responsables de cada objetivo, meta, programa o proyecto, de los principales riesgos que puedan afectar el cumplimiento; (d) el conocimiento de los riesgos por parte del personal involucrado en el logro de las metas y de la forma de minimizar su impacto si se materializan; (e) la alineación de las metas de las áreas con la misión y los objetivos institucionales y el canal de comunicación de las mismas al personal responsable de su cumplimiento; (f) la inclusión de normas de medición o desempeño apropiadas y adecuadas a la naturaleza de los objetivos y metas de los planes y programas de la entidad; y (g) la asignación correcta de responsabilidades con respecto al cumplimiento de los objetivos.

8. Indicar las deficiencias en la identificación de los riesgos institucionales, así como las causas, procesos y áreas o dependencias con debilidades de control interno y mayor exposición a riesgos, identificados en los hallazgos de las auditorías.

En definitiva, mientras que para una adecuada implementación del MECI las evaluaciones deberían ser continuas (constituyéndose en operaciones rutinarias integradas a los diferentes procesos o áreas de la entidad y llevándose a cabo en tiempo real por quienes los lideran), las auditorías internas deberían configurarse como actividades independientes y objetivas de aseguramiento y consulta, concebidas para agregar valor y mejorar las operaciones de la entidad (de manera que al evaluar la eficacia de los procesos de gestión de riesgos, control y gobierno, analicen las debilidades y fortalezas del control y de la gestión, así como el desvío de los avances de las metas y objetivos trazados).

2.2. Recomendaciones sobre el control externo o control fiscal

2.2.1. Consideraciones preliminares

Como Valencia señala en el capítulo 2, el control externo o fiscal no está previsto de manera directa como un mecanismo de lucha contra la corrupción, pues de ello se encarga la justicia penal. No obstante, al hacer una evaluación de la regularidad y el desempeño en el ejercicio de la gestión fiscal, indirectamente incide sobre la misma, al poder detectar fallas en la administración de los recursos públicos que pueden tener su origen o dar lugar a que como consecuencia de las mismas se presenten actos de corrupción. Por ello, los resultados de las auditorías son un instrumento de presión para las entidades públicas con el fin de que adopten planes de mejoramiento, cuyas acciones deberían llevar a la contención de estos riesgos y a la prevención futura de eventos de corrupción.

Esto también es aplicable a los actos de corrupción asociados al COT porque el control externo o fiscal puede permitir detectar que se están empleando instrumentos propios de la gestión fiscal, principalmente la contratación pública, para el lavado de dinero o el blanqueo de activos provenientes del COT, de manera que en los planes de mejoramiento consiguientes haya lugar a que se formulen acciones de detección oportuna de estos intentos de penetración, mediante modificaciones de los manuales de contratación, que incluyan la revisión de las listas restrictivas o vinculantes (por ejemplo la lista Clinton o OFAC) y no limitarse a la certificación de carencia de inhabilidades por condenas penales de los proponentes, sus socios y administradores.

De lo anterior se deduce la importancia de contar con Entidades de Fiscalización Superior (EFS) que hagan mejor su tarea, para lo cual se formulan una serie de recomendaciones que van más allá de los meros ajustes normativos, que si bien necesarios, no son suficientes para enfrentar estos desafíos.

2.2.2. Recomendaciones para los países latinoamericanos

Como Valencia subraya, los procesos de democratización en América Latina implicaron el establecimiento de mecanismos de rendición de cuentas y supervisión relacionados con el gasto público (reflejados en reformas constitucionales y legales aplicadas a las EFS con el objetivo de garantizar su independencia y fortalecer el alcance de su mandato, adoptando estándares internacionales para la realización de auditorías sobre la legalidad, impacto y eficacia del gasto).

Sin embargo, la actual complejidad de las administraciones públicas requiere cambios profundos que permitan mejorar los procesos de planeación, gestión y control de los distintos procesos administrativos. Por esta razón, las auditorías externas de las EFS son una herramienta esencial para una buena administración de lo público, que garantice la participación ciudadana, la rendición de cuentas y la eficacia, eficiencia y efectividad en el uso de los recursos públicos para satisfacer los intereses de las comunidades más vulnerables. En consecuencia, según Valencia, los principales desafíos de las EFS en América Latina se centran en la adopción de las siguientes medidas:

1. Garantizar diseños institucionales que impidan injerencias políticas indebidas en el desarrollo del control fiscal. Para ello se requiere analizar detalladamente las principales causas que han favorecido las prácticas patrimonialistas y clientelistas en el control a la administración, con el fin de adoptar reformas viables que promuevan el fortalecimiento institucional y el combate contra la corrupción.

2. Evitar que la publicación de los informes de auditoría dependa del aval del Congreso o de los órganos de dirección de las EFS. Al basarse las auditorías en criterios objetivos previstos en normas técnicas, los informes deberían publicarse sin condiciones con el fin de facilitar el control político con base en información confiable. Esto permitiría, así mismo, respetar el ámbito de competencia entre el control político y el control fiscal.

3. Adoptar estándares objetivos para la realización del control fiscal en todas las etapas (previa o posterior) y en todos los tipos de

auditoría (legal, financiera, de desempeño, etc.). Esto con el fin de garantizar la calidad en los informes de auditoría para así promover la mejora continua de todos los procesos auditados.

4. Las auditorías financieras, legales, de desempeño, de cumplimiento o de gestión deberían contar con criterios y procedimientos claros para: (a) facilitar el diálogo entre las EFS y las entidades auditadas; y (b) elaborar informes de auditoría de alta calidad.

5. Mejorar la coordinación entre las EFS centrales y las territoriales para evitar duplicidad de funciones y conflictos de competencia. En algunos países es fundamental estandarizar las normas de control fiscal entre los niveles federal y estatal o departamental para que sea posible el diálogo y la coordinación entre los distintos actores involucrados.

6. Mejorar la coordinación y comunicación entre las EFS y las entidades auditadas, lo que a su vez permitiría limitar las discrepancias entre las normas de control interno y de control externo.

7. Fortalecer la carrera administrativa de todo el personal vinculado a las EFS, y ofrecer una formación continua adecuada para que puedan desarrollar sus funciones en los distintos sectores de gobierno.

8. Distinguir de forma apropiada en los informes de auditoría el control fiscal de la responsabilidad fiscal de los administradores públicos, haciendo especial énfasis en las acciones de mejora continua que deberían ser adoptadas para un mayor fortalecimiento institucional, o, cuando sea necesario, para combatir hechos de corrupción o de mala administración pública.

9. Redactar los informes de auditoría de forma breve y precisa con el fin de facilitar su lectura y comprensión por los entes auditados y la ciudadanía en general.

10. Adoptar protocolos para un uso adecuado de los datos y la seguridad de la información, teniendo en cuenta las últimas innovaciones en materia de inteligencia artificial, *big data* y *machine learnig*, entre otras.

En relación con esta última recomendación, Valencia considera necesario investigar y reflexionar con mayor profundidad las

cuestiones relativas al impacto de las nuevas tecnologías en la gestión pública en general, y en los mecanismos de control y verificación de los controles interno y externo en particular. Esto con el fin de que puedan identificarse buenas prácticas y factores de riesgo que permitan elaborar normas claras y precisas y estándares objetivos que garanticen los derechos fundamentales de todos los administrados.

2.2.3. Recomendaciones para Colombia

Dados los problemas específicos identificados por Valencia en relación con Colombia, la autora recomienda que, además de las recomendaciones ofrecidas para los países de la región, en Colombia es necesario realizar una reforma constitucional dirigida a mejorar el control fiscal y de las contralorías, estableciendo mecanismos más apropiados, y menos politizados, para la elección de los contralores general y territoriales, así como la obligatoriedad de la carrera administrativa y la coordinación entre los controles interno y externo.

Además, también se debería evaluar la conveniencia de que la Contraloría General de la República (CGR) continúe desempeñando funciones de control fiscal y de responsabilidad fiscal, dada la importancia de distinguir adecuadamente entre el control a la gestión y las sanciones que pueden ser impuestas por violaciones a las normas constitucionales y legales.

Así mismo, en la actual coyuntura de avances en materia de inteligencia artificial y big data, es recomendable llevar a cabo una reflexión profunda y un debate público sobre las condiciones técnicas e institucionales que deberían tener la CGR y las contralorías territoriales para centralizar los datos de todas las entidades públicas.

Finalmente, es también recomendable que se realicen nuevos estudios para evaluar la pertinencia y efectividad de las reformas realizadas por los Actos Legislativos 02 de 2015 y 04 de 2019, así como del decreto-ley 403 de 2020.

3. RECOMENDACIONES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS AGENTES ESTATALES

3.1. Recomendaciones sobre la responsabilidad fiscal en la gestión de los recursos públicos

3.1.1. Consideraciones preliminares

Como Latorre señala en el capítulo 3, aunque no existe una denominación estándar para hacer referencia a la responsabilidad derivada por el mal o inadecuado manejo de quienes tienen a su cargo recursos públicos, en todos los sistemas analizados existe este tipo de responsabilidad, la cual es un elemento clave para detectar prácticas corruptas. Para determinar la efectividad de los sistemas de responsabilidad fiscal no basta con analizar cómo se configura la misma, sino que es necesario examinar también el tipo de sistema de control fiscal que la establece (tribunales de cuentas con atribuciones jurisdiccionales, auditorías sin atribuciones jurisdiccionales o sistemas híbridos), porque ciertos sistemas ofrecen más barreras que otros para el establecimiento de responsabilidades, como sucede cuando las decisiones de las EFS son impugnables ante los órganos judiciales (caso colombiano), o cuando se requiere el agotamiento de las vías administrativas para poder acudir al tribunal de cuentas (caso brasileño). En consecuencia, cuantas menos barreras de acceso para el conocimiento de los casos y menos barreras de salida para la toma de decisiones finales sobre ellos, mayor grado de efectividad.

3.1.2. Recomendaciones para los países latinoamericanos

En lo que tiene que ver específicamente con la figura de la responsabilidad fiscal, y al margen del modelo de control en la que se inserte, Latorre propone las siguientes recomendaciones para los países latinoamericanos:

1. Incorporar en los sistemas jurídicos una noción de gestor fiscal (servidor público o particular habilitado legal, convencional o contractualmente para el manejo de los recursos públicos) susceptible

de ser aplicada a toda la gama de actores que puede llegar a producir daños al erario de manera que este dispositivo sea suficientemente comprensivo de todas las situaciones de afectación patrimonial que deban ser resarcidas.

2. Resaltar la importancia del carácter indemnizatorio y autónomo de este tipo de responsabilidad. Lo primero porque es necesario contar con un dispositivo que permita resarcir los daños y recuperar los recursos perdidos, y lo segundo porque, si bien puede resultar conectada con la responsabilidad penal o disciplinaria, una comprensión independiente es necesaria para darle valor al cuidado de los recursos públicos.

3. Contar con criterios que permitan determinar qué tipo de actuaciones están comprendidas dentro de la noción de culpa, en sus diferentes graduaciones, con el fin de tener certeza de cara al potencial de resarcimiento del daño, dado que es común entender la responsabilidad fiscal como una de tipo subjetivo, por lo que los distintos regímenes jurídicos de los países revisados exigen para establecerla que se haya actuado con dolo o culpa, algunos exigiendo expresamente culpa grave.

4. Considerar la posibilidad de crear regímenes de responsabilidad objetiva para ciertos tipos de daños, cuyo establecimiento corresponde al legislador. Esto amerita, en todo caso, una reflexión que excede el alcance de la presente obra colectiva y que pasa por determinar cuál sería el fundamento de este tipo de responsabilidad.

3.1.3. Recomendaciones para Colombia

En lo que tiene que ver específicamente con la figura de la responsabilidad fiscal en el sistema colombiano, Latorre recomienda, principalmente, la aprobación de una reforma constitucional, con base en las siguientes consideraciones:

1. La Ley 42 (1993) se caracterizaba por el gran atraso y lentitud en los procesos de responsabilidad fiscal, lo que redundaba en la ineficiencia del aparato de control fiscal; privaba al Estado de la utilización óptima de sus recursos, al no ser estos vigilados eficientemente;

y fomentaba de paso la corrupción, el desgüeño administrativo y la impunidad.

2. La reforma introducida con la Ley 610 (2000) supera los problemas de garantía y protección de los derechos de los implicados, ofreciendo a las contralorías y a los gestores fiscales unas reglas de juego claras sobre la materia (determinando con precisión sus deberes, facultades y garantías), pero no logró la eficiencia esperada en la protección del erario.

3. Dos décadas después el Acto Legislativo 4 (2019) introdujo una reforma constitucional al régimen de responsabilidad fiscal sin adentrarse en las causas intrínsecas de la falta de eficiencia en la gestión de los procesos de responsabilidad fiscal (en lugar de reconocer su carácter jurisdiccional, lo que impediría que sus fallos declarativos pudiesen ser impugnados ante el contencioso administrativo, se limitó por establecer un término máximo de un año para la revisión judicial).

4. En consecuencia, como también señala Valencia en el capítulo 2, mientras se siga operando en un sistema híbrido en el que las contralorías continúen decidiendo sobre responsabilidades de los gestores fiscales mediante procedimientos administrativos desarrollados sobre estructuras procesales judiciales cuyas decisiones están sometidas a revisión judicial, no parece posible lograr la efectividad de los mecanismos de responsabilidad. Por ello, las reformas legales puntuales a cuestiones puramente procedimentales están abocadas a que el estado actual de cosas se mantenga y que la responsabilidad fiscal siga sin ser un instrumento propicio para prevenir y reprimir la corrupción.

5. La reforma constitucional sugerida requiere elegir uno de los dos modelos clásicos de control: tribunales de cuentas con atribuciones jurisdiccionales para que decidan con carácter de cosa juzgada las responsabilidades de los gestores fiscales, o auditoría sin atribuciones de establecer responsabilidades que traslade a los jueces su establecimiento. Este último modelo tiene más probabilidades de ser aprobado debido a: (a) la tradicional resistencia política a la figura del tribunal de cuentas (que ya existió en Colombia hasta que se creó la CGR en 1923); y (b) que no implicaría la creación de nuevas

entidades ni la transformación de las ya existentes, sino una mera redistribución de competencias entre ellas. Como resultado, 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 la 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.

6. Realizar la reforma propuesta implica la presentación y aprobación de un proyecto de Acto Legislativo para modificar el art. 268 (5) de la Constitución, y consiguientemente adecuar a través de una ley las reglas pertinentes en términos de competencias y trámite del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Junto a esta reforma constitucional, Latorre recomienda abordar el problema relativo a la baja calidad de los hallazgos de auditoría, lo que genera que una alta proporción de actuaciones fiscales para el establecimiento de responsabilidades patrimoniales sean archivadas al no haber sido el daño al patrimonio público bien configurado y determinado en el proceso auditor. Para ello, al igual que Restrepo en el capítulo 1, recomienda lo siguiente:

1. Calificar el ejercicio de la función fiscalizadora, porque, aunque constitucionalmente se reconoce a los servidores de la misma como de Carrera Administrativa Especial, su existencia no ha sido aprovechada para introducir como requisito previo a su ingreso, o como condición de promoción dentro de la misma para quien no lo haya acreditado al momento de su incorporación, el de formación específica en auditoría gubernamental (con independencia de que ofrezca por las escuelas de capacitación de las propias contralorías, o a través de programas que con esos contenidos impartan las instituciones de educación superior).

2. Estructurar un programa permanente de capacitación especializada, que tenga como finalidad desarrollar y evaluar las habilidades y competencias requeridas para realizar la planeación y ejecución

de las auditorías y la elaboración de los informes, con énfasis en la estructuración y validación de los hallazgos.

3. Establecer líneas para la verificación de la calidad de los hallazgos, mediante la comprobación de su configuración técnica (tanto para las auditorías de control interno que realizan las contralorías, como para las realizadas por la Auditoría General de la República como entidad de vigilancia de la gestión de esta últimas).

3.2. Recomendaciones sobre la acción de repetición contra los agentes del Estado

3.2.1. Consideraciones preliminares

Como Duitama señala en el capítulo 4, la acción reversiva, acción de repetición o acción de regreso es un mecanismo procesal administrativo (Estados Unidos, España, Francia y Chile) o judicial (Colombia), de carácter resarcitorio que sirve para: (a) proteger y recuperar el patrimonio público; (b) promover la probidad e integridad de la función pública; (c) prevenir futuras conductas que puedan comprometer la responsabilidad de la administración; (d) desarrollar políticas públicas anticorrupción más eficaces; (e) prevenir los hechos de corrupción nacional y transnacional; y (f) promover el correcto ejercicio de la función pública. A través de la misma se faculta al Estado a obtener los dineros que pagó con ocasión de una condena impuesta por medio de una sentencia, un acta de conciliación o cualquier otro mecanismo alternativo de solución de conflictos, en la cual, la conducta del agente (servidor, exservidor o particular con funciones públicas) causó un daño antijurídico por cuenta de una acción u omisión dolosa o gravemente culposa.

Como constituye un mecanismo implícito anticorrupción de carácter preventivo (al promover la moralidad, el ejercicio ético, objetivo, imparcial, diligente, transparente e intachable de la función pública) y correctivo (devolución al Estado del dinero pagado como consecuencia de la indemnización que este hizo a un tercero), debería ser: (a) fortalecido procesal, sustancial y técnicamente en el ordenamiento jurídico, los códigos éticos o de buen gobierno, los manuales de buenas prácticas anticorrupción y las buenas costum-

bres; y (b) acompañado de políticas públicas dirigidas a lograr que las conductas de los servidores públicos sean ejemplares (incluyendo la formación de los agentes en leyes, valores y principios éticos con el fin de prevenir que incurran en daños antijurídicos y prácticas corruptas).

3.2.2. Recomendaciones para los países latinoamericanos

A la luz de lo anterior, y con base en el estudio realizado en el capítulo 4, Duitama formula las siguientes recomendaciones para los países latinoamericanos:

1. Socializar mediante jornadas de sensibilización la necesidad de conocer y comprender las responsabilidades estatales, contractuales, morales y éticas que rigen el ejercicio de la función pública, e insistir en el deber de los funcionarios públicos de informar a las autoridades competentes sobre los actos de corrupción a efectos de preservar la confianza en su integridad.

2. Evaluar la posibilidad de: (a) revisar el régimen de adopción de medidas cautelares de embargo y secuestro de los bienes de quienes sean demandados por el Estado mediante la acción de repetición en casos de corrupción (sobre todo cuando esta se encuentre vinculada al COT); (b) revisar el régimen de prestación de caución por parte del Estado para garantizar el pago de los eventuales perjuicios que se puedan ocasionar con la medida cautelar; y (c) permitir que los demandados soliciten el levantamiento de las medidas cuando presten caución monetaria o constituyan garantía bancaria o de compañía de seguros.

3. Incrementar la cooperación internacional con base en las disposiciones de la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción (CICC) para lograr la identificación en el exterior de bienes sobre los cuales decretar medidas cautelares que garanticen el pago de las sentencias que impongan la obligación de resarcimiento patrimonial a favor del erario. Para ello se propone recurrir al artículo XXVII para que se someta a la consideración de los Estados partes un proyecto de protocolo adicional que establezca que, para contribuir al logro de los propósitos enunciados en el artículo II y en virtud

de lo previsto en el artículo XIV sobre asistencia y cooperación, se amplíe la aplicación del artículo XV a los bienes de propiedad de las personas naturales o jurídicas que hayan sido condenadas en acciones de repetición en cualquier otro Estado parte de la Convención.

4. Establecer en la legislación interna de los Estados como casual de inhabilidad para contratar con cualquier entidad pública o en cuyo capital tenga participación el Estado o para ser designado o tomar posesión de un cargo público la existencia de una condena judicial impuesta en una acción de repetición en cualquier otro Estado. Para este efecto se propone crear una plataforma interoperable entre los Estados que registre y permita consultar la información de esas condenas.

3.2.3. Recomendaciones para Colombia

Duitama formula las siguientes recomendaciones específicas para Colombia, teniendo además en cuenta que las formuladas a nivel regional le son también, en gran medida, aplicables:

1. Establecer tanto la preferencia para el trámite y decisión de las acciones de repetición, solo por detrás de las acciones constitucionales de protección de los derechos fundamentales, como el establecimiento de un plazo perentorio para su tramitación, de la misma manera en que para la protección del patrimonio público se ha previsto que la duración máxima del trámite en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de los fallos declarativos de responsabilidad fiscal sea de un año, máxime que en estos casos la legitimación por activa es de titularidad del Estado.

2. Establecer la obligación de alertar a los representantes legales de la entidades que deben ejercitar de forma preferente la acción de repetición en los casos en los que el daño causado por el Estado, además de haber sido consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa, haya sido el resultado de un acto de corrupción (en particular, cuando se encuentre asociada al COT).

3. Ampliar el espectro de legitimación para que las personas naturales y jurídicas interesadas en proteger el patrimonio público y contrarrestar los efectos nocivos de la corrupción (especialmente

cuando se encuentra asociada al COT) puedan ejercer la acción de repetición a favor del Estado. Podría considerarse la posibilidad de otorgar un incentivo o estímulo igual o superior al 1% o 2% del total del valor de lo recuperado para el Estado, sin perjuicio de contemplar que cuando el interesado actúe con temeridad o mala fe se le imponga una multa.

4. Tramitar un proyecto de ley para modificar la regulación contenida en las leyes 678 (2001) y 1437 (2011) sobre las acciones de repetición, en los siguientes aspectos: (a) ampliar el término de caducidad para el ejercicio del medio de control, así como el término de prescripción para el ejercicio de la pretensión de cobro coactivo de las sentencias condenatorias; (b) incluir a las contralorías como sujetos con legitimación por activa para ejercer el medio de control de repetición y reducir el plazo para su ejercicio subsidiario cuando la entidad condenada a pagar una indemnización no lo haga; y (c) remover la reserva legal para permitir que las entidades con legitimación por activa para ejercer el medio de control de repetición y oficiosamente los jueces competentes puedan requerir información para la ubicación de bienes o rentas de propiedad de los demandados o condenados para decretar y practicar sobre ellos medidas cautelares o medidas ejecutivas o para el ejercicio de la acción pauliana, según corresponda.

5. Modificar la inhabilidad constitucional vigente para el desempeño de cargos públicos y la contratación oficial de quienes no realizan el pago de la condena impuesta en la acción de repetición, para extenderla a todos los condenados por esta acción hasta un plazo mínimo de cinco años desde la realización del pago. Con ello se busca que la satisfacción pecuniaria no baste para la redención del infractor, con el fin de no favorecer la impunidad de las conductas generadoras del pago de indemnizaciones por parte del Estado y a favor de terceros, especialmente cuando el daño antijurídico ha sido producto del actuar doloso del agente estatal. Para implementar esta recomendación se debería introducir un Acto Legislativo que reformara la redacción del art. 122 de la Constitución.

6. Impulsar iniciativas que visibilicen el nivel de efectividad de estas acciones de cara a la lucha contra la corrupción (especialmente cuando se encuentre asociada al COT), como, por ejemplo, la crea-

ción de un “tablero de seguimiento” a través del cual la ciudadanía pueda conocer la información general sobre los casos de repetición y los procesos ejecutivos que se adelanten con la finalidad de recaudar el patrimonio que salió del erario como consecuencia de la condena, incluyendo la etapa procesal en la que se encuentran estos procesos, el sentido del fallo y el porcentaje de recaudo a favor del Estado, tanto en virtud de la imposición de una sentencia condenatoria como de la celebración de una conciliación.

4. RECOMENDACIONES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD SANCIONATORIA

4.1. *Consideraciones preliminares*

Como Murillo señala en el capítulo 5, cuando no funcionan las medidas de prevención y los medios de control interno, la administración debe hacer uso de la potestad administrativa sancionadora. Al seguir los sistemas latinoamericanos (incluyendo el colombiano) en este ámbito el modelo europeo continental, particularmente el español, presentan las siguientes características: (a) la potestad administrativa sancionadora es considerada como parte del *ius puniendi* del Estado, existiendo identidad entre los principios que informan la aplicación del derecho penal y del derecho administrativo sancionador; (b) no existe una definición jurídica precisa del concepto de sanción administrativa, aparte de su pertenencia al ámbito del derecho administrativo (si bien tiene sus raíces en el derecho penal), por lo que ha tenido que ser construido por la doctrina y la jurisprudencia; (c) se basan en una legislación dispersa; y (d) atribuyen una amplia discrecionalidad a los órganos administrativos sancionadores tanto a la hora de imponer la sanción como en su determinación.

Además, las sanciones administrativas que prevén siguen siendo, fundamentalmente, las clásicas del derecho público (excluyendo, por tanto, cualquier forma de privación de la libertad excepto en el caso mexicano donde se permite el arresto hasta por 36 horas), destacando, en particular, que en países como Brasil (Ley 12.846 (2013) sobre responsabilidad administrativa y civil de las personas jurídicas por actos contra la administración pública brasileña, también deno-

minada Ley Anticorrupción o Ley de la Empresa Limpia), Colombia (Ley 2195 (2022), sobre medidas sancionatorias de carácter administrativo en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción) y México (Ley General de Responsabilidades Administrativas (2016)) se recogen sanciones administrativas diseñadas específicamente para combatir la corrupción asociada al COT.

4.1.1. Recomendaciones para América Latina

A la luz de lo anterior, y con base en el análisis desarrollado en el capítulo 5, Murillo formula las siguientes recomendaciones para los países latinoamericanos:

1. Adoptar políticas legislativas que propendan por la efectiva implementación de las garantías del debido proceso que reduzcan el amplio margen de discrecionalidad que los distintos ordenamientos jurídicos de la región presentan en el ámbito administrativo sancionador, en especial en lo concerniente a la graduación y dosificación de las sanciones, estableciendo criterios normativos más rigurosos de interpretación a la luz de una debida aplicación del principio de proporcionalidad. Estas carencias se prestan tanto para favorecer como para presionar a quienes están sujetos a inspección administrativa, beneficiándose de o propiciando que haya actos de corrupción que, por los vacíos y los espacios de opacidad normativa, pueden camuflarse en las decisiones como actos revestidos de aparente legalidad.

2. Desarrollar técnicas de aprendizaje automático en las entidades administrativas de inspección, vigilancia y control, mediante el uso combinado de las tecnologías de información y la comunicación y de las metodologías de ciencia de datos, como herramientas que permitan una mayor y más precisa identificación de aquellas transacciones que presentan ciertas características que las hagan sospechosas de irregularidades. Esto con el fin de orientar hacia ellas los esfuerzos de fiscalización para hacer un monitoreo más eficiente de las actividades fiscalizadas.

3. Aprovechar los desarrollos de la ciencia de datos para emplear técnicas algorítmicas más sofisticadas que permitan mejorar significativamente la calidad del ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control, dada la imposibilidad de auditar el universo de

sujetos y operaciones, de manera que se evite la tramitación de procesos administrativos sancionatorios que no lo ameriten y se centren los esfuerzos en aquellos casos que sí parezcan estar justificados.

4. Aplicar técnicas de analítica (descriptiva, diagnóstica, predictiva o prescriptiva) sobre los grandes volúmenes de datos en poder de la administración pública e incluso sobre los que son de libre acceso en Internet, con el fin de evidenciar patrones ocultos, correlaciones y tendencias que no podrían obtenerse de otra manera. De esta forma, se podrían conocer casos que ameriten la iniciación y tramitación de procedimientos administrativos sancionadores que de lo contrario permanecerían ocultos debido a la complejidad de su medición y análisis por otros medios.

5. Adoptar las medidas legislativas y/o administrativas necesarias para asegurar la especialización de las autoridades encargadas de investigar, sustanciar y resolver los procedimientos administrativos sancionadores, e implementar programas de ética y auditoría interna con respecto a las mismas.

4.1.2. Recomendaciones para Colombia

En relación con Colombia, y teniendo en cuenta que la mayor parte de las recomendaciones realizadas para los países latinoamericanos le son también aplicables, Murillo recomienda específicamente:

1. Garantizar que el sistema procesal inquisitivo por el cual se tramitan los procedimientos administrativos sancionatorios se ajuste plenamente a las exigencias del debido proceso, estableciendo para ello criterios más rigurosos de interpretación, especialmente en la graduación y dosificación de las sanciones.

2. Asegurar la especialización de las autoridades administrativas encargadas de investigar, sustanciar y resolver los procedimientos administrativos sancionadores. Esto requiere, cuando menos: (a) que haya una separación funcional, así no sea orgánica, entre la investigación y el juzgamiento, de tal manera que el funcionario que investigue y formule los cargos no sea el mismo que profiera la decisión (garantía de imparcialidad); y (b) garantizar que los funcionarios encargados de una y otra sean de carrera o de período fijo, de tal manera que no puedan ser removidos por el superior jerárquico que

luego vaya a resolver la apelación (garantía de independencia), con el fin de preservar la validez convencional y constitucional de las sanciones impuestas y que el esfuerzo por imponerlas no resulte estéril.

3. Implementar de manera obligatoria programas de ética y auditoría interna en las personas jurídicas bajo vigilancia de las Superintendencias.

4. Adoptar programas de divulgación para garantizar la transparencia en el ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria, para lo cual se propone adicionar una disposición que así lo establezca en la regulación de los procedimientos administrativos sancionatorios contenida en la Ley 1437 (2011), mediante la adición de un párrafo al artículo 47.

4.2. Recomendaciones sobre la responsabilidad disciplinaria de los agentes del Estado

4.2.1. Consideraciones preliminares

Como afirma Murillo en el capítulo 6, en términos generales, se requiere el fortalecimiento de la institucionalidad sancionatoria a la par de la institucionalidad judicial, pues si bien en los últimos años los países latinoamericanos (incluida Colombia) han impulsado importantes reformas legislativas y políticas públicas con el ánimo de prevenir y eliminar la corrupción y el COT a través de la intervención del poder jurisdiccional en el marco del derecho penal, el efecto disuasivo y ejemplarizante del *ius puniendi* estatal en esta materia debería complementarse con el fortalecimiento de la institucionalidad disciplinaria.

4.2.2. Recomendaciones para el ámbito latinoamericano

A la luz de lo anterior, y con base en el análisis desarrollado en el capítulo 6, Murillo formula las siguientes recomendaciones para los países latinoamericanos:

1. Someter a la consideración de los Estados parte de la CICC un proyecto de protocolo adicional con el objeto de contribuir al logro

de los propósitos enunciados en su art. II, por medio del cual se establezca que los Estados parte que aún no lo hayan hecho adopten las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para tipificar como faltas disciplinarias en su derecho interno los actos de corrupción descritos en el art. VI.1. y que en lo pertinente se apliquen a las mismas las demás disposiciones de la CICC.

2. Mejorar la técnica legislativa en la descripción de las conductas constitutivas de las faltas disciplinarias, pues su vaguedad e imprecisión fomenta los excesos de discrecionalidad y se presta para un manejo politizado de la potestad disciplinaria, lo que, a su vez: (a) favorece a los correligionarios y afines, y persigue y presiona a los contradictores; y (b) permite una valoración de la atipicidad de los comportamientos sancionables o de reconocimiento del principio *in dubio pro disciplinado* que sea funcional a los intereses de los servidores públicos involucrados en actos de corrupción. Lo anterior se traduciría en estándares procesales mucho más garantistas encaminados a limitar la influencia de la corrupción (se encuentre, o no, vinculada al COT) en los procesos disciplinarios, eliminando vacíos y opacidad alrededor de sus normas aplicables.

3. Intensificar los niveles de publicidad y transparencia frente a la implementación y ejecución de los lineamientos internacionales en materia de acciones disciplinarias. Lo anterior apuntaría a posibilitar mayor vigilancia sobre los sistemas de diagnóstico e instrumentos de control y evaluación de la gestión disciplinaria.

4.2.3. Recomendaciones para Colombia

En relación con Colombia, y teniendo en cuenta que la mayor parte de las recomendaciones realizadas para los países latinoamericanos le son también aplicables, Murillo recomienda específicamente:

1. Describir de forma precisa en el Código Disciplinario las conductas que constituyen faltas graves y leves y establecer parámetros estrictos de graduación de las sanciones disciplinarias (incluyendo aquellas relativas a hechos de corrupción vinculados al COT), con el fin de garantizar la aplicación de los principios de legalidad y tipici-

dad de las sanciones, evitando posteriores decisiones judiciales que dejen sin efecto decisiones disciplinarias que sustantivamente ameritaban la imposición de las medidas correctivas.

2. Realizar los ajustes al ordenamiento interno ordenados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso *Petro Urrego vs. Colombia* (2020), mediante la expedición por el Congreso de la República de una ley que regule el régimen de responsabilidad de los servidores públicos de elección popular. Esto debido a que, mientras se persista en el incumplimiento de la jurisprudencia interamericana, los esfuerzos institucionales por sancionar disciplinariamente a estos servidores públicos por la comisión de faltas constitutivas de actos de corrupción están abocados a ser estériles, al poder presentarse cualquier de los siguientes tres escenarios: (a) que los jueces de tutela ordenen a la Procuraduría General de la Nación abstenerse de investigar disciplinariamente a dichos servidores públicos y a dejar sin efectos las sanciones que les sean impuestas por el ministerio público cuando se les investigue por una falta sancionable con suspensión, destitución o inhabilidad o cuando les sea impuesta alguna de esas sanciones; (b) que el Consejo de Estado, al recibir de la Procuraduría General de la Nación los actos administrativos sancionadores para el trámite del recurso extraordinario de revisión, se abstenga de darles trámite (como en su momento aconteció con la misma figura que se previó para los fallos declarativos de responsabilidad fiscal proferidos por las contralorías); o (c) que el caso termine llegando de nuevo al sistema interamericano, con la previsible consecuencia de la reiteración de la condena al Estado colombiano por persistir en la vulneración del artículo 23 (2) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

3. Garantizar la publicidad por parte de las autoridades que ejercen la potestad disciplinaria de los indicadores de gestión sobre las actuaciones de su competencia (incluyendo, aquellas relativas a hechos que pueden ser constitutivos de faltas disciplinarias por actos de corrupción vinculados al COT), diseñando para ello mecanismos que permitan dar cumplimiento efectivo a la Ley Estatutaria 1712 (2014), de transparencia y acceso a la información pública. Esto permitiría materializar la aplicación del principio de divulgación proactiva de la información, lo que, a su vez, promovería mejo-

res ejercicios de control social y reduciría el riesgo de la expedición de decisiones en connivencia con los implicados en tales actos. Para ello se requiere de una actualización por parte de la Procuraduría General de la Nación de la directiva que establece el diligenciamiento de la información en el índice de transparencia y acceso a la información pública para incluir la obligación del reporte de esos indicadores de gestión.



Inteligencia jurídica en expansión

Trabajamos para
mejorar el día a día
del **operador jurídico**

Adéntrese en el universo
de **soluciones jurídicas**

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

prime.tirant.com/es/