

Bogotá D.C.,
110

Doctor
JHON ALEXANDER FONSECA BENITO
abogadojhonfonseca@gmail.com



Auditoría General de la República
Al contestar cite el radicado No: 1102-202300738
Fecha: 10 de marzo de 2023 08:53:06 AM
Origen: Oficina Jurídica
Destino: JHON ALEXANDER FONSECA BENITO

Referencia: Concepto 110.023.2023
SIA-ATC. 012023000136

1. *Del hallazgo fiscal*
2. *Del proceso de responsabilidad fiscal*
3. *De las pruebas en el proceso de responsabilidad fiscal*
4. *Del acceso a la información pública*

Respetado doctor Fonseca Benito:

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en correo electrónico del 6 de febrero de 2023, radicado en la AGR el 7 de febrero de 2023 con el número 00000000000000¹ bajo el SIA-ATC. 012023000136, en el que consulta lo siguiente:

«¿Cómo sujeto procesal y vinculado formalmente en auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal; un ente territorial “contraloría municipal”, puede negar la información al investigado, amparándose en el parágrafo del artículo 19 de la ley 1712 del 2004 “por medio de la cual se crea la ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional?».

Lo anterior, debido a que se solicitó como sujeto procesal, actas del comité fiscal y denuncias, y **consecuentemente el concepto y la intervención de cada miembro que lo conforma, que con su criterio decidió por unanimidad mantener los hallazgos a los sujetos procesales y la entidad investigada?** (subrayado y engrilla propia).

- 1- Estaría entonces la entidad violando el derecho fundamental a la defensa, contradicción de la prueba, y debido proceso, al negársele dentro del expediente esta solicitud probatoria, amparado en ley ibídem y una guía de auditoria territorial?
- 2- Estaría entonces inmersa la entidad territorial en una nulidad procesal al violentar el principio de libertad probatoria y contradecir una prueba a la cual no tiene acceso, en sentido de conocer que expreso cada miembro del comité de control fiscal y denuncias?
- 3- Como está conformado el comité, como interviene cada miembro, (voz y voto), en un ente de control fiscal a nivel territorial “contraloría municipal”, para tomar la decisión por unanimidad de mantener o no los hallazgos en una auditoria de carácter territorial.

¹ NOTA DELEGADA: "Se realiza la asignación sin radicado de DOGMA debido a las dificultades de correspondencia con el uso del aplicativo DOGMA"

- 4- Las demás apreciaciones jurídicas motivo de la consulta, que contemple la entidad consultada.» (sic)

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicar que, teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas (contralorías y fondos de bienestar social de las mismas) o de sus sujetos de vigilancia, dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte. Por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia, por lo cual, se abordará el tema de manera general y abstracta.

Respecto a la función de la AGR, el sentido, alcance, delimitación y competencia del ejercicio del control fiscal, la Corte Constitucional se pronunció entre otras en la Sentencia C-1176 de 2004, señalando:

«Por disposición constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República le corresponde a la Auditoría, **sin que por tal circunstancia, ésta pueda convertirse en ente superior de aquella en cuanto al direccionamiento de la vigilancia y control fiscal**, pues la atribución constitucional conferida a la Auditoría solo se restringe a la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General, según así lo precisa la propia Constitución (...).» (Negrilla fuera de texto).

Así mismo, le indicamos que de conformidad con el numeral 3 del artículo 18 del Decreto-Ley 272 de 2000 «Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República», es función de la Oficina Jurídica «Emitir los conceptos jurídicos sobre temas de control fiscal y administrativos que le sean solicitados por el Auditor General o los requeridos por las demás dependencias del organismo», los cuales abordan los temas de manera general y abstracta, sin que tengan el carácter de fuente normativa, buscando solamente orientar y facilitar la aplicación normativa jurídica, más no la solución directa al problema jurídico planteado, por lo tanto, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Este Despacho para brindar elementos de juicio que contribuyan al debate académico y permitan al consultante dilucidar la problemática planteada traerá a colación las normas, jurisprudencia y doctrina referentes que se encuentra al alcance de todos, exponiendo algunas consideraciones jurídicas, para así emitir concepto de manera general y abstracta abordando los siguientes temas: i) Del hallazgo fiscal; ii) Del proceso de responsabilidad fiscal; iii) De las pruebas en el proceso de responsabilidad fiscal; y iv) Del acceso a la información pública.

1. Del hallazgo fiscal

La «Guía de Auditoría Territorial en el Marco de las Normas Internacionales - ISSAI – GAT Versión 3.0» (octubre 2022), establece respecto del hallazgo fiscal:

«1.3.3.6 Mesas de trabajo

(...)

Tanto la evaluación y análisis para determinación de las observaciones que harán parte del informe preliminar, como la evaluación y calificación de los hallazgos para el informe definitivo, requerirán de mesa de trabajo

1.3.3.7 Estructuración y tratamiento de observaciones y/o hallazgos

La observación y/o hallazgo de auditoría es un hecho relevante que se constituye en un resultado determinante en la evaluación de un asunto en particular, al comparar la condición (Situación detectada - Ser) con el criterio (Deber ser). Igualmente, es una situación determinada al aplicar pruebas de auditoría que se complementará estableciendo sus causas y efectos.

En las Contralorías Territoriales los hechos constitutivos de posibles irregularidades son identificados con el término “observaciones de auditoría” e inicialmente se presentan como tales en el informe preliminar. Una vez evaluada la respuesta o descargos presentados por el sujeto de vigilancia y control y valorado y validado en mesa de trabajo, se configurarán como “hallazgo” y bajo esa denominación serán incorporados al informe definitivo. En caso de que una observación sea desvirtuada en mesa de trabajo, será retirada del informe.

(...)

1.3.3.8 Hallazgos con incidencia fiscal

(...)

Para que el hallazgo fiscal opere como insumo para la apertura de un proceso de responsabilidad fiscal (procedimiento ordinario o verbal), **debe contener las conclusiones soportadas en evidencias** que apunten a los elementos requeridos para este fin, tales como:

- La existencia establecida de un daño patrimonial al Estado, por lo que no debe haber lugar a calificarlo de presunto. Es lo que se denomina certeza del daño.
- Indicios serios establecidos sobre los posibles autores, de quienes sí se predica la presunción, pues su culpabilidad solo se define en un fallo con responsabilidad fiscal.

(...)

Los requisitos básicos que deben ser considerados en los hallazgos con incidencia fiscal son:

- Señalar la naturaleza jurídica del sujeto auditado y la naturaleza de los recursos. Establecer la fecha de ocurrencia de los hechos, para determinar con certeza la vigencia de la acción fiscal.
- Mencionar la situación fáctica en la que se generó el daño patrimonial al Estado, referido como un hecho cierto, señalando a quienes intervinieron en su producción o contribución al mismo; quienes tienen la calidad de presuntos responsables, identificando la dirección de su domicilio, su representante legal, con nombres e identificación precisos.
- Proporcionar la normatividad aplicable a la situación generadora del daño patrimonial al Estado, es decir, comparar el “ser” con el “deber ser”, según la norma.
- Los presuntos responsables fiscales, en su condición de gestores fiscales, pueden ser servidores públicos o particulares, personas naturales o jurídicas:

- Si son personas naturales debe suministrarse los datos de sus nombres, documento de identificación, dirección de su residencia o lugar de trabajo para su ubicación, a efecto de las notificaciones.

- Si son personas jurídicas de derecho privado; se acompañará certificado de existencia y

representación legal con fecha de expedición no superior a un mes, para tomar los datos de vigencia de la existencia, estructura de su conformación, representación legal y lugar de notificaciones oficiales.

- Si se trata de consorcios o uniones temporales, se requiere el documento de conformación de la respectiva asociación, la identificación del representante designado y dirección de localización y la identificación de sus integrantes, con los soportes antes indicados, según se trate de personas naturales o jurídicas.

Para la determinación del presunto responsable, se debe tener en cuenta: acto administrativo de la delegación para contratar cuando aplique, acta de posesión, manual de funciones, procedimiento documentado donde se originó el daño, hoja de vida, entre otros. Así mismo se deberá:

- Determinar con precisión el daño patrimonial y estimación de su cuantía, según la naturaleza de los recursos.
- Igualmente señalar el plan, programa o proyecto al que pertenecen los recursos cuyo daño se predica y la estimación de su cuantía.
- **Relacionar y aportar todas las evidencias que fueron acopiadas en la auditoría y que soportan la existencia del daño, así como las que apuntan hacia las personas que aparecen como presuntos responsables.**
- Señalar la dirección de la entidad afectada y demás información que permita realizar las notificaciones del caso.
- Proveer información de las pólizas que amparan al presunto responsable o contrato sobre el cual recaerá el objeto del proceso, riesgo amparado, vigencia del seguro, cuantía cubierta y sus condiciones generales y particulares.
- **Aportar Información y/o soportes que demuestren que los hechos fueron comprobados y que la evidencia es suficiente, competente y pertinente y sustenta las conclusiones del auditor.** Prueba obtenida por cualquiera de los diversos procedimientos empleados por el auditor en el curso de una auditoría. La evidencia es pertinente cuando es válida y confiable; es relevante cuando guarda una relación lógica con el hecho demostrable o refutable; es suficiente cuando es objetiva y convincente y sirve para sustentar los hallazgos, conclusiones y recomendaciones del auditor.
- **Aportar documentos, registros fotográficos, archivos digitales y demás material que permita comprobar la existencia cierta, clara, actual y precisa con la respectiva cuantificación de un daño patrimonial, la identificación de los presuntos autores del hecho generador del daño fiscal que realizaron las acciones u omisiones y el nexo causal entre los dos elementos anteriores (el daño patrimonial y la acción u omisión de los autores del hecho generador del daño fiscal).»** (Resaltamos en negrilla)

Si el hallazgo de auditoría reúne los requisitos anotados, se está frente al hallazgo fiscal como tal; sin embargo, en ocasiones el hallazgo de auditoría puede establecer la existencia del daño, pero no así los demás elementos, caso en el cual es factible adelantar una indagación preliminar tal como lo establece la Ley 610 de 2000 en su artículo 39.

Así mismo, será el operador fiscal quien evalúe el hallazgo para determinar a las luces de la norma, si éste es suficiente para iniciar el proceso de responsabilidad fiscal correspondiente, o si por el contrario se hace necesario adelantar indagación preliminar o si definitivamente el hecho no existe o no comporta daño o detrimento al patrimonio público y se debe archivar.

2. Del proceso de responsabilidad fiscal

El artículo 267 de la Constitución Política de Colombia modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 04 de 2019 «Por medio del cual se reforma el Régimen de Control Fiscal», determina:

«Artículo 267. La vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos. La ley reglamentará el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley.»

El numeral 5 del artículo 268 superior modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 04 de 2019, da al Contralor General de la República la siguiente atribución:

«Artículo 268. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:

(...)

5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva, para lo cual tendrá prelación.

(...»

Atribución extensiva a los contralores territoriales en virtud del inciso cuarto del artículo 272 de la Carta.

El proceso de responsabilidad fiscal se encuentra regulado en la Ley 610 de 2000 «Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías», de la cual destacamos:

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

«Artículo 2º. Principios orientadores de la acción fiscal. En el ejercicio de la acción de responsabilidad fiscal se garantizará el debido proceso y su trámite se adelantará con sujeción a los principios establecidos en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política y a los contenidos en el Código Contencioso Administrativo.»

Los principios a que hace referencia la norma se encuentran inicialmente contenidos en la Constitución Política de Colombia así:

«Artículo 29. El **debido proceso** se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.» (Resaltamos en negrilla)

«Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de **igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad**, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.» (Resaltamos en negrilla)

Ley 1437 de 2011 «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo» (CPACA) establece sobre este respecto:

«Artículo 3°. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem.

2. En virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento. No obstante, serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

3. En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

4. En virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.

5. En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.

6. En virtud del principio de participación, las autoridades promoverán y atenderán las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.

7. En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos.

8. En virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal.

9. En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma.

10. En virtud del principio de coordinación, las autoridades concertarán sus actividades con las de otras instancias estatales en el cumplimiento de sus cometidos y en el reconocimiento de sus derechos a los particulares.

11. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.

12. En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.

13. En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas.» (Resaltamos en negrilla)

La 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», estableció en el artículo 97, el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal, en los siguientes términos:

«Artículo 97. Procedimiento verbal de responsabilidad fiscal. El proceso de responsabilidad fiscal se tramitará por el procedimiento verbal que crea esta ley cuando del análisis del dictamen del proceso auditor, de una denuncia o de la aplicación de cualquiera de los sistemas de control, se determine que están dados los elementos para proferir auto de apertura e imputación. En todos los demás casos se continuará aplicando el trámite previsto en la Ley 610 de 2000.

El procedimiento verbal se someterá a las normas generales de responsabilidad fiscal previstas en la Ley 610 de 2000 y en especial por las disposiciones de la presente ley.
(...»

La Ley 610 de 2000 establece como causal de nulidad la violación del derecho de defensa siendo este parte del principio fundamental del debido proceso:

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

Igualmente establece esta ley:

«Artículo 8º. Iniciación del proceso. El proceso de responsabilidad fiscal podrá iniciarse de oficio, como consecuencia del ejercicio de los sistemas de control fiscal por parte de las propias contralorías, de la solicitud que en tal sentido formulen las entidades vigiladas o de las denuncias o quejas presentadas por cualquier persona u organización ciudadana, en especial por las veedurías ciudadanas de que trata la Ley 563 de 2000.»

«Artículo 40. Apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Cuando de la indagación preliminar, de la queja, del dictamen o del ejercicio de cualquier acción de vigilancia o sistema de control, se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado e indicios serios sobre los posibles autores del mismo, el funcionario competente ordenará la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. El auto de apertura inicia formalmente el proceso de responsabilidad fiscal.

En el evento en que se haya identificado a los presuntos responsables fiscales, a fin de que ejerzan el derecho de defensa y contradicción, deberá notificárseles el auto de trámite que ordene la apertura del proceso. Contra este auto no procede recurso alguno. (...»

Se tiene entonces que el proceso de responsabilidad fiscal a cargo de los diferentes órganos de control fiscal se inicia, entre otras, como resultado de la aplicación de un sistema de control (hallazgo de auditoría o actuación fiscal), debiéndose adelantar con estricto apego a los principios que rigen la función administrativa (arts. 209 CP y 3º CPACA) y del principio y derecho fundamental al debido proceso (art. 29 CP).

3. De las pruebas en el proceso de responsabilidad fiscal

Uno de los componentes del derecho fundamental al debido proceso del investigado es el derecho

de defensa y dentro de este se encuentra el derecho a controvertir la prueba, así como a solicitar el decreto y practica de pruebas que pretenda hacer valer en su favor. Respecto de la prueba la Ley 610 de 2000, establece:

«Artículo 22. Necesidad de la prueba. Toda providencia dictada en el proceso de responsabilidad fiscal debe fundarse en pruebas legalmente producidas y allegadas o aportadas al proceso.»

«Artículo 24. Petición de pruebas. El investigado o quien haya rendido exposición libre y espontánea podrá pedir la práctica de las pruebas que estime conducentes o aportarlas.

La denegación total o parcial de las solicitadas o allegadas deberá ser motivada y notificarse al peticionario, decisión contra la cual proceden los recursos de reposición y apelación.

Artículo 25. Libertad de pruebas. El daño patrimonial al Estado y la responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos.»

La Corte Constitucional en la sentencia C-248 del 24 de abril de 2013, refiriéndose al derecho fundamental al debido proceso en la actuación administrativa, estableció:

«5.5.2. En términos generales, la jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso “como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en **una actuación judicial o administrativa**, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia”.

(...)

5.6.3. A este respecto, la Corte ha expresado que hacen parte de las garantías del debido proceso administrativo, entre otras, las siguientes: i) el derecho a conocer el inicio de la actuación; ii) a ser oído durante el trámite; iii) a ser notificado en debida forma; iv) a que se adelante por la autoridad competente y con pleno respeto de las formas propias de cada juicio definidas por el legislador; v) a que no se presenten dilaciones injustificadas; vii) a gozar de la presunción de inocencia; viii) a ejercer los derechos de defensa y contradicción; ix) **a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen por la parte contraria**; x) a que se resuelva en forma motivada; xi) a impugnar la decisión que se adopte y a xii) promover la nulidad de los actos que se expidan con vulneración del debido proceso.» (Resaltamos en negrilla)

En la sentencia C-496 del 5 de agosto de 2015 esta Corte, se refirió de manera más amplia respecto al derecho fundamental al debido proceso, así:

«3.5.1. Concepto y finalidad

El debido proceso es un derecho fundamental, que se ha definido como “una serie de garantías que tienen por fin sujetar las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas a reglas específicas de orden sustantivo y procedimental, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas en ellas involucrados”.

(...)

3.5.2.1. Debe aplicarse a todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas.



Las garantías que integran el debido proceso, y **entre ellas el derecho de defensa**, son de estricto cumplimiento en todo tipo de actuaciones, ya sean judiciales o administrativas, pues constituyen un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico. Ello es así por cuanto la concepción del proceso como un mecanismo para la realización de la justicia, impide que algún ámbito del ordenamiento jurídico se sustraiga a su efecto vinculante pues a la conciencia jurídica de hoy le repugna la sola idea de alcanzar la justicia pervirtiendo el camino que conduce a ella:

(...)

3.5.4. Garantías esenciales

3.5.4.1. El derecho al juez natural

(...)

3.5.4.2. Derecho a ser juzgado con las formas propias de cada juicio

(...)

3.5.4.3. Derecho a la defensa

El derecho a la defensa es entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable.

En este sentido, **implica la facultad de pedir y allegar pruebas y controvertir las que se aporten en su contra, formular peticiones y alegaciones e impugnar las decisiones que se adopten.**

(...)

3.5.4.4. El derecho a un proceso público sin dilaciones injustificadas

(...)

5.4.5. El derecho a la imparcialidad del juez

(...)

3.5.5. EL DEBIDO PROCESO PROBATORIO

3.5.5.1. Relación con el debido proceso

El derecho a la prueba constituye uno de los principales ingredientes del debido proceso y del derecho al acceso a la administración de justicia y el más importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial. En este sentido, según el artículo 29 de la Constitución, la persona que sea sindicada tiene derecho a la defensa y, por lo tanto, de esa norma -que responde a un principio universal de justicia- surge con nitidez el derecho, también garantizado constitucionalmente, a controvertir las pruebas que se alleguen en contra del procesado **y a presentar y solicitar aquellas que se opongan a las pretensiones de quienes buscan desvirtuar la presunción de su inocencia.**

(...)

3.5.5.2. Su desconocimiento genera una vía de hecho

(...)

En este sentido, las anomalías que desconozcan de manera grave e ilegítima el derecho a la prueba, constituyen un defecto fáctico que, al vulnerar derechos fundamentales, pueden contrarrestarse a través de la acción de tutela. Se parte de la base de que el juez es libre para apreciar y otorgar un valor a las pruebas que obran dentro del proceso, pero es claro también que por vía de tutela se puede reparar -ante situaciones abiertamente contrarias a las reglas constitucionales, al debido proceso y a la ley- la lesión sufrida por la parte afectada que carece de otro medio de defensa judicial o que afronta

la inminencia de un perjuicio irremediable.

Es posible entonces interponer una tutela cuando no hay ningún examen probatorio, o cuando se ignoran algunas de las pruebas aportadas, **o cuando se niega a una de las partes el derecho a la prueba**, o también cuando, dentro del expediente, existen elementos de juicio que con claridad conducen a determinada conclusión, eludida por el juez con manifiesto error o descuido.

Los defectos que dan lugar a una vía de hecho, como lo es el defecto fáctico, habilita la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, se configura cuando existen fallas sustanciales en la decisión de la autoridad competente, atribuibles a la actividad probatoria, que comprende el decretarlas, practicarlas y valorarlas. Dichas deficiencias, en efecto, pueden producirse como consecuencia de: (i) **la falta de decreto y práctica de pruebas conducentes a la solución del caso**, (ii) la errada valoración de las pruebas allegadas al proceso, esto es, una interpretación errónea de las mismas y (iii) la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o totalmente inconducentes, es decir, ineptitud o ilegalidad de la prueba. En todo caso, para que la acción proceda por defecto fáctico, el error en el juicio valorativo de las pruebas debe ser ostensible, flagrante y manifiesto, con incidencia directa en la decisión que se cuestiona.

(...)

3.5.5.3.1. El derecho a presentar y solicitar pruebas

La Corte Constitucional ha reconocido que el derecho a presentar pruebas tiene un carácter fundamental autónomo, a la vez que una de las garantías del más amplio derecho al debido proceso.

(...)

3.5.5.3.5. El derecho a que se decreten y practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos

El juez debe definir si profiere o no el decreto de las pruebas solicitadas, para lo cual deberá determinar si son pertinentes, conducentes y procedentes para contribuir al esclarecimiento de los hechos y a la definición acerca de la responsabilidad del procesado. En este sentido, debe decretar y practicar aquellas pruebas que objetivamente resulten pertinentes y que puedan ser obtenidas a través de un esfuerzo razonable.

Sin embargo, no existe un imperativo de que se decreten todas las pruebas solicitadas por los sujetos procesales ni a realizar pesquisas o averiguaciones desproporcionadas, innecesarias o inútiles. Por lo anterior, le es posible negar alguna o algunas de tales pruebas, si estima fundamentadamente que los requisitos legales no se cumplen o que en el proceso respectivo no tienen lugar, aunque cualquier decisión judicial en este sentido debe ser motivada suficientemente, pues en este ámbito no existe espacio ninguno para la arbitrariedad judicial.

Adicionalmente no es permitido al juez, a la luz de los postulados constitucionales, decretar las pruebas y después, por su capricho o para interrumpir términos legales que transcurren a favor del procesado y de su libertad, abstenerse de continuar o culminar su práctica, para proceder a tramitar etapas posteriores del juicio. En el evento en que así ocurra, resulta palmaria la vulneración del derecho fundamental al debido proceso y ostensible la arbitrariedad judicial.» (Resaltamos en negrilla)

Más recientemente en la sentencia de unificación SU-086 del 9 de marzo de 2022, la Corte Constitucional sobre el tema estableció:

«6. La garantía del derecho fundamental al debido proceso administrativo. Reiteración de jurisprudencia

6.1. Como lo precisó esta Corte Constitucional desde muy temprano, “el debido proceso es el conjunto de garantías establecidas como medios obligatorios necesarios y esenciales para que el ejercicio de la función jurisdiccional se materialice”. Esta garantía del debido proceso se encuentra entre “los pilares del Estado Social de Derecho, pues protege las libertades ciudadanas y opera como un contrapeso al poder del Estado. Forman parte de las garantías del debido proceso las siguientes –se mantienen las notas a pie de página en los textos citados, se subraya–:

(i) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo;

(ii) El derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, **de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas** y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley;

(iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso;

(iv) El derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables;

(v) El derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y

(vi) El derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas.

(vii) [La garantía del debido proceso] es un derecho de aplicación inmediata (artículo 85 superior), que se expresa a través de múltiples principios que regulan el acceso a la administración de justicia (artículos 228 y 229 de la Constitución) como la celeridad, publicidad, autonomía, independencia, gratuidad y eficiencia;

(viii) No puede ser suspendido durante los estados de excepción;

(ix) Se predica de todos los intervinientes en un proceso y de todas las etapas de este;

(x) Su regulación se atribuye al Legislador quien, dentro del marco constitucional, define cómo habrá de protegerse y los términos bajo los cuales las personas pueden exigir su cumplimiento, entre otras.



(xi) Tiene diversos matices según el contenido del derecho del cual se trate. De esta manera, la exigencia de los elementos integradores del debido proceso “(...) es más rigurosa en determinados campos del derecho (...) en [los] que la actuación puede llegar a comprometer derechos fundamentales”;» (Negrilla propia del texto)

En cuanto al debido proceso en los procesos de responsabilidad fiscal, la Corte Constitucional en sentencia de tutela T-297 del 7 de abril de 2006, estableció:

«2.1.2. El debido proceso fiscal

En virtud del artículo 29 de la Constitución, al proceso de responsabilidad fiscal le son aplicables las garantías sustanciales y procesales inherentes al debido proceso tales como la legalidad, el juez legal (autoridad administrativa competente), la favorabilidad, la presunción de inocencia, el derecho de defensa que comporta el derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de apoderado, **a presentar y controvertir pruebas**; a solicitar la nulidad de la actuación cuando se configure violación al debido proceso; a interponer recursos; a la publicidad del proceso y a que el mismo se desarrolle sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

La ley 610 de 2000 “*por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías*” regula el debido proceso al que debe someterse la declaratoria de responsabilidad fiscal.

El artículo 1° de esa ley define el proceso de responsabilidad fiscal como “*el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por la Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión, y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado*”.

Los principales rasgos de este procedimiento fueron presentados así por esta Corporación:

“(…)”

g. El término para adelantar estas diligencias es de tres (3) meses, prorrogables por dos (2) meses más, vencido el cual se archivará el proceso o se dictará auto de imputación de responsabilidad fiscal. Notificado a los presuntos responsables el auto de imputación, se les correrá traslado por el término de diez (10) días a fin de que presenten los argumentos de su defensa, **y soliciten y aporten las pruebas que pretendan hacer valer**. (Artículos 45 a 50).

h. Vencido el término del traslado anterior, se debe dictar el auto que decrete las pruebas solicitadas, o las que de oficio se encuentren conducentes y pertinentes. El término probatorio no podrá ser superior a treinta (30) días; contra el auto que rechace pruebas proceden los recursos de reposición y apelación. (Artículo 51).

(…)”

k. El sistema probatorio se funda en el principio de “*Necesidad de la prueba*” conforme al cual toda providencia dictada dentro del proceso de responsabilidad fiscal debe fundarse en pruebas legalmente producidas y allegadas o aportadas al proceso (Art.22)

Es claro entonces que la persona sometida a proceso de investigación fiscal tiene derecho al ejercicio de todas las garantías inherentes al debido proceso previsto en el artículo 29 de la Carta, y desarrollado

en los apartes citados de la Ley 610 de 2000, particularmente, interesa destacar para el estudio del asunto bajo examen, que el establecimiento de un término para la investigación, se orienta a sentar los presupuestos para la preservación del derecho a ser juzgado *sin dilaciones injustificadas*, en tanto que el imperio del principio de *necesidad de la prueba* para la adopción de todas las decisiones, se dirige a garantizar el principio de presunción de inocencia el cual sólo puede ser desvirtuado mediante pruebas legalmente producidas, allegadas o aportadas al proceso.» (Cursiva propia del texto. Resaltamos en negrilla)

En esta providencia también se pronunció sobre el derecho de petición, así:

«2.2. El alcance del derecho de petición sobre materias que son objeto de procedimientos administrativos:

Desde sus primeros pronunciamientos la jurisprudencia constitucional estableció diferencias entre el derecho de petición que se ejerce, en interés general o particular, con la finalidad de hacer posible el acceso de las personas a la autoridad pública, y las solicitudes que se formulan en el marco de actuaciones administrativas que se encuentran reguladas por la ley.

Sobre el particular señaló:

“El derecho de petición tiene por finalidad hacer posible el acceso de las personas a la autoridad pública para que ésta, se vea precisada no solamente a tramitar sino a responder de manera oportuna las solicitudes elevadas por aquéllas en interés general o particular, pero no tiene sentido cuando la administración ha asumido de oficio una actuación que adelanta ciñéndose a los términos y requerimientos legales. En tales eventos las reglas aplicables para que se llegue a decidir sobre el fondo de lo solicitado son las que la ley ha establecido para el respectivo procedimiento, que obligan a los particulares involucrados tanto como a las dependencias oficiales correspondientes, de modo tal que -en la materia propia de la decisión final- no tiene lugar la interposición de peticiones encaminadas a que el punto objeto de la actuación administrativa se resuelva anticipadamente y por fuera del trámite normal”.

Conforme a lo señalado el reparo del demandante sobre la omisión del órgano de investigación fiscal respecto de una solicitud orientada al archivo de la actuación administrativa que cursa en su contra, se debe resolver no como presunta violación al derecho de petición, sino como eventual vulneración al debido proceso, en particular al derecho de defensa, si se llegare a demostrar que tal omisión comporta una dilación *injustificada* de los términos establecidos en el estatuto que regula el procedimiento aplicable a los juicios de responsabilidad fiscal (Ley 610 de 2000), y que ello repercute en su derecho de defensa.» (Cursiva propia del texto)

Esta Oficina Jurídica se ha pronunciado en varios conceptos respecto de las pruebas en el proceso de responsabilidad fiscal, de los cuales traemos a colación el concepto 110.07.2021 (Radicado 20211100004731 del 23-02-2021), en el que se concluyó:

«Una vez efectuada la notificación del auto de apertura al o los investigados, éstos, en ejercicio del derecho de defensa dentro del derecho fundamental al debido proceso, una vez escuchados en exposición libre y voluntaria, podrán solicitar el decreto y la práctica de pruebas, lo cual de ser negado

por el funcionario, puede ser objeto de los recursos de ley. Es de anotar que en esta etapa, igualmente pueden ser decretadas y practicadas pruebas de oficio por parte del funcionario de conocimiento.

(...)

De lo hasta aquí expuesto podemos concluir que, el procesado fiscal solamente puede solicitar el decreto de práctica de pruebas en la etapa de investigación y en la etapa de descargos, no obstante, esta solicitud puede ser negada atendiendo la falta de conducencia, pertinencia y necesidad de las mismas para el esclarecimiento y decisión del proceso.»

El investigado fiscal en ejercicio del derecho de defensa como componente del derecho fundamental al debido proceso, puede solicitar el decreto y práctica de las pruebas (cualquiera que sea el medio probatorio) que considere favorables a sus intereses y el operador fiscal está en el deber de pronunciarse sobre su procedencia; en caso de negarlas, el investigado cuenta con los recursos de ley.

Con el acervo probatorio allegado al expediente por el órgano de control fiscal (producto de denuncia y/o de actuación fiscal), las decretadas y practicadas de oficio o a solicitud del investigado y/o del garante vinculado, previa su valoración integral, es que el operador fiscal puede llegar a establecer o no la responsabilidad fiscal del investigado.

Entonces, tal como lo establece la jurisprudencia, el derecho a solicitar y controvertir las pruebas, efectiviza el derecho de defensa como componente del debido proceso; por lo cual, al negarse el decreto y práctica de pruebas solicitadas siendo ellas procedentes, conducentes y necesarias, conlleva a la violación a este principio y derecho fundamental con consecuencia de una nulidad procesal.

4. Del acceso a la información pública

De conformidad con el artículo 165 del Código General del Proceso en concordancia con el artículo 25 de la Ley 610 de 2000, los documentos y los informes son medios probatorios válidos en el proceso de responsabilidad fiscal.

Teniendo en cuenta su mención a la Ley 1712 de 2014 «Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones», hacemos una breve exposición sobre el acceso a la información pública.

La Constitución Política de Colombia de 1991 establece el derecho fundamental de petición en los siguientes términos:

«Artículo 23. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales.»

La Ley 1437 de 2011 consagra en el Título II de la Primera Parte, la normatividad referente al derecho de petición establecido en la Constitución Política de 1991, Título que fuere sustituido por el artículo

1º de la Ley Estatutaria 1755 de 2015 «Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», estableciendo:

«Artículo 13. Objeto y modalidades del derecho de petición ante autoridades. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución completa y de fondo sobre la misma.

Toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo. Mediante él, entre otras actuaciones, se podrá solicitar: el reconocimiento de un derecho, la intervención de una entidad o funcionario, la resolución de una situación jurídica, la prestación de un servicio, requerir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos.
(...)»

«Artículo 16. Contenido de las peticiones. Toda petición deberá contener, por lo menos:
(...)
3. El objeto de la petición.
4. Las razones en las que fundamenta su petición.
(...)»

«Artículo 31. Falta disciplinaria. La falta de atención a las peticiones y a los términos para resolver, la contravención a las prohibiciones y el desconocimiento de los derechos de las personas de que trata esta Parte Primera del Código, constituirán falta para el servidor público y darán lugar a las sanciones correspondientes de acuerdo con el régimen disciplinario.»

Este derecho fundamental también se encuentra en la mencionada Ley 1712 de 2014, que establece:

«Artículo 4º. Concepto del derecho. En ejercicio del derecho fundamental de acceso a la información, toda persona puede conocer sobre la existencia y acceder a la información pública en posesión o bajo control de los sujetos obligados. El acceso a la información solamente podrá ser restringido excepcionalmente. Las excepciones serán limitadas y proporcionales, deberán estar contempladas en la ley o en la Constitución y ser acordes con los principios de una sociedad democrática.
(...)

Artículo 5º. Ámbito de aplicación. Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las siguientes personas en calidad de sujetos obligados:
(...)
b) Los órganos, organismos y entidades estatales independientes o autónomos y de control.
(...)»

«Artículo 24. Del Derecho de acceso a la información. Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier sujeto obligado, en la forma y condiciones que establece esta ley y la Constitución.»

La Corte Constitucional en múltiples sentencias se ha pronunciado respecto al derecho fundamental de petición, entre las cuales destacamos para el presente concepto la C-951 del 4 de diciembre de 2014:

«En tal sentido, este cuerpo normativo constituye la garantía más simple, pero a la vez más ágil de la que dispone toda persona para que en desarrollo del artículo 23 en concordancia con el artículo 74 de la Carta Política, puedan acudir verbalmente o por escrito ante la administración o ante los particulares para solicitar el reconocimiento de un derecho, la intervención de una entidad o funcionario, la resolución de una situación jurídica, la prestación de un servicio, **el suministro de información, el requerimiento de copias de documentos**, la formulación de consultas, la presentación de quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos.

(...)

De otra parte, el derecho de petición tiene relación con el artículo 209 de la Carta Política, que regula los principios de la función pública, como quiera que las solicitudes de las personas configuran la forma por excelencia, con la cual se inician las actuaciones de las autoridades, las cuales deben ceñirse a tales principios. Es así como, en el procedimiento del derecho de petición, las entidades estatales y particulares deben actuar guiadas por la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad. La Ley 1437 de 2011 reconoció esa obligación al señalar que los principios del artículo 3º, disposiciones que se corresponden con los mandatos de optimización reconocidos por la Constitución, se aplican a la primera parte del Código, apartado en la que se encuentra el derecho de petición. Por esta razón, la Corte ha resaltado el nexo del derecho de petición con la función pública, al advertir que esa garantía implica el “establecimiento de una comunicación efectiva entre la Administración y los Ciudadanos, cuya fluidez y eficacia constituye una exigencia impostergable para los ordenamientos organizados bajo la insignia del Estado Democrático de Derecho”.

(...)

La jurisprudencia constitucional ha precisado que el derecho de petición tiene una doble finalidad. De un lado, permite a los interesados elevar peticiones respetuosas ante las autoridades. De otro lado, garantiza que la respuesta a la solicitud sea oportuna, eficaz, de fondo y congruente con lo solicitado, imponiendo una obligación a cargo de la administración. (...)

No obstante, este derecho fundamental también tiene restricciones dadas desde la misma Constitución:

«Artículo 74. Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley. (...).»

Restricción que ha sido desarrollada por el legislador en la misma Ley 1437 de 2011, así:

«Artículo 24. Informaciones y documentos reservados. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:

1. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales.
2. Las instrucciones en materia diplomática o sobre negociaciones reservadas.
3. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de

vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica.

4. Los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la nación. Estos documentos e informaciones estarán sometidos a reserva por un término de seis (6) meses contados a partir de la realización de la respectiva operación.

5. Los datos referentes a la información financiera y comercial, en los términos de la Ley Estatutaria 1266 de 2008.

6. Los protegidos por el secreto comercial o industrial, así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos.

7. Los amparados por el secreto profesional.

8. Los datos genéticos humanos.

Parágrafo. Para efecto de la solicitud de información de carácter reservado, enunciada en los numerales 3, 5, 6 y 7 solo podrá ser solicitada por el titular de la información, por sus apoderados o por personas autorizadas con facultad expresa para acceder a esa información.

Artículo 25. Rechazo de las peticiones de información por motivo de reserva. Toda decisión que rechace la petición de informaciones o documentos será motivada, **indicará en forma precisa las disposiciones legales que impiden la entrega de información o documentos pertinentes** y deberá notificarse al peticionario. Contra la decisión que rechace la petición de informaciones o documentos por motivos de reserva legal, no procede recurso alguno, salvo lo previsto en el artículo siguiente.

La restricción por reserva legal no se extenderá a otras piezas del respectivo expediente o actuación que no estén cubiertas por ella.

Artículo 26. Insistencia del solicitante en caso de reserva. Si la persona interesada insistiere en su petición de información o de documentos ante la autoridad que invoca la reserva, corresponderá al Tribunal Administrativo con jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos, si se trata de autoridades nacionales, departamentales o del Distrito Capital de Bogotá, o al juez administrativo si se trata de autoridades distritales y municipales decidir en única instancia si se niega o se acepta, total o parcialmente la petición formulada.

(...)

Parágrafo. El recurso de insistencia deberá interponerse por escrito y sustentado en la diligencia de notificación, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella.

Artículo 27. Inaplicabilidad de las excepciones. El carácter reservado de una información o de determinados documentos, no será oponible a las autoridades judiciales, legislativas, ni a las autoridades administrativas que siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de las informaciones y documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo previsto en este artículo» (Resaltamos en negrilla)

La Ley 610 de 2000 establece respecto de la reserva:

Artículo 20. Reserva y expedición de copias. Las actuaciones adelantadas durante la indagación preliminar y el proceso de responsabilidad fiscal son reservadas hasta su culminación. En consecuencia, hasta no terminarse el proceso de responsabilidad fiscal, ningún funcionario podrá suministrar

información, ni expedir copias de piezas procesales, salvo que las solicite autoridad competente para conocer asuntos judiciales, disciplinarios o administrativos.

El incumplimiento de esta obligación constituye falta disciplinaria, la cual será sancionada por la autoridad competente con multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos mensuales.

Los sujetos procesales tendrán derecho a obtener copia de la actuación para su uso exclusivo y el ejercicio de sus derechos, con la obligación de guardar reserva sin necesidad de diligencia especial. (Resaltamos en negrilla)

La Ley 1712 de 2014, igualmente contiene normas sobre reserva, así:

«Artículo 19. Información exceptuada por daño a los intereses públicos. Es toda aquella información pública reservada, cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito en las siguientes circunstancias, **siempre que dicho acceso estuviere expresamente prohibido por una norma legal o constitucional:**

- a) La defensa y seguridad nacional;
- b) La seguridad pública;
- c) Las relaciones internacionales;
- d) La prevención, investigación y persecución de los delitos y las faltas disciplinarias, mientras que no se haga efectiva la medida de aseguramiento o se formule pliego de cargos, según el caso;**
- e) El debido proceso y la igualdad de las partes en los procesos judiciales;
- f) La administración efectiva de la justicia;
- g) Los derechos de la infancia y la adolescencia;
- h) La estabilidad macroeconómica y financiera del país;
- i) La salud pública.

Parágrafo. Se exceptúan también los documentos que contengan las opiniones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos.» (Resaltamos en negrilla)

«Artículo 27. Recursos del solicitante. Cuando la respuesta a la solicitud de información invoque la reserva de seguridad y defensa nacional o relaciones internacionales, el solicitante podrá acudir al recurso de reposición, el cual deberá interponerse por escrito y sustentando en la diligencia de notificación, o dentro de los tres (3) días siguientes a ella.

Negado este recurso corresponderá al Tribunal administrativo con jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos, si se trata de autoridades nacionales, departamentales o del Distrito Capital de Bogotá, o al juez administrativo si se trata de autoridades distritales y municipales, decidir en única instancia si se niega o se acepta, total o parcialmente, la petición formulada.

Artículo 28. Carga de la prueba.

Le corresponde al sujeto obligado aportar las razones y pruebas que fundamenten y evidencien que la información solicitada debe permanecer reservada o confidencial. En particular, el sujeto obligado debe demostrar que la información debe relacionarse con un objetivo legítimo establecido legal o constitucionalmente. Además, deberá establecer si se trata de una excepción contenida en los artículos

18 y 19 de esta ley y si la revelación de la información causaría un daño presente, probable y específico que excede el interés público que representa el acceso a la información.

Artículo 29. Responsabilidad Penal. Todo acto de ocultamiento, destrucción o alteración deliberada total o parcial de información pública, una vez haya sido objeto de una solicitud de información, será sancionado en los términos del artículo 292 del Código Penal.»

Esta Ley 1712 de 2014 fue objeto de reglamentación mediante el Decreto 103 de 2015 «Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1712 de 2014 y se dictan otras disposiciones», el cual se encuentra compilado en el Decreto 1080 de 2015 «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Cultura», del cual traemos la siguiente norma:

«Artículo 2.8.4.4.1. Contenido del acto de respuesta de rechazo o denegación del derecho de acceso a información pública por clasificación o reserva. El acto de respuesta del sujeto obligado que deniegue o rechace una solicitud de acceso a información pública por razón de clasificación o reserva, además de seguir las directrices señaladas en el presente decreto, y en especial lo previsto en el Índice de Información Clasificada y Reservada, deberá contener:

(1) El fundamento constitucional o legal que establece el objetivo legítimo de la clasificación o la reserva, señalando expresamente la norma, artículo, inciso o párrafo que la calificación,

(2) La identificación de la excepción que, dentro de las previstas en los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014, cobija la calificación de información reservada o clasificada;

(3) El tiempo por el que se extiende la clasificación o reserva, contado a partir de la fecha de generación de la información; y,

(4) La determinación del daño presente, probable y específico que causaría la divulgación de la información pública y la relación de las razones y las pruebas, en caso de que existan, que acrediten la amenaza del daño.

En ningún caso procederá el rechazo de una solicitud por razones tales como encubrir violaciones a la ley, ineficiencias o errores de los sujetos obligados, ni para proteger el prestigio de personas, organizaciones o autoridades.

Las solicitudes de información sobre contratación con recursos públicos no podrán ser negadas, excepto que haya sido calificada como clasificada o reservada de acuerdo con las directrices señaladas la ley y en el presente decreto.

(Decreto número 103 de 2015, artículo 33)»

Se tiene entonces que, si bien la información pública por regla general es de libre acceso para todos, hay cierto tipo de información que tiene el carácter de reservado y que por ello sólo es posible su acceso a autoridades en ejercicio de sus funciones, no obstante, esta reserva tiene que estar establecida de manera taxativa por la constitución o por la ley.

La Corte Constitucional en sentencia de tutela T-394 del 24 de septiembre de 2018 respecto al

derecho de petición en los procesos judiciales, dijo:

«5.2. Ahora bien, en lo que respecta al derecho de petición ante autoridades judiciales, esta Corporación ha precisado sus alcances al manifestar que si bien es cierto que el derecho de petición puede ejercerse ante los jueces y en consecuencia estos se encuentran en la obligación de tramitar y responder las solicitudes que se les presenten, también lo es que *“el juez o magistrado que conduce un proceso judicial está sometido -como también las partes y los intervinientes- a las reglas del mismo, fijadas por la ley, lo que significa que las disposiciones legales contempladas para las actuaciones administrativas no son necesariamente las mismas que debe observar el juez cuando le son presentadas peticiones relativas a puntos que habrán de ser resueltos en su oportunidad procesal y con arreglo a las normas propias de cada juicio”*.

En este sentido, la Corte ha sostenido que el alcance del derecho de petición encuentra limitaciones respecto de las peticiones presentadas frente a autoridades judiciales, toda vez que han de diferenciarse los tipos de solicitudes, las cuales pueden ser de dos clases: (i) las referidas a actuaciones estrictamente judiciales, que se encuentran reguladas en el procedimiento respectivo de cada juicio, debiéndose sujetar entonces la decisión a los términos y etapas procesales previstos para tal efecto; y (ii) aquellas peticiones que por ser ajenas al contenido mismo de la litis e impulsos procesales, deben ser atendidas por la autoridad judicial bajo las normas generales del derecho de petición que rigen la administración y, en especial, de la Ley 1755 de 2015.

En este orden, la omisión del funcionario judicial en resolver las peticiones relacionadas a su actividad jurisdiccional según las formas propias del proceso respectivo, configura una violación del debido proceso y del derecho al acceso a la administración de justicia. Por otro lado, la omisión de la autoridad jurisdiccional en resolver las peticiones formuladas en relación con los asuntos administrativos constituye una vulneración al derecho de petición.» (Cursiva propia del texto)

La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia de tutela del 22 de junio de 2012 dentro de la Radicación 13001-23-31-000-2012-00167-01(AC), dijo:

«En este sentido, resulta indudable que el derecho de petición es improcedente en el trámite de los procesos judiciales sujetos a una reglamentación especial, toda vez que las solicitudes deben presentarse y ser resueltas en los términos que la ley señale para el efecto.

Así, si la petición está relacionada con actuaciones administrativas del juez el trámite estará regulado por las disposiciones del Código Contencioso Administrativo; y si está relacionada con actuaciones judiciales estará sometida a las reglas propias del proceso en que se tramita. Lo anterior, por cuanto el juez o Magistrado, las partes y los intervinientes y las peticiones que se realizan en el trámite de un proceso judicial y con el fin de impulsar una actuación de la misma naturaleza deben ajustarse, de conformidad con el artículo 29 constitucional, a las reglas propias del juicio.»

5. Conclusiones

De conformidad con la normatividad, jurisprudencia y conceptualización anotada anteriormente, la AGR ratifica lo contenido en los conceptos relacionados y concluye adicionalmente lo siguiente:



- i) El hallazgo fiscal contiene el hecho o hechos encontrados como resultado del control fiscal (auditoría o actuación fiscal) que comporta la existencia de un daño al patrimonio al estado y que es la base, junto con los respectivos soportes o evidencias (pruebas) para el inicio del proceso de responsabilidad fiscal.
- ii) Para la apertura del proceso de responsabilidad fiscal es necesario por lo menos tener establecida la existencia del daño e indicios sobre el o los posibles autores, lo cual debe estar soportado con las respectivas pruebas, las cuales pueden ser objeto de controversia por el investigado una vez notificado el auto de apertura.
- iii) El proceso de responsabilidad fiscal se desarrolla bajo los principios de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la CP y en el art. 3º del CPACA, así como con la observancia del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la CP.
- iv) En el proceso de responsabilidad fiscal es de fundamental observancia el respeto por el derecho de defensa como componente del derecho fundamental al debido proceso, por ello cobra especial relevancia la garantía del derecho a controvertir y solicitar pruebas por parte del investigado y a que el operador fiscal se pronuncie sobre las mismas.
- v) Si bien dentro de los medios probatorios procedentes en el proceso de responsabilidad fiscal se encuentran los documentos e informes, por disposición constitucional y legal hay información pública que tiene el carácter de reservada, por lo que corresponde al operador fiscal verificar si la prueba solicitada (información o documento) tiene esa característica de reservada constitucional o legal y de acuerdo a su necesidad, pertinencia y/o conducencia es posible decretarla y practicarla, sólo como elemento probatorio necesario en el trámite procesal.
- vi) En caso de ser negado el decreto y práctica de pruebas solicitadas por el investigado y/o por el garante, de manera total o parcial, el solicitante cuenta con los recursos de ley dentro del proceso y de manera eventual, con la acción de tutela en los términos de la jurisprudencia relacionada.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas, anotando que el presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 «Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», con carácter orientador tal como lo determina la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Consejo de Estado en Auto del 19 de mayo de 2016 dentro del expediente radicado 20392 - 25000-23-37-000-2012-00320-01:


«(...) el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta

que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes de información sobre las materias que tiene a cargo. **Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que puede afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir algún efecto jurídico general y abstracto. De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen a cargo no comprometen su responsabilidad ‘ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución’»** (Negrilla fuera de texto)

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto pueden ser consultarlos en el siguiente enlace: <http://www.auditoria.gov.co/web/guest/auditoria/normatividad/conceptos-juridicos>


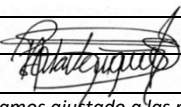
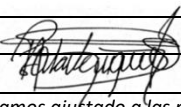
Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Calle 26 Nro. 69-76 Piso 17, Edificio Elemento, Torre 4 de Bogotá o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y fljimenez@auditoria.gov.co. Si para usted resulta más cómodo, también puede diligenciarla de manera virtual a través de nuestra página web www.auditoria.gov.co ingresando por el botón *SIA*, seleccionar la opción *SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO*, luego, seleccionar el botón *Encuesta de Satisfacción* e ingrese los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña 2977752d. También puede consultar su solicitud en el botón *Consultar Solicitud* ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Atentamente,



PABLO ANDRÉS OLARTE HUGUET
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Fabio Luis Jiménez Castro		08/03/2023
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		08/03/2023
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		08/03/2023

Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma.