



abs 399

110.047.2004

Bogotá D.C., 27 de mayo de 2004
OJ110-435

PARA: Dra. MARTHA SÁNCHEZ RÍOS
Auditora Delegada para la Vigilancia de la Gestión Fiscal

DE: AMPARO QUINTERO ARTURO
Jefe Oficina Jurídica

ASUNTO: Formulación de precisiones conceptuales sobre la procedencia del grado de consulta frente a providencias mixtas y el procedimiento aplicable

Se ha solicitado a la Oficina Jurídica fijar posición sobre la procedencia de tramitar el grado de consulta respecto de autos que contienen decisiones mixtas de archivo e imputación, así como en relación con el trámite que debe observarse dentro procesos en los que se adopten este tipo de decisiones.

En relación con los temas planteados la Oficina Jurídica ha considerado procedente el grado de consulta y concluido que:

"[...] En el caso de coincidir la toma de decisión de cesación de la acción fiscal contra alguno de los implicados con la de imputación de responsabilidad en relación con otros, se debe consultar el auto entendiéndose que lo es con relación a esta decisión más no sobre la imputación porque tal decisión, según el texto de la ley, no es consultable, salvo que la misma haya sido apelada, caso en el cual el superior jerárquico conocerá de todo el contenido del auto."¹

A pesar de que las consideraciones en que se apoya esta posición son de conocimiento al interior de la entidad, en esta oportunidad se estima necesario retomar y ampliar los criterios expuestos confiando que puedan aportar elementos de juicio para la adopción de una posición institucional unificada:

1.- Grado de Consulta. Aspectos generales.-

El grado de consulta, desarrollado en nuestro derecho procesal, se concibe como una competencia funcional que opera de manera oficiosa ante la ausencia de

¹ Concepto emitido por la Oficina Jurídica el 12 de mayo de 2004. NUR 218-3-20229, 04/22/2004.

Martha Sánchez Ríos
28-5-04
11:24

recurso del apelación, con el objeto de asegurar el máximo acierto en la decisión adoptada, "[. . .] **en orden a proteger los intereses de determinados sujetos de derecho que actúan en un proceso y que con ella reciben especial tratamiento**"².

Este grado de competencia funcional, otorga al funcionario de superior jerarquía la facultad de revisar íntegramente el fallo o decisión adoptada por el inferior y el mismo se tramita en el efecto suspensivo, es decir, la providencia consultada no queda en firme hasta que no se adopte decisión por parte del superior jerárquico.

En nuestro ordenamiento jurídico, el grado de consulta tiene raigambre constitucional. En efecto, en el artículo 31 del Estatuto Fundamental se encuentra previsto lo siguiente:

"Artículo 31.- Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la Ley." (Se resalta)

Toda vez que la norma constitucional reconoce este principio frente a sentencias judiciales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al estudiar la razón de ser y los alcances de esta figura procesal, ha indicado que ella también procede para autos. Al respecto, esa Alta Corporación ha advertido:

"[. . .] La consulta, a diferencia del recurso de apelación, es una institución procesal en virtud de la cual el superior jerárquico del juez que ha dictado una providencia, en ejercicio de la competencia funcional de que está dotado, se encuentra habilitado para revisar o examinar oficiosamente, esto es, sin que medie petición o instancia de parte, la decisión adoptada en primera instancia, y de este modo corregir o enmendar los errores jurídicos de que ésta adolezca, con miras a lograr la certeza jurídica y el juzgamiento justo. La competencia funcional del superior que conoce de la consulta es automática, porque no requiere para que pueda conocer de la revisión del asunto de una petición o de un acto procesal de la parte en cuyo favor ha sido instituida.

La consulta opera por ministerio de la ley y, por consiguiente, la providencia respectiva no queda ejecutoriada sin que previamente se surta aquélla. Por lo tanto, suple la inactividad de la parte en cuyo favor ha sido instituida cuando no se interpone por ésta el recurso de apelación, aunque en materia laboral el estatuto procesal respectivo la hace obligatoria tratándose de entidades públicas.

La consulta se consagra en los estatutos procesales en favor o interés de una de las partes. No se señalan en la Constitución los criterios que el legislador debe tener en cuenta para regularla; sin embargo, ello no quiere decir que esté habilitado para dictar una reglamentación arbitraria, es decir, utilizando una discrecionalidad sin límites, pues los derroteros que debe observar el legislador para desarrollar la

² DERECHO PROCESAL CIVIL COLOMBIANO. Parte General. Hernán Fabio López Blanco. Dupré Editores. Página 841.

institución emanan, como ya se dijo, precisamente de la observancia y desarrollo de los principios, valores y derechos consagrados en la Constitución.

Del examen de los diferentes estatutos procesales que regulan la consulta, deduce la Corte que ella ha sido instituida con diferentes propósitos o fines de interés superior que consultan los valores principios y derechos fundamentales constitucionales, como son:

- La protección de los derechos mínimos o ciertos e indiscutibles del trabajador que, a manera de principios básicos, contiene el art. 53 de la C.P. Es así como en materia laboral procede la consulta contra las sentencias de primera instancia, que no sean apeladas, "cuando fueren totalmente adversas al trabajador" (art. 69 C.P.L.).

- El interés colectivo, asociado a la defensa de los derechos y del patrimonio de las entidades públicas. En tal virtud, es viable la consulta en relación con las sentencias que fueren adversas a la Nación, a los departamentos o los distritos especiales o a los municipios, o que impongan una condena a cargo de cualquier entidad pública o la providencia que la liquide (arts. 69 C.P.L., 386 C.P.C. y 184 C.C.A.).

- La protección de algunos sujetos procesales que se encuentren en alguna situación o posición desventajosa, desde el punto de vista de sus derechos procesales -los representados por curador ad litem, a quienes se les decreta la interdicción, o tengan la condición de campesinos con intereses vinculados a la explotación de pequeñas propiedades rurales, etc. Es decir, personas que de algún modo se encuentran en una situación de debilidad manifiesta o indefensión que reclama la protección estatal a través de la figura de la consulta (arts. 386 C.P.C. y 12 del decreto 508/74).

- La moralidad y eficacia en la administración de justicia, cuando se trata de precaver o proteger los derechos de terceros y evitar la posible comisión de fraudes procesales (por ejemplo la consulta en procesos de pertenencia, y declaraciones de bienes vacantes y mostrencos, art. 407-11 C.P.C.).

- El interés de la sociedad en que se investiguen ciertos delitos que por su gravedad afectan bienes jurídicos prevalentes y se impongan las condignas sanciones a los infractores de la ley penal, e igualmente el respeto a la legalidad sustancial y a los derechos y garantías constitucionales de los procesados.

[. . .] Concordante con los criterios expuestos, esta Corte en la sentencia C-055/93 dijo, en relación con la consulta "que ésta es un mecanismo automático que lleva al juez de nivel superior a establecer la legalidad de la decisión adoptada por el inferior, generalmente con base en motivos de interés público con el objeto de proteger a la parte más débil en la relación jurídica que se trate"³[. . .]⁴

³ M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-153 de 5 de abril de 1995. Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell.

Esta posición ha sido corroborada en sede de tutela en los siguientes términos:

"[. . .] Como norma integrativa del debido proceso, el art. 31 de la Constitución consagra el principio de la doble instancia, en el sentido de que toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. Tratándose de providencias diferentes a las sentencias, como son los autos o providencias de trámite o interlocutorias, le corresponde al legislador determinar, con base en la facultad que tiene para señalar las formas propias de cada juicio, los casos en que procede la apelación o la consulta."⁵

De los anteriores pronunciamientos se desprende que el grado de consulta, no sólo procede frente a sentencias judiciales, sino, adicionalmente, frente a cualquier otra clase de providencia o auto que señale el legislador⁶ en ejercicio de su amplia facultad de configuración normativa y atendiendo a la naturaleza específica de la materia que es objeto de desarrollo.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-204 de 21 de abril de 1997. Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell.

⁶ Se aclara que en derecho procesal civil, el legislador tan sólo ha reconocido la procedencia del grado de consulta frente a **fallos** susceptibles de ser apelados, en aquellos eventos en que la persona protegida con la figura no interpone el recurso de apelación o ha estado representada dentro del proceso por curador ad-litem. Ello ha permitido que doctrinantes del derecho procesal civil colombiano, como Hernán Fabio López Blanco en su libro ya citado, afirme: "(. . .) **En resumen, las características de la consulta son: 1.- Impide la ejecutoria de la providencia que es objeto de la misma. 2.- La providencia que se consulta no puede ejecutarse mientras se decide la pertinente por el superior, por generar su trámite efecto suspensivo. 3.- Sólo opera respecto de sentencias, nunca se da en relación con los autos. 4.- Cobija sólo las sentencias que sean total o parcialmente desfavorables a los intereses de las personas taxativamente protegidas con la misma. 5.- Opera sólo en defecto de apelación. Si la parte en cuyo favor se estableció la consulta apela, la segunda instancia se da por interposición del recurso.(. . .)**" Tomo I, página 844. "Este recurso oficioso no existe para los autos, en nuestro procedimiento civil, laboral y contencioso administrativo." Devis E. Tomo I Página 571.

En similar sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C-385 de 22 de agosto de 1996. Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell, en la que se afirmó: "El acápite que se acusa regula el cierre de la investigación, a través de un auto contra el que no procede recurso alguno y del cual se ordena dar traslado únicamente al defensor. La decisión en cuestión persigue la finalidad de clausurar la actuación investigativa de modo que no se puedan adelantar nuevas diligencias ni ordenar ni practicar pruebas. De este modo, aquélla no comporta una determinación de fondo, lo cual si ocurre cuando se califica el mérito de la investigación. Por tratarse de una decisión de mero trámite, consideró el Legislador dentro de su autonomía que no era procedente establecer recursos. Así las cosas no encuentra la Corte que lo acusado viole el debido proceso; tampoco viola el principio de la doble instancia porque corresponde a la ley señalar con respecto a las sentencias, no a los autos, cuando procede la apelación o la consulta."

2.- El tratamiento de la consulta en el derecho colombiano.-

En el derecho colombiano, se debe hacer una diferenciación entre el tratamiento dado en materia civil, administrativa y laboral a la consulta por una parte, y aquel brindado, en el derecho penal, de otro lado, pues en las tres primeras el legislador no ha contemplado la posibilidad de que el grado de consulta proceda frente a autos, en tanto que, en materia penal éste sí se ha previsto tal y como se desprende del siguiente artículo:

"Artículo 203.- Consulta.- Cuando se trate de delitos contra la administración pública en los que la pena mínima no sea inferior a cuatro (4) años y en los delitos de narcotráfico, de testaferrato, de lavado de activos y de enriquecimiento ilícito de particulares, la preclusión de instrucción, la cesación de procedimiento y la sentencia absolutoria se someterán a consulta con el superior, siempre que no hayan sido objeto de apelación. [. . .]"

Tanto la preclusión de la instrucción como la cesación de procedimiento son decisiones que se adoptan mediante autos interlocutorios⁷ proferidos dentro del proceso, siempre que se encuentre acreditado que la conducta no ha existido, que el sindicado no la ha cometido, que es atípica, que está demostrada una causal excluyente de culpabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o no podía proseguirse (artículos 39 y 399 del Código de Procedimiento Penal). Se estima necesario aclarar que en materia procesal penal estos mismos eventos pueden dar lugar a una resolución inhibitoria a la culminación de una investigación previa⁸,

⁷ En relación con la naturaleza de estos autos ha indicado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: "No se aparta la Sala del criterio según el cual el auto que ordena la cesación de procedimiento tiene algunas características propias de la sentencia, como son la de poner fin al proceso y tener la cualidad de hacer tránsito a cosa juzgada; sin embargo, éstas tampoco le confieren la entidad de sentencia. La cesación de procedimiento, contenida en el anterior código de procedimiento en el artículo 163 [36 del actual] es una figura extraordinaria que da por terminado el proceso ante la evidencia anticipada de una sentencia absolutoria, o ante un hecho sobreviniente que impide continuar la acción penal (muerte del procesado, por ejemplo), o uno que impedía iniciar la investigación (ausencia de querrela de parte en aquellos delitos que lo requieren). Estos eventos, son de tal importancia y claridad en el proceso, que hacen que el Estado haya previsto la posibilidad de terminar con él en forma distinta a la prevista, sin agotar el trámite propio de las instancias, como si lo exige la sentencia. [. . .] Debe igualmente advertirse que el fallo absolutorio es una decisión definitiva que significa el desarrollo total de la acción penal y la finalización de la misma; no así el cese de procedimiento que es un auto interlocutorio que surge durante el proceso y que significa la terminación del mismo, pero sin que se haya desarrollado a plenitud y por tanto pudiera decirse que la acción penal se agotó hasta su finalización." Auto de octubre de 1987.

⁸ El artículo 327 del Código de Procedimiento Penal establece: "**Resolución Inhibitoria.-** El Fiscal General de la Nación o su delegado, se abstendrán de iniciar instrucción cuando aparezca que la conducta no ha existido, que es atípica, que la acción penal no puede iniciarse o no puede proseguirse o que está demostrada una causal de ausencia de responsabilidad. Tal decisión se tomará mediante resolución interlocutoria contra la cual proceden los recursos

pero, respecto de tal decisión, no procede el grado de consulta debido a que el legislador tan sólo lo ha reconocido para los casos de preclusión de la instrucción, cesación de procedimiento y de sentencia absolutoria en los términos establecidos en el artículo 203, medidas que suponen la existencia de un proceso.

Cabe advertir que en materia disciplinaria, que en buena medida fue fuente de inspiración de la que se convertiría en la Ley 610, se estableció el grado jurisdiccional de consulta, en defensa del interés público, el ordenamiento jurídico y los derechos y garantías fundamentales, para los fallos absolutorios y los que impongan como sanción la amonestación escrita. Al revisar dicha norma indicó la Corporación:

"[. . .] 29- La Corte tampoco encuentra ninguna objeción a que el CDU establezca la consulta de ciertos fallos disciplinarios. Ya en anterior decisión, esta Corporación había señalado que "esta figura es perfectamente admisible en las actuaciones administrativas, adecuándose en este sentido a los mandatos del artículo 29.⁹" Por ello la Corte desestima los cargos contra el artículo 110 del CDU, ya que no considera que se esté estableciendo una presunción de culpabilidad en contra del funcionario absuelto, pues las decisiones absolutorias sólo podrán ser revocadas por el superior si encuentra clara la prueba de la responsabilidad del investigado. En ese orden de ideas, hace parte de la libertad del Legislador consagrar estos grados obligatorios de jurisdicción a fin de proteger valores de raigambre constitucional, como el interés público y los propios derechos y garantías fundamentales del investigado."¹⁰

Esto no inhibe en reiterar que, de acuerdo con los pronunciamientos de la H. Corte Constitucional citados en este escrito, la concepción bajo la cual se edifica la figura de la consulta se ha ampliado pues es facultativo del legislador señalar los eventos y la clase de providencias frente a las cuales procedería el grado de consulta, previéndose que incluso sería procedente admitirla frente a autos, como expresamente se indicó en la sentencia T-204 de 1997 citada, pues dicho grado de competencia funcional está estatuido con propósitos de interés superior que consultan los valores, principios y derechos fundamentales constitucionales pilares básicos de nuestro Estado social de derecho. Para el caso del proceso de responsabilidad fiscal, está asociado a la defensa del patrimonio de las entidades públicas, actuación en la que prima el interés general.

de reposición y apelación por parte del Ministerio Público, del denunciante o querellante y del perjudicado o sus apoderados constituidos para el efecto. La persona en cuyo favor se haya dictado resolución inhibitoria y el denunciante o querellante podrán designar abogado que los represente en el trámite de los recursos que se hayan interpuesto, quienes tendrán derecho a conocer las diligencias practicadas."

⁹ Sentencia C-406/95. MP Fabio Morón Díaz

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-280 de 25 de junio de 1996. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

3.- La consulta en el proceso de responsabilidad fiscal.-

Conforme a lo establecido en el numeral 5º del artículo 268 de la Constitución Política, las autoridades de control fiscal se encuentran facultadas para deducir la responsabilidad que se derive del indebido ejercicio de la gestión fiscal conforme al procedimiento que para tal efecto defina el legislador.

En ejercicio de su amplia facultad de configuración normativa, el Congreso de la República ha establecido en dos oportunidades el procedimiento aplicable para la definición de la responsabilidad fiscal, el último de ellos contenido en la Ley 610 de 2000.

Es importante tener en cuenta que una de las razones que justificó la expedición de ésta última reglamentación estuvo motivada por la necesidad de dotar a los organismos de control fiscal de herramientas jurídicas precisas que contaran con una definición especial acorde con la naturaleza de la actuación que les corresponde adelantar. Esta afirmación encuentra apoyo en la ponencia elaborada para primer debate¹¹ de la cual se estima necesario extraer los siguientes apartes:

[. . .] II.- JUSTIFICACIÓN DEL PROYECTO

1.- Necesidad de un procedimiento autónomo

Como pudo apreciarse en la exposición de los antecedentes legislativos, tanto el proyecto inicial como las diversas ponencias son reiterativas en señalar la necesidad de regular de manera integral el régimen de responsabilidad fiscal, estableciendo de forma clara y precisa las reglas de procedimiento para su realización.

Sin embargo, más allá del propósito laudable de suplir los vacíos y deficiencias de la actual regulación contenida en la Ley 42 de 1993 (Capítulo III del Título II), existe una necesidad mayor: la de imprimirle identidad propia a la función fiscalizadora, de manera tal que la responsabilidad fiscal se consolide como una responsabilidad autónoma, con sus procedimientos propios e independientes de otros tipos de responsabilidad que existen en el ordenamiento jurídico.

En efecto, no puede pasarse por alto que la Constitución Política de 1991 erigió al control fiscal a la categoría de función pública (C.P. art. 267) y que las Contralorías, como órganos de control al lado de la Procuraduría, constituyen lo que podríamos llamar el cuarto poder encargado de fiscalizar, por una parte, la conducta de los servidores públicos y, por otra, el manejo y administración de los recursos públicos.

¹¹ Este documento se puede consultar en la Gaceta del Congreso No. 177 de 31 de mayo de 2000. Actuó como Ponente del Proyecto el senador Amilkar Acosta Medina.

En ese orden de ideas, la labor adelantada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en el sentido de delinear los límites y el ámbito de aplicación de la responsabilidad fiscal debe ser enriquecida y sistematizada por el Congreso de la República, el cual -como ya se ha mencionado en oportunidades anteriores con ocasión de este proyecto- es el único órgano competente para establecer las reglas procesales propias de cada juicio.

[. . .] De conformidad con lo planteado en el acápite anterior se proponen las siguientes modificaciones:

[. . .] Artículos nuevos. Se introducen como nuevos en la Ponencia, los artículos 13, 14, 15, 16, 17 y 18 los cuales tocan con temas esenciales al trámite del proceso, que el proyecto aprobado en Cámara de Representantes no habla contemplado, tales como la suspensión de términos, la unidad procesal y la conexidad, la acumulación del proceso, la terminación anticipada del proceso, la reapertura y el grado de consulta.¹²

De los apartes transcritos resulta indiscutible que con la adopción de la nueva reglamentación se quiso imprimir al proceso de responsabilidad fiscal un carácter especial que permite diferenciarlo de los demás procedimientos instituidos dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Esta intención se ve claramente materializada en la regulación de figuras como el grado de consulta, que no estaba prevista en la Ley 42 de 1993 y esencialmente se ha instituido para salvaguardar el interés público envuelto en esta clase de actuaciones, las cuales propenden por el restablecimiento del patrimonio público afectado por pérdidas, mermas o deterioros ocasionados por la acción o la omisión de los responsables del erario. Veamos entonces cómo quedó regulada la figura del grado de consulta en la Ley 610 de 2000:

De conformidad con lo establecido en su artículo 18, el grado de consulta es un trámite que se debe surtir no sólo frente a fallos, sino adicionalmente frente a decisiones de archivo y, está instituido “[. . .] **en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales.**”

¹² Se resalta que el inciso primero del artículo propuesto originalmente establecía: “Artículo 18.- Grado de Consulta.- Se establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales, procederá la consulta cuando se dicte auto de archivo o cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal. (. . .)”. Con posterioridad, a al realizarse la mediación entre Cámara y Senado, el texto fue modificado en los siguientes términos: “Artículo 18.- Grado de Consulta.- Se establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales, procederá la consulta cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio. (. . .)” Sobre este particular se puede consultar la Gaceta No. 254 de fecha 11 de julio de 2000.

Para este Despacho no admite discusión que el interés público que se encuentra comprometido en los procesos de responsabilidad fiscal está constituido por la recuperación efectiva de los detrimentos ocasionados al erario.

De allí que se prevea que aún en el evento de proferirse autos de archivo, éstos deban ser objeto de revisión por parte del superior de aquel que ha adoptado la decisión, pues ello garantiza el mayor grado de certeza y acierto de la determinación.

Es preciso tener en cuenta que el archivo de las diligencias adelantadas en sede de indagación preliminar o dentro del proceso de responsabilidad fiscal se puede decretar siempre que “[. . .] se establezca que la acción fiscal no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción, cuando se demuestre que el hecho no existió o que no es constitutivo de daño patrimonial al Estado o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, o se acredite la operancia de una causal eximente de responsabilidad fiscal o aparezca demostrado que el daño investigado ha sido resarcido totalmente.”

Estas casuales pueden estructurarse a favor de una o varias personas involucradas en una misma actuación y dar lugar al archivo total o parcial de la investigación.

En el primer supuesto, esto es, cuando la indagación o el proceso de responsabilidad fiscal termina con auto de archivo definitivo, la decisión debe someterse al grado de consulta en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 610.

La misma consideración merece la decisión que se produce ordenando el archivo de la indagación o del proceso y que favorece tan sólo a algunos de los presuntos implicados, pues es claro que también en esos eventos será necesario determinar el grado de certeza de la determinación y su conformidad con el ordenamiento jurídico.

Y no podría ser de otra forma si se tiene en cuenta que las decisiones adoptadas dentro de los procesos de responsabilidad fiscal tienen naturaleza administrativa y tan sólo admiten revocatoria sin necesidad de que se obtenga el consentimiento previo del beneficiado con la decisión cuando se ha dictado auto de archivo en cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 17 de la Ley 610 que establece:

“Artículo 17.- Reapertura.- Cuando después de proferido auto de archivo del expediente en la indagación preliminar o en el proceso de responsabilidad fiscal aparecieren o se aportaren nuevas pruebas que acrediten la existencia de un daño patrimonial al Estado o la responsabilidad del gestor fiscal, o se demostrare que la

decisión se basó en prueba falsa, procederá la reapertura de la indagación o del proceso.

Sin embargo, no procederá la reapertura si después de proferido el auto de archivo ha operado la caducidad de la acción o la prescripción de la responsabilidad fiscal." (Se resalta)

La disposición transcrita es clara en establecer que sólo será procedente ordenar la reapertura de una indagación o proceso que ha sido archivado cuando aparezcan pruebas nuevas que permitan estructurar los elementos requeridos para deducir responsabilidad fiscal y siempre que la acción no haya prescrito o caducado.

Es decir que si con posterioridad a la decisión de archivo, bien sea total o parcial, el superior jerárquico considera necesario vincular a personas que han sido beneficiadas con tal pronunciamiento, pero no obran dentro del proceso pruebas nuevas que permitan dar aplicación a la figura de la reapertura, ya no será posible ordenar la realización de nueva investigación que permita deducir responsabilidad fiscal a cargo de los beneficiados con esa decisión.

Esta circunstancia sumada al objetivo perseguido con el grado de consulta permite concluir que aún en el evento en que la decisión de archivo sea parcial y, por ende, tan sólo favorezca a algunos de los procesados, será necesario agotar el trámite establecido en el artículo 18 de la Ley 610 de 2000, pues será la revisión que practique el superior jerárquico la que permitirá definir si la determinación se ha adoptado con el rigor requerido en una materia como ésta, que propende fundamentalmente por la adecuada protección de los recursos del erario y la debida aplicación de la normatividad.

Adicionalmente, obra a favor de esta posición el hecho de que la norma no hizo distinción en relación con la forma en que se debería producir el auto de archivo para calificar como procedente el grado de consulta.

Es necesario resaltar que en el reciente proyecto de ley sometido a la consideración del Congreso de la República por el Contralor General, se tiene previsto introducir una norma que aclare el procedimiento que debe observarse en el supuesto analizado y que acoge la solución planteada en este escrito en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 135. Grado de Consulta. Se establece el grado de consulta en el efecto suspensivo en defensa del interés público. Procederá la consulta en todos los procedimientos que regula la presente ley cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando se produzca la cesación de la acción fiscal y el archivo del expediente. La decisión se consultará siempre que no sea apelada. Cuando en un mismo fallo se

tomen decisiones diversas que impliquen apelación y consulta, se decidrán en la misma providencia.

Frente al fallo consultable, el funcionario que haya proferido la providencia deberá enviar el expediente a su superior funcional, según la estructura y manual de funciones del órgano de control, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su notificación siempre que no se haya interpuesto recursos. En el evento de interponerse recursos el expediente se remitirá dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación de la providencia que resuelve la reposición.

Cuando en un mismo proceso se falle con responsabilidad frente a unos implicados y sin responsabilidad frente a otros, el expediente se enviará al superior una vez se haya notificado la decisión que resolvió la reposición o concedió la apelación o cuando se hayan vencido los términos para interponer recursos sin que estos se hayan presentado.

El superior resolverá dentro de los dos meses siguientes al recibo del expediente y su decisión se notificará por estado, contra esta decisión no procede recurso alguno." - Resaltado y subrayado por fuera del texto-

Se reitera, desde el punto de vista teleológico si hubo algo que inspiró la adopción de la Ley 610 fue, entre otros aspectos, la salvaguarda de las decisiones adoptadas, dentro del criterio de defensa del interés público, sin que ello signifique que se esté presumiendo el buen o mal actuar de un funcionario o, de alguna manera, alguna especie de proclividad en el desarrollo de tales actuaciones. Simplemente que, como en toda consulta, es posible revisar una decisión que las culmina tanto si es favorable como si es desfavorable para el investigado y cuando se presentan ciertas y específicas circunstancias definidas por el legislador en atención a la naturaleza de la materia tratada.

Sólo resta puntualizar que en criterio de esta Oficina, para efectos de dar trámite al grado de consulta respecto de la parte del auto que decreta el archivo parcial se deberá dar aplicación al procedimiento establecido los incisos 2º y 3º del artículo 18 de la Ley 610 de 2000, que establecen:

"[. . .] Para efectos de la consulta, el funcionario que haya proferido la decisión deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico, según la estructura y manual de funciones de cada órgano fiscalizador.

Si transcurrido un mes de recibido el expediente por el superior no se hubiere proferido la respectiva providencia, quedará en firme el fallo o auto materia de consulta, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria del funcionario moroso."

Lo anterior significa que proferida y notificada la decisión, el expediente deberá ser remitido al superior jerárquico o funcional a efecto de que se tramite el grado de consulta, a más tardar, dentro del mes siguiente a su recibo.

Ahora, si con ocasión a la notificación de la decisión se debe realizar alguna actuación, se entenderá que ésta ha quedado suspendida hasta cuando sea definida la consulta, para lo cual se podrá dar aplicación a lo establecido en el artículo 152 del Código de Procedimiento Penal que establece:

"Artículo 152.- Suspensión.- El desarrollo de una actuación procesal, se podrá suspender, cuando haya causa que lo justifique dejando la constancia y señalando el día y hora que deba continuar."

Lo anterior, en aplicación del artículo 66 de la Ley 610 de 2000 que en lo pertinente establece: *"En los aspectos no previstos en la presente ley se aplicarán, en su orden, las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, el Código de Procedimiento Civil y el Código de Procedimiento Penal, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal."*

Se estima conveniente que en caso de que la providencia mixta contenga decisión de imputación de responsabilidad fiscal, en el momento de remitirse el expediente se expida auto de trámite ordenando la suspensión del término de traslado hasta que se defina el grado de consulta y que, una vez ésta sea resuelta, se expida nuevo auto de trámite en el cual se ordene conceder el término de traslado indicando el día y hora a partir del cual éste se deberá empezar a contabilizar.

Atentamente,



AMPARO QUINTERO ARTURO
Jefe Oficina Jurídica