

INCIDENCIA ACTUAL DEL CONTROL FISCAL EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO¹

HAVER GONZALEZ BARRERO²

RESUMEN

La realidad actual de Colombia deja en evidencia que el Gobierno se encuentra “estancado” en la lucha contra de la corrupción (delitos contra la administración pública), sin embargo, es pertinente resaltar que en el presente año con la expedición del Decreto con Fuerza de Ley 403 de 2020, se le ha facultado a la Contraloría General de la República y a sus delegadas territoriales para realizar un control previo, preventivo y concomitante a las actuaciones de empleados públicos y particulares que usen recursos y/o bienes estatales, con el fin de que el menoscabo al patrimonio estatal se vea disminuido, pues dicha facultad permitirá que la contraloría intervenga en los contratos estatales antes de que ellos finalicen, esto es durante su ejecución, con lo cual se disminuirán las afectaciones al erario, así como se podrá poner un alto a conductas corruptas que se estén presentando en la ejecución de dichos contratos.

Es por lo anterior, que en el presente Artículo se realizó un estudio acerca de las incidencias que trajo consigo este nuevo modelo de control fiscal al proceso penal colombiano, más exactamente en lo que respecta a las conductas constitutivas de delitos contra la administración pública.

Palabras claves: Conducta Punible; Control Fiscal; Concomitante; Corrupción; Preventivo; Previo; Proceso Penal.

¹ Artículo de Revisión Bibliográfica para obtener el título de Especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Católica Luis Amigó. Sede Medellín. Asesores: Juan Esteban Aguirre y Laura Victoria Cárdenas Rojas

² Administrador de empresas. Estudiante de la Especialización en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Católica Luis Amigó.

SUMMARY

The current reality in Colombia makes it clear that the Government is "stagnant" in the fight against corruption (crimes against the public administration), however, it is pertinent to highlight that this year with the issuance of the Decree with Force of Law 403 of 2020, the Office of the Comptroller General of the Republic and its territorial delegates have been empowered to carry out a prior, preventive and concomitant control of the actions of public employees and individuals who use state resources and / or assets, in order to that the impairment to the state patrimony is diminished, since said power will allow the comptroller's office to intervene in state contracts before they end, this is during their execution, with which the effects on the treasury will be reduced, as well as a Stop corrupt behaviors that are occurring in the execution of said contracts.

It is for the foregoing, that in this Article a study was carried out on the incidents that this new model of fiscal control brought to the Colombian criminal process, more precisely with regard to the conduct constituting crimes against the public administration.

Keywords: Punishable Conduct; Fiscal Control; Concomitant; Corruption; Preventive; Previous; Criminal process.

INTRODUCCIÓN

Con la promulgación de la Constitución Política de Colombia de 1991, particularmente haciendo referencia al contenido de su artículo 267, en el país se elimina la concepción del control fiscal como un procedimiento numérico legal, para dar paso a una concepción en la que el control será *"(...) posterior y selectivo (Art. 267 C.P.), fundamentado en la eficiencia, la economía, la eficacia y la valoración de los costos ambientales. Se concibe la Contraloría como una entidad técnica con autonomía presupuestal y administrativa."* (Contraloría General de la República, 1991)

Desde ese momento la Contraloría General de la República, en adelante CGR, y sus delegadas territoriales, tanto las departamentales como las municipales, haciendo uso de su autonomía presupuestal y administrativa han venido implementando mecanismos

con los cuales ejercer su función de vigilancia y control al manejo que realizan tanto empleados públicos como particulares de los recursos del Estado.

Sin embargo, dicho control hasta la expedición y entrada en vigencia del Decreto con fuerza de Ley 403 de 2020, se realizaba tal como se mencionó anteriormente, de manera posterior y selectiva, lo que quiere decir que la intervención realizada por la Contraloría se daba después de que los recursos hubieran sido utilizados, es decir, *“cuando ya se hizo el gasto”* (Barreto, 2018), lo que dificulta a su vez el resarcimiento del daño que se hubiere ocasionado al erario público; es por lo anterior que se considera un hito en la materia el que dentro de las disposiciones del decreto en mención contempla la implementación del control preventivo y concomitante en cabeza de las contralorías, con miras a combatir el fenómeno de la corrupción desde antes de que los recursos en riesgo salgan de la órbita estatal, lo que quiere decir que este deberá realizarse en *“tiempo real y oportuno a través del acceso a la información y el acompañamiento a la gestión fiscal en todas sus etapas o ciclos, de manera presencial o mediante el uso de tecnologías de la información y de las comunicaciones”* (COMUNICADO DE PRENSA No. 45, 2020)

Es por lo anterior y puesto que con el Decreto con fuerza de Ley 403 de 2020 se presenta un nuevo panorama, no solo para el ejercicio del control fiscal, sino que además se presenta una serie de medidas que podrán afectar el cómo se desarrolla actualmente el proceso penal colombiano con respecto a los delitos que se reportan en medio y posterior al ejercicio del control fiscal, es decir delitos contra la administración pública, que se estima pertinente realizar un estudio de la actual problemática, tendiente a responder la siguiente pregunta ¿Cuál es el impacto que genera el Decreto 403 de 2020 de Control Fiscal en el Proceso Penal Colombiano y qué diferencias trae dicho decreto frente a las disposiciones legales anteriores, al desarrollo del Proceso Penal Colombiano?.

El presente artículo pretende, mediante un proceso de revisión bibliográfico sobre el tema central determinar de qué forma inciden las directrices dadas por el Decreto 403 de 2020 con respecto al control fiscal en el proceso penal colombiano, así como identificar los cambios generados por dicho decreto sobre control fiscal en el proceso penal

colombiano, y en un último punto comparar la incidencia del control fiscal en el proceso penal colombiano, antes y después del Decreto 403 de 2020.

Este trabajo se realiza porque existe la necesidad de determinar la incidencia de lo estipulado en el Decreto 403 de 2020 sobre el control fiscal, frente al proceso penal colombiano, pues es al ser una norma a penas implementada en el año en curso, se presenta como un nuevo reto, no solo para los profesionales que trabajan en el sector del control fiscal, sino también para aquellos que desde lo penal evalúan las conductas punibles contra la administración públicas, las cuales en muchas ocasiones se reportan después de terminado el proceso respectivo de control fiscal realizado por la Contraloría General de la República y sus entes territoriales.

El presente documento pretende esclarecer dicha incidencia y los cambios que traería consigo al desarrollo del proceso penal, a través del uso de una metodología con enfoques cualitativos y analíticos, por cuanto se recolectará información sobre el tema en cuestión, con el fin de establecer definiciones concretas y asociarlas al tema investigado, para así contar con las herramientas que permitan realizar un breve comparativo entre cómo era el proceso penal previo a la promulgación del decreto y que tanto cambia con respecto a la legislación actual, brindando así una herramienta para el estudio de la materia en el marco de lo establecido en el decreto en estudio.

Directrices dadas por el Decreto 403 de 2020 con respecto al Control Fiscal y su incidencia en el Proceso Penal Colombiano

Antes de abordar el estudio del Decreto con fuerza de Ley 403 de 2020, es necesario realizar un breve acercamiento al concepto de control fiscal que regía previo a su entrada vigencia, debido a que esto permitirá una mejor comprensión de los cambios que trajo consigo el ya mencionado decreto.

Así pues, es menester tener presente que el Control Fiscal fue definido en el artículo 267 de la Constitución Política de Colombia, en el cual se señala que esta será una función pública, encargada de vigilar a todas aquellas entidades y particulares que manejen fondos o bienes del Estado, con el fin de velar porque no se defraude al erario público (Constitución Política de Colombia, 1991), en otras palabras, puede decirse que

el control fiscal debe entenderse como *“la vigilancia y seguimiento que se hace a la manera como los servidores públicos y particulares, que administran recursos del Estado, realizan la gestión fiscal”* (Maldonado Narváez, 2014)

Según el precitado artículo, la Contraloría General de la República, y sus delegadas territoriales, es decir las Contralorías Departamentales y Municipales, son los entes encargados de ejercer la función pública de vigilancia y control fiscal, ejercicio que incluye realizar un control de gestión, de resultados y financiero; así mismo dicho control se ejerce de manera posterior y selectiva, y solo de forma excepcional será ejercido de forma concomitante y preventivo, servirá para advertir al gestor fiscal sobre la realización de una investigación futura si continúa su gestión de forma que afecte los bienes y fondos del Estado. (Constitución Política de Colombia, 1991)

De este modo, la naturaleza jurídica de la Contraloría General de la República radica en que *“no hacen parte de la rama administrativa, ni ejercen funciones de gobierno o de ejecución administrativa, salvo aquellas estrictamente referidas a su organización interna, puesto que su tarea constitucional es esencialmente de control”* (Sentencia C-189, 1998).

Conforme a lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-529 de 1993, la vigilancia y control ejercido por la Contraloría General de la República y sus delegadas territoriales, tiene como fin

(...) establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión fiscal se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contador General, los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades que administran recursos públicos (...) (Sentencia C-529, 1993)

Desde dicha perspectiva, las facultades otorgadas a la Contraloría General de la República para el ejercicio del control y la vigilancia de los recursos públicos se constituyen en herramientas oportunas para *“(...) el cabal cumplimiento de los objetivos constitucionalmente previstos para las finanzas del Estado.”* (Sentencia C-132, 1993), para lo cual se deberán realizar actividades tendientes a intervenir e inspeccionar *“(...) la administración y manejo de los bienes y fondos públicos, en las distintas etapas de*

recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición (...)” (Sentencia C - 499, 1998) de los mismos, con lo cual se podrán identificar aquellos casos en los cuales se presente un presunto menoscabo al erario público por no haberse realizado las mismas en apego a las normas que las regulan.

Las características del Control Fiscal ejercido por la Contraloría General de la República se pueden encontrar en la Sentencia C-557/09 en los siguientes términos:

(...) Características y alcance del control fiscal: Ahora bien, respecto de las características específicas del control fiscal, de conformidad con lo establecido por el artículo 267 Superior, la Sala encuentra que el control fiscal (i) constituye una función autónoma ejercida por la Contraloría General de la República, (ii) se ejerce en forma posterior y selectiva; (iii) sigue los procedimientos, sistemas y principios definidos por el Legislador; (iv) constituye un modelo integral de control que incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, para cuya efectividad se utilizan mecanismos auxiliares como la revisión de cuentas y la evaluación del control interno de las entidades sujetas a la vigilancia; (v) se ejerce en los distintos niveles de administración nacional centralizada y en la descentralizada territorialmente y por servicios, (vi) cubre todos los sectores y etapas y actividades en los cuales se manejan bienes o recursos oficiales, sin que importe la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada, que realiza la función o tarea sobre el cual recae aquel, ni su régimen jurídico; y (vii) debe estar orientado por los principios de eficiencia, economía, equidad y la valoración de los costos ambientales.(...) (Sentencia C-557/09, 2009)

Para una mejor comprensión de lo que es el Control Fiscal es importante realizar un acercamiento conceptual a las características de (i) función autónoma y (ii) carácter posterior y selectivo, por tanto se abordarán de manera concisa con precisiones realizadas por la Corte Constitucional.

(i) Función Autónoma. Está característica encuentra su fundamento en el inciso final del artículo 267 Constitucional, en el cual se lee *“La Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal”* (Constitución Política de Colombia, 1991), y se desarrolla en el artículo 66 de la Ley 42 de 1993 en los siguientes términos

ARTÍCULO 66. En desarrollo del artículo 272 de la Constitución Nacional, las asambleas y concejos distritales y municipales deberán dotar a las contralorías de su jurisdicción de autonomía presupuestal, administrativa, y contractual, de tal manera que les permita cumplir con sus funciones como entidades técnicas. (Ley 42, 1993)

En este orden de ideas la Corte Constitucional ha afirmado respecto al principio de autonomía de los entes territoriales que la misma “(...) *comporta la capacidad de los entes territoriales para manejar sus propios asuntos*” (Sentencia C-373, 1997), lo que se traduce en la capacidad de determinar de qué forma funcionar, gestionando sus intereses y recursos y teniendo libertades, reguladas por la ley, para contratar, entre otras facultades. Esta función autónoma en cabeza de la Contraloría General de la República y sus delegadas territoriales tiene como propósito conseguir que “(...) *cada vez mayor y mejor autodeterminación de los habitantes del territorio para la definición y control de los propios intereses y el logro del bienestar general...*” (Sentencia C-004, 1993).

Lo anterior quiere decir que La CGR es un ente de control dotado de autonomía por la Constitución Nacional, lo que le otorga capacidad de decisión respecto a su funcionamiento siempre y cuando el mismo se haga en observancia de la ley, contribuyendo con ello a “*evitar la corrupción administrativa y el accionar de los delincuentes de cuello blanco y dorado, especialistas en defraudar al fisco, apropiándose de los dineros de los contribuyentes.*” (NIGRINIS DE LA HOZ , CAMPO GUERRERO , & RODRÍGUEZ RAMÍREZ , 2010), siendo esto último uno de los fines principales de la vigilancia y control ejercidos por la CGR.

(ii) Carácter posterior y selectivo. El control posterior y selectivo ejercido por la CGR y sus delegadas territoriales comprende “*un control financiero, de gestión y de resultados, basado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales*” (SENTENCIA C-623 , 1999), el cual está especialmente enfocado a la evaluación de los “*resultados globales de la gestión administrativa*” (Sentencia C-716, 2002) de allí el que deba ser ejercido de manera posterior, es decir, luego de haberse ejecutado los contratos; respecto al carácter selectivo de dicho control, se refiere a que no todas las actuaciones administrativas serán objeto del ejercicio del control fiscal, sino que “*al organismo de control se le concede la potestad de señalar cuáles actos jurídicos, por sus implicaciones o complejidad, deben ser objeto de la inspección financiera, de gestión y resultado.*” (SENTENCIA C-623 , 1999)

Ahora bien, en esta misma línea es importante hacer referencia a lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley 610 de 2000, pues en este se da una definición clara de lo que debe

entenderse por Gestión Fiscal en el marco del ejercicio de las funciones otorgadas por la Constitución Política de 1991 a La Contraloría General de la República y a sus delegadas territoriales, para lo cual dispone:

ARTICULO 3. GESTION FISCAL. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales. (Ley 610, 2000)

En este mismo sentido, es importante tener en cuenta lo dicho respecto a la gestión fiscal por la Corte Constitucional en Sentencia C-716 de 2002

(...) hace referencia a la administración y manejo de los bienes y fondos públicos, en las etapas de recaudo, adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición. La vigilancia de esta busca establecer si las diferentes operaciones, acciones jurídicas, financieras y materiales de la gestión fiscal se cumplieron de conformidad con las normas prescritas, los principios de contabilidad aplicables, los criterios de eficiencia y eficacia y los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen las metas inmediatas de la administración (...) (Sentencia C-716, 2002)

Dicha gestión fiscal en cabeza de la CGR constituye, como ya se mencionó, un pilar fundamental para la lucha contra la corrupción, así como un medio para que la ciudadanía participe activamente del control fiscal a los entes estatales, al permitirles realizar denuncias de presuntos daños al erario por actuaciones de funcionarios públicos o de particulares que manejan recursos o bienes del Estado; al respecto la misma CGR ha sostenido

“La Contraloría ejerce en representación de la comunidad, la vigilancia de la gestión fiscal y la evaluación de los resultados obtenidos por las diferentes entidades del Estado con fundamento en la correcta, eficiente, eficaz y equitativa administración del patrimonio público, de los recursos naturales y del medio ambiente. Esta función es cumplida manteniendo siempre un irrevocable compromiso con la excelencia e inspirado en firmes propósitos morales y éticos”. (Contraloría General de la República, (s.f.).)

Ahora bien, como se ha venido mencionando, previo a la promulgación y entrada en vigencia del Decreto con fuerza de Ley 403 de 2020, por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019, el control fiscal ejercido por la Contraloría General de la República y sus delegadas territoriales, era de carácter posterior y selectivo, es decir, estos entes de control podían verificar las actuaciones realizadas por empleados públicos o particulares que hicieran uso de dineros y/o bienes del Estado, sólo después de que los contratos hayan sido celebrados, por lo que en muchas ocasiones este control resultaba ineficiente para salvaguardar los recursos estatales, debido a que en dicha etapa de la contratación, los dineros públicos ya habían salido de la órbita estatal.

Al Respecto, el Contralor General de la República Carlos Felipe Córdoba, sostuvo en entrevista con el periodista Yamid Amat para el portal web del periódico EL TIEMPO

Un modelo posterior y selectivo. Ese 'posterior' yo lo entiendo más como 'póstumo', porque, además, llegamos 5 años después de que se han ejecutado los recursos públicos. Para que todo el mundo nos entienda, es un control posterior a la ejecución de la obra contratada. Es decir, cuando ya fue finalizado y liquidado el contrato. Esa demora en poder vigilar es lo que nos tiene hoy cruzados de manos, pues no tenemos competencia para mirar un contrato en ejecución.
(Amat, 2019)

Es por lo anterior que el Decreto con fuerza de Ley 403 de 2020, representa un hito en la materia al otorgarle a la Contraloría General de la República la facultad de ejercer control fiscal de manera preventiva y concomitante a aquellas actuaciones (contratos) en los cuales se sospecha que existe un alto riesgo de que se pierdan recursos del Estado, para de esta forma intervenir durante la etapa de ejecución del contrato antes de que las afectaciones posteriores sean mayores y que sea más complicado que se reparen los perjuicios causados al erario público por la malversación de dineros y/o bienes estatales.

Al ser el objeto de estudio el Decreto 403 de 2020, una norma que entró en vigencia en marzo del año en curso, no se encuentran mayores estudios previos sobre el mismo, lo que se puede encontrar al respecto son diferentes artículos de noticias que realizan un breve análisis acerca de los cambios que esta norma traerá al ejercicio del control fiscal, entre ellos se hará mención en el presente apartado a los siguientes:

El control fiscal al servicio de la sociedad, por Atehortúa C., dicho artículo señala:

Aunque son muchas las novedades que se derivan tanto del acto legislativo 04 del 19, como de su reglamentación contenida en el Decreto 403 de 2020, entre las que se resaltan: (i) la unificación de los organismos de control, con una clara dirección y prevalencia de la Contraloría General de la República, sobre las Contralorías territoriales; (ii) la implementación del sistema de control concomitante y preventivo; (iii) el fortalecimiento de las competencias de las contralorías en especial la relativa al ejercicio de funciones de policía judicial; (iv) la inoponibilidad de la reserva frente a los organismos de control en el ejercicio de sus funciones de vigilancia y control, (v) el establecimiento de una modalidad de “principio de oportunidad” en el proceso de responsabilidad, ... y muchas otras, las más relevantes son las que acercan el control a la sociedad, de tal manera que los ciudadanos puedan percibir de manera directa y concreta los beneficios del control. (Ríos, EL MUNDO , 2020)

El control fiscal concomitante y de advertencia, por Gómez I. Abogado administrativista y Doctor en Sociología Jurídica, en dicho artículo se señala:

El desarrollo legislativo del control concomitante establecerá si este se ejerce cuando se aplique el proceso auditor. Con la finalidad de integrar a Colombia a los estándares de los organismos de fiscalización superior, es decir, a la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (Intosai) y a la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores (Olacefs), se recomienda que el proceso auditor dé lugar a una evaluación de la actuación de la administración independiente con la advertencia.

Frente a esta modalidad de control, el tratadista Allan Brewer, en un estudio que se realizó a la contralora Sandra Morelli Rico denominado La atención de desastres y el control fiscal en Colombia (Economía Colombiana N° 331 del 2011), señaló: “... si bien es cierto que en la Constitución, se hace referencia al control previo y selectivo cuando se regula el control fiscal como la función pública de vigilancia de la gestión fiscal atribuida a la Contraloría General de la Republica, por ello no puede interpretarse que el motivo de la reforma constitucional haya tenido por objeto reducir el control fiscal únicamente al control posterior, pues sería contradictorio con el contenido del artículo 267 de la Constitución ...”. (Lee, 2020)

El Decreto 403 de 2020: un renovado Control Fiscal, por Atehortúa C., en dicho artículo se señala:

(...) A su vez, en desarrollo de los nuevos mandatos constitucionales, y dando aplicación al propio Acto Legislativo, el pasado 16 de marzo, el Gobierno Nacional expidió el Decreto con Fuerza de Ley 403 de 2020, que ha permitido hacer realidad los mandatos de la Constitución y que les otorga a las contralorías en general, pero muy especialmente a la Contraloría General de la República, ejercer un nuevo rol institucional y un control más efectivo en beneficio de los ciudadanos.

Son varias las instituciones novedosas en el nuevo régimen del control fiscal, siendo siete de las más importantes las siguientes;

Primero: Se unifica el control fiscal, a través de un sistema único nacional, bajo la dirección y rectoría de la Contraloría General de la República, que mantiene y consolida su competencia para: Dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial; y dirigir e implementar, con apoyo de la Auditoría General de la República, el Sistema Nacional de Control Fiscal, para la unificación y estandarización de la vigilancia y control de la gestión fiscal.

Segundo: Se limitan las competencias de las contralorías territoriales, pues en adelante todas ellas se ejercerán de manera concurrente con la Contraloría General de la República, que no solo puede ejercer su competencias preferente y prevalente, sino que además podrá intervenir funcional y administrativamente a todas las contralorías territoriales, en diferentes eventos previstos en la Ley.

Tercero: La Contraloría General de la República podrá ejercer una modalidad especial de control que es el concomitante y preventivo, lo que le permite actuar en forma inmediata frente a las actividades que desarrolla la administración y en algunos casos, no solo ingresar a los sistemas de información y bases de datos de las mismas, sino además, hacer un seguimiento permanente del recurso público, articular el ejercicio de sus funciones con los controles interno y social y realizar actividades de acompañamiento en las instancias de asesoría, coordinación, planeación y decisión.

Cuarto. Como efecto del control concomitante y preventivo, que es excepcional, no vinculante y no implica coadministración, la Contraloría General de la República podrá advertir a los servidores públicos y particulares que administren recursos públicos de la existencia de un riesgo inminente en operaciones o procesos en ejecución, con el fin de prevenir la ocurrencia de un daño.

Quinto; Los órganos de control adquieren una nueva competencia sancionatoria que es la “sancionatoria fiscal”, que tiene un alcance mayor del que estaba consagrado en los artículos 99, 100 y 101 de la Ley 42, siendo diferente de las competencias disciplinarias de la Procuraduría y la Personería, en el que además de la imposición de multas podrá llegar hasta la suspensión.

Sexto. Se les asignan a las contralorías competencias constitucionales para ejercer funciones propias de la policía judicial que se requieran tanto en ejercicio de la vigilancia, como del control fiscal en todas sus modalidades.

Séptimo: las actuaciones especiales de fiscalización, que son acciones de control fiscal breves y sumarias, que permiten dar respuestas rápidas frente a hechos o asuntos que llegue al conocimiento de la Contraloría General de la República a través del Sistema de Alertas de Control Interno, o a cualquier órgano de control fiscal por medio de comunicación social o denuncia ciudadana.

A todo lo anterior se suman novedades importantes dentro del proceso de responsabilidad fiscal, como es el beneficio por colaboración, que es una modalidad especial de aplicación del “principio de oportunidad”, que podrá ser aplicado por la Contraloría General de la República.

Así pues, se deja a esta modalidad de control con mecanismos para ejercer en forma más eficiente sus funciones en beneficio de todos los colombianos. (Ríos, EL MUNDO, 2020)

De los precitados artículos se vislumbra que el articulado del decreto objeto de estudio fue ideado con el fin de fortalecer los procesos con los cuales las Contralorías, en especial la Contraloría General de la República, ejercen el control fiscal en aquellas actuaciones en las cuales se ven involucrados recursos del Estado.

Sin lugar a dudas el cambio más sonado que introdujo el Decreto 403 de 2020 al control fiscal ejercido por la CGR fue el referente a la posibilidad de que se realice un control preventivo y concomitante, el cual complementaría el carácter posterior y selectivo del control fiscal vigente desde la Constitución Política de Colombia *“haciendo posible la efectiva vigilancia de la gestión al cumplir su objetivo de realizar el seguimiento al uso de los recursos públicos pero también buscando la protección y defensa del patrimonio del estado”* (Ruano Viveros, (s.f.))

En este punto es necesario traer a colación apartes de la Exposición de Motivos del Proyecto de Acto Legislativo Número 355 de 2019 Cámara, con relación a cómo debe entenderse el carácter concomitante adicionado al control fiscal, frente a ello se precisó

El control concomitante debe entenderse con referencia al “momento” en que puede intervenir el órgano de control fiscal, el cual estará determinado por la identificación de un riesgo o daño inminente sobre el patrimonio público, que se realiza en desarrollo de la vigilancia de la gestión fiscal. Esa circunstancia entonces activa el control, aun cuando se trate de operaciones o procesos en ejecución. (PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 355, 2019)

Así mismo, como complemento del control preventivo y concomitante, se le da la CGR la facultad de advertencia contenida en el artículo 68 del Decreto 403 de 2020

ARTÍCULO 68. DE LA ADVERTENCIA. Es el pronunciamiento, no vinculante, mediante el cual el Contralor General de la República previene a un gestor fiscal sobre la detección de un riesgo inminente de pérdida de recursos públicos y/o afectación negativa de bienes o intereses patrimoniales de naturaleza pública, con el fin de que el gestor fiscal evalúe autónomamente la adopción de las medidas que considere procedentes para ejercer control sobre los hechos así identificados y evitar que el daño se materialice o se extienda.

PARÁGRAFO. De la advertencia se remitirá copia a la oficina de control interno correspondiente para lo de su competencia. (Decreto 403 , 2020)

Dicha función de Advertencia es expuesta por Escalante de la siguiente manera

la función de advertencia señala a los sujetos de control, la realización de ciertas actividades, situaciones o hechos, que ha identificado al interior del sujeto y que podrían llevarlos a generar un daño al patrimonio del Estado, por lo que insta a que se tomen las medidas que cada entidad considere necesarias para mejorar la gestión fiscal y así evitar que se configure un daño al patrimonio público y consecuente responsabilidad fiscal, y concluye que las funciones de advertencia realizadas por la CGR, no son de obligatorio cumplimiento (Escalante Rueda, 2017)

Ello quiere decir que la CGR podrá, en uso de su facultad de control concomitante y preventivo, realizar advertencias a los sujetos objeto de su control cuando evidencie que con su accionar están encaminándose en actos que pueden terminar lesionando el patrimonio estatal, es decir, los instarán a evaluar lo que están haciendo pues, aunque ello no ha consumado daño al erario, podría convertirse en ello en el futuro.

Cambios generados por el Decreto 403 de 2020 en el Proceso Penal Colombiano

En este aparte se hace necesario hacer alusión a lo que es el Procedimiento Penal Colombiano, para lo cual se debe tener en cuenta la definición del mismo

Es el procedimiento de carácter jurídico que se lleva a cabo para que un órgano estatal aplique una ley de tipo penal en un caso específico. Las acciones que se desarrollan en el marco de estos procesos están orientadas a la investigación, la identificación y el eventual castigo de aquellas conductas que están tipificadas como delitos por el código penal. (Pérez Porto & Merino, 2015)

Según lo anterior, el Procedimiento Penal Colombiano se debe entender como el conjunto de actuaciones reguladas por el Código de Procedimiento Penal, encaminadas a la investigación de la presunta comisión de conductas punibles debidamente establecidas como tales en el Código Penal Colombiano, con el fin de esclarecer los hechos que dieron lugar a dicha investigación y de esta forma poder dictar sentencia en la cual se pruebe o no la comisión del delito investigado.

En la actualidad, en Colombia se cuenta con un Sistema Penal Acusatorio, regulado por la Ley 906 de 2004 – Código de Procedimiento Penal – el cual está estructurado fundamentalmente en los principios de contradicción, inmediatez y concentración, con los cuales se busca brindar garantías con respecto a la materialización de los derechos de los ciudadanos, a la vez que se busca materializar la acción penal en cabeza de la Fiscalía General de la Nación. Este sistema tiene como una de sus características principales la oralidad, pues todas las actuaciones dentro del proceso han de realizarse de manera verbal durante las diferentes audiencias, según la etapa del proceso en que se esté.

Según lo dispuesto por el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia, consiste entonces en que *“La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad*

por parte del juez que ejerza las funciones de garantías.” (Constitución Política de Colombia, 1991)

Este procedimiento se lleva a cabo siguiendo las siguientes etapas, con el fin de garantizar el debido proceso a los presuntos responsables de la comisión de un delito.

- Etapa de Indagación: Este momento del proceso se inicia con la creación de la noticia criminal, después de lo cual el investigador de la policía judicial deberá recolectar todas pruebas necesarias, elementos materiales probatorios y evidencia física, que permitan al fiscal la existencia de un hecho que constituye un delito, y los datos de los presuntos responsables del mismo.

- Etapa de Investigación: En esta etapa es donde el fiscal a cargo del caso se encarga de formular la imputación, para lo cual los funcionarios de la policía judicial deberán recolectar todos los elementos necesarios que les permitan fortalecer los elementos materiales probatorios obtenidos en la anterior etapa, así como fortalecer con ellos la teoría del caso que presenta el fiscal ante el juez con el fin de sustentar la formulación de imputación.

- Etapa de Juicio: En esta etapa el juez pasa a realizar el debido juzgamiento a los elementos materiales probatorios, evidencia física, teoría del caso, y demás información aportada por las partes hasta este momento, con el fin de poder determinar la responsabilidad o inocencia del presunto responsable de la comisión del delito investigado.

Como se ha venido diciendo, dentro las directrices emanadas del Decreto 403 de 2020 no cuenta con un apartado que se refiera de forma directa al proceso penal que deba adelantarse contra servidores públicos o particulares que realicen conductas constitutivas de delito, ya sea en la ejecución de un contrato en el cual se usen dineros o bienes públicos, o en aquellos casos en los cuales en el ejercicio de las funciones propias del funcionario público, este por sí mismo o con colaboración de un tercero desvíen recursos públicos y le generen un detrimento patrimonial al erario.

Sin embargo, en con el ejercicio de lectura, estudio e interpretación de la norma se puede interpretar que el Decreto en su artículo 54 respecto a la facultad otorgada a la Contraloría General de la República de realizar un Control Fiscal Concomitante y

Selectivo, así como la función derivada de dicha facultad consistente en advertir a los servidores públicos y particulares que administren recursos públicos acerca de la existencia de un riesgo inminente en las operaciones o ejecuciones contractuales, para de esta forma prevenir que ocurra un daño al patrimonio del Estado, otorgó un mecanismo de prueba adicional para aportar a los procesos penales por comisión de delitos contra la administración pública, pues la base documental que queda de realizar dicho control selectivo y concomitante, a la hora de que en los casos objeto de este tipo de control se configure un delito que la Contraloría deba reportar y dar traslado a la Fiscalía General de la Nación para lo de su competencia, servirá como prueba documental fidedigna de la comisión del delito, lo que podrá contribuir a que el desarrollo del proceso penal en cuanto a este tipo de delitos se desarrolle de manera más ágil.

Dicho deber de denunciar encuentra su fundamento en el Artículo 67 del Código de Procedimiento Penal, el cual reza

Toda persona debe denunciar a la autoridad los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio.

El servidor público que conozca de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento ante la autoridad competente. (Subraya fuera de texto) (Código de Procedimiento Penal, 2004)

Deber el cual sigue vigente a la fecha y no fue modificado de ninguna forma por el contenido del Decreto 403 de 2020.

De esta forma, cuando se realizan los diferentes procedimientos de control fiscal, procesos de auditorías entre otros, en el desarrollo de los mismos pueden descubrirse sucesos constitutivos de conductas punibles en contra de la Administración Pública, y es en este justo momento en el cual la Contraloría General de la República, o sus Delegadas territoriales según sea el caso, estarán llamadas a reportar estas situaciones a la Fiscalía General de la Nación, dando traslado del material del que tenga conocimiento y soporte dicha situación, para que investiguen el delito en cuestión y se realice el respectivo proceso penal en el que se determine la ocurrencia o no de la conducta punible y su respectiva condena, si hubiere lugar a ella.

Dichas conductas se encuentran en el Título XV del Código Penal, y son las siguientes:

- Artículo 397. Peculado por apropiación.
- Artículo 398. Peculado por uso.
- Artículo 399. Peculado por aplicación oficial diferente.
- Artículo 399-a. Peculado por aplicación oficial diferente frente a recursos de la seguridad social.
- Artículo 400. Peculado culposo.
- Artículo 400a. Peculado culposo frente a recursos de la seguridad social integral.
- Artículo 402. Omisión del agente retenedor o recaudador.
- Artículo 403. Destino de recursos del tesoro para el estímulo o beneficio indebido de explotadores y comerciantes de metales preciosos.
- Artículo 403-a. Fraude de subvenciones.
- Artículo 404. Concusión.
- Artículo 405. Cohecho propio.
- Artículo 406. Cohecho impropio
- Artículo 407. Cohecho por dar u ofrecer.
- Artículo 408. Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.
- Artículo 409. Interés indebido en la celebración de contratos.
- Artículo 410. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales.
- Artículo 410-a. Acuerdos restrictivos de la competencia.
- Artículo 411. Tráfico de influencias de servidor público.
- Artículo 411-a. Tráfico de influencias de particular
- Artículo 412. Enriquecimiento ilícito
- Artículo 413. Prevaricato por acción.
- Artículo 414. Prevaricato por omisión.
- Artículo 415. Circunstancia de agravación punitiva.
- Artículo 416. Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.

- Artículo 417. Abuso de autoridad por omisión de denuncia.
- Artículo 420. Utilización indebida de información oficial privilegiada.
- Artículo 434a. Omisión de activos o inclusión de pasivos inexistentes.
- Artículo 434b. Defraudación o evasión tributaria. (Código Penal , 2000)

Dichas conductas tienen en común el quebrantamiento del *“correcto ejercicio de la función pública, esto es, su funcionamiento dentro de la legalidad”* (Guías Jurídicas, (s.f.)), en razón de la cual se defrauda *“la confianza de los ciudadanos en el Estado de derecho, pues implica el desprecio de los intereses de los ciudadanos”* (Sentencia C-944, 2012).

En este punto se hace necesario referirse al fenómeno de Corrupción, dentro del cual se encuentran los enunciados delitos, pues en la actualidad Colombia tal como se evidencia en los datos del Índice de Percepción de Corrupción, transparencia internacional, para el año 2019 Colombia fue calificada con 36 puntos de 100, lo que ubica al país en el puesto número 96 entre 183 a nivel global (Cuentas, 2020), en lo que respecta a la presencia y persistencia del fenómeno de la corrupción, lo que deja en evidencia que a pesar de los esfuerzos que se están haciendo por combatir este delito, aun nos falta recorrer un largo camino para bajar los índices de corrupción en el país y que casos como lo son el de “El carrusel de la contratación” en Bogotá, el “Caso Odebrecht”, entre otros, ensombrecen las perspectivas de la lucha contra la corrupción en el país.

Según lo anterior se ha evidenciado un estancamiento en la lucha contra la corrupción respecto al año 2018, año en el cual Colombia obtuvo los mismos puntos y por tanto el mismo posicionamiento, dejando en claro que en la actualidad se hace necesario un mayor y exhaustivo trabajo en esta lucha, la cual debe ser diaria y dotada de la mayor transparencia por parte de aquellas entidades que son las encargadas de vigilar el cumplimiento y desarrollo de las actividades gubernamentales para que no se presenten casos de corrupción al interior de estas.

Respecto al concepto de corrupción, este debe entenderse como el *“uso indebido de servicios públicos para beneficio personal”* (World Bank Global, 2005), y consiste en “el

abuso de posiciones de poder o de confianza, para beneficio particular en detrimento del interés colectivo, realizado a través de ofrecer o solicitar, entregar o recibir, bienes en dinero o en especie, en servicios o beneficios, a cambio de acciones, decisiones u omisiones (Transparencia por Colombia, (s.f.)), situación esta que se presenta tan a menudo en nuestro país que hemos terminado por, de alguna manera, normalizarla.

Como se ha dicho, el fenómeno de corrupción en Colombia parece nunca detenerse, por esta razón el control fiscal realizado por la Contraloría General de la República es un pilar fundamental para la lucha contra este fenómeno, el cual *“socava el imperio de la ley, estrangula el crecimiento económico y perjudica más gravemente a los pobres”* (WOLFENSOHN, 1998), es así como por medio de los procesos de auditorias que realiza la CGR se obtiene información de hallazgos con incidencia penal a los cuales se les da traslado a la Fiscalía General de la Nación, para que sea este ente quien en ejercicio de sus funciones investigue a los implicados y realice el proceso penal con sujeción a los procedimientos legales, para que en este el juez se encargue de determinar la responsabilidad penal o no de los presuntos responsables, y en cada caso imponga las sanciones a que hubiere lugar, siempre en respeto y armonía de los presupuestos legales.

Incidencia del Control Fiscal en el Proceso Penal Colombiano, antes y después de la expedición y entrada en vigencia del Decreto 403 de 2020.

Colombia en octubre del año 2007, se ratificó la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, luego de que se evaluaran los componentes de la misma a la luz de los lineamientos de nuestra Constitución Política, y al comprobar que no se contradecía con estos, se ratifica la convención, y de esta forma se establece la misma como un punto de partida para la persecución de aquellos sujetos que incurran en prácticas corruptas (CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN, 2004), como por ejemplo (i) las diferentes variantes del peculado (artículos 397, 398, 399 y 400 del Código Penal Colombiano); (ii) el cohecho (artículos 405, 406 y 407 ibidem); (iii) la concusión (artículo 404 ibidem); también puede presentarse este fenómeno en delitos derivados de la contratación estatal como lo son (iv) el tráfico de influencias del servidor público y del particular (artículo 411 y 411A

ibidem); (v) la violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (artículo 408 ibidem); (vi) interés indebido en la celebración de contratos (artículo 409 ibidem); entre otros son los actos contra los cuales el Legislador Colombiano ha tenido que encaminar diferentes normas para la lucha efectiva contra la corrupción.

Sobre el tema, la Corte Constitucional al momento de estudiar si el contenido de la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, así como la ley por medio de la cual se aprobaba para incorporarse en el ordenamiento jurídico colombiano precisó

(...) el contenido del instrumento internacional sujeto a estudio es compatible con la Carta Política y, en buena medida, constituye un desarrollo acertado de distintos principios y valores constitucionales, especialmente el adecuado ejercicio de la función administrativa, la protección del patrimonio del Estado y el fortalecimiento de las instancias democráticas de participación ciudadana. (...) (Sentencia C-172 , 2006)

En concordancia con lo anterior, en el año 2011 se creó la Comisión Asesora de Política Criminal del Estado Colombiano, la cual tiene como función principal elaborar estrategias para la lucha contra la corrupción, las cuales deben incluir políticas sociales, educativas, dirigidas a los medios de comunicación, políticas penales dirigidas a establecer medidas de seguridad, penas y sus sustitutas, aplicables en los casos de la comisión de delitos relacionados y/o derivados de la corrupción.

En este mismo año se expidió el Estatuto Anticorrupción, Ley 1474, con la cual se dictaron normas en pro de fortalecer los mecanismos ya existentes para la prevención y persecución de quienes incurran en actos de corrupción, así como también buscó brindar herramientas para vigilar la efectividad del control de la gestión pública. Dentro de este estatuto se incluyeron reformas respecto a la ampliación del término de prescripción penal (Art. 14) cuando el delito sea cometido por funcionarios públicos en pleno ejercicio de sus funciones, por particulares que ejerzan funciones públicas, por agentes retenedores o recaudadores “(...) *el término de prescripción se aumentará en la mitad (...)*” (Ley 1474 , 2011)

Así mismo, en el articulado de este estatuto se incluyen una serie de medidas con las cuales se busca fortalecer el control fiscal ejercido por la CGR y sus delegadas territoriales en la lucha contra la corrupción, incluyendo modificaciones al Proceso de Responsabilidad Fiscal, creando en su artículo 97 el Proceso Verbal de Responsabilidad Fiscal, el cual para ser iniciado requiere de la existencia de *“certeza, es decir, exista prueba de la responsabilidad del gestor fiscal y la existencia del daño patrimonial al Estado”* (OSORIO, 2020), con lo cual el funcionario competente podrá dar inicio al proceso con la expedición de un auto de apertura e imputación de responsabilidad fiscal.

El Proceso Verbal de Responsabilidad Fiscal surge como medida para dar cumplimiento al principio constitucional de eficacia, entendido este último *“como la obtención de resultados oportunos y que los mismos guarden relación con los objetivos y metas programadas”* (Preguntas Frecuentes, s.f.).

Estas disposiciones legales se traen a colación con el fin de mostrar que el ejercicio del control fiscal ejercido por la CGR y la persecución penal en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, desde siempre han estado íntimamente relacionados, pues como ya se mencionó, la ocurrencia de los delitos contra la administración pública pueden ser investigados en razón a la interposición de una denuncia, así como pueden ser puestos en conocimiento de la fiscalía por medio del traslado de un hallazgo con incidencia penal descubierto por la contraloría en ejercicio de sus funciones de vigilancia y control.

En Colombia los delitos contra la administración pública han alcanzado cifras alarmantes, siendo muestra de ello que, en medio de la emergencia sanitaria suscitada a nivel mundial, ha indicado la Procuraduría General de la Nación que *“desde que comenzó la emergencia sanitaria en marzo van 837 registros con inicio de actuación disciplinaria, que comprenden 417 alcaldías, 26 gobernaciones y 32 concejos municipales”* (Ávila, 2020), lo que pone en evidencia que en medio de lo que está pasando es indispensable el trabajo en conjunto de los entes de vigilancia y control, así como de la Fiscalía General de la Nación para luchar en conjunto contra este fenómeno que en estos momentos en razón a la contratación con celeridad realizada con el fin de mitigar el impacto del Covid-19 y dada *“la falta de una supervisión adecuada expone a*

los Gobiernos a una serie de riesgos de corrupción que pueden poner en peligro la eficacia de sus respuestas” (Saade & Young, 2020)

En este aspecto, previo a la promulgación y entrada en vigencia del Decreto 403 de 2020, el control fiscal era ejercido por la CGR y sus delegadas territoriales únicamente de manera posterior y selectiva, especialmente con enfoque a los resultados obtenidos en la administración de los recursos públicos, para lo cual se evalúa la gestión fiscal que *“como elemento determinante de la responsabilidad fiscal, se cumple siempre y cuando el particular, maneje o administre fondos o bienes del Estado que le hayan sido asignados o confiados”* (Radicación número 05001-23-31-000-2004-01667-01 , 2015), esto en el caso de los particulares que ejercen de manera transitoria funciones públicas o que en ocasión a un contrato le sean asignados recursos del Estado para que los administre y/o ejecute; en el caso de los funcionarios públicos como gestores fiscales *“la responsabilidad fiscal únicamente se puede pregonar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado puestos a su disposición”* (Sentencia C-840, 2001)

Ahora bien, referente al ejercicio de la persecución penal en delitos contra la administración pública, la Corte Constitucional ha sostenido que *“el Estado está obligado a investigar y sancionar cualquier comportamiento que haya sido tipificado como delito, de forma tal que el ejercicio de la acción penal es indisponible y obligatorio”* (Sentencia C-673, 2005), en concordancia con ello y al artículo 67 del Código de Procedimiento Penal, el cual trata acerca del deber de denunciar, el cual se entiende como el *“obrar conforme al principio de solidaridad y de colaboración con la administración de justicia, y consiste en notificar a las autoridades cualquier hecho delictivo del que se tenga conocimiento”* (Heredia, 2019), en este sentido el deber de denunciar *“comporta, además, una carga pública general para todas las personas que han tenido conocimiento de su ocurrencia, que resulta razonable y proporcionada con la finalidad que el mismo persigue”* (Sentencia C-067, 1996).

Conforme a lo anterior, se puede decir que el deber de denunciar recae no solo en los particulares que tengan conocimiento de la comisión de un delito, sino además a los

servidores públicos quienes tienen el deber de trasladar dicho conocimiento a la autoridad competente, y es justamente allí donde nace la colaboración entre entes de vigilancia y control como la CGR y la Fiscalía, pues cuando se conocen hechos presuntamente constitutivos de delitos en medio del ejercicio del control fiscal, en la Contraloría General de la República recae el deber de denunciar o dicho de otro modo, dar traslado de dichos hallazgos para que la Fiscalía los investigue y se impongan las sanciones a que haya lugar.

Como se ha venido diciendo a lo largo del presente escrito, el cambio más significativo en el ejercicio del control fiscal que se ha generado a raíz de las disposiciones del Decreto 403 de 2020, es el contenido en su artículo 54, el cual reza

El control fiscal concomitante y preventivo es excepcional, no vinculante, no implica coadministración y corresponde a la potestad de la Contraloría General de la República formular advertencia a los sujetos vigilados y de control cuando sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público en hechos u operaciones, actos, contratos, programas, proyectos o procesos en ejecución, en los que se involucren recursos públicos y/o se afecten bienes o intereses patrimoniales de naturaleza pública, a fin de que el gestor fiscal evalúe autónomamente la adopción de las medidas que considere procedentes.

El ejercicio y la coordinación del control concomitante y preventivo corresponde exclusivamente al Contralor General de la República. (Subraya fuera de texto) (Decreto 403 , 2020)

Dicha facultad ha generado un sinnúmero de reacciones en la opinión pública, sin embargo, la posición que más se comparte es

se busca fortalecer la función de prevención de daños al patrimonio público y no solo su identificación y resarcimiento posteriores; razón por la cual, uno de los pilares del nuevo modelo de control fiscal será precisamente la actuación oportuna de la Contraloría General de la República, haciendo el seguimiento a las fuentes y al uso del recurso público en tiempo real, sobre operaciones financieras o presupuestales que generen un riesgo para el patrimonio del Estado. (Ospina Sánchez, 2020)

La misma que va en armonía con lo dicho al respecto por la Corte Constitucional en Sentencia C-198/20

el control preventivo y concomitante no implica coadministración, sino que, además, precisa que no se trata de una evaluación de la conveniencia de las decisiones de los gestores fiscales. Al

hacerse en tiempo real, a partir del seguimiento de variables relevantes para establecer riesgos, con el uso de tecnologías de la información y con participación activa del control social y de manera articulada con el control interno, el control preventivo y concomitante se centra en identificar la existencia de riesgos inminentes y, cuando así lo constata, se concreta en una advertencia no vinculante al gestor fiscal. (Subraya fuera de texto) (Sentencia C-198/20, 2020)

En este pronunciamiento de la Corte Constitucional se aclara una vez más que la finalidad que tiene la facultad otorgada a la Contraloría General de la República de ejercer un control fiscal concomitante y preventivo, tiene como finalidad la identificación de riesgos, es decir, de actuaciones que puedan representar a futuro un potencial daño al erario, lo cual es el fin mismo de la Contraloría, pues es el ente encargado de velar porque el detrimento generado al Estado sean resarcidos por quienes los generaron.

De modo tal que no se estaría frente al fenómeno de la coadministración, pues la CGR podrá revisar aquellas actuaciones que representen un potencial peligro para el erario, y en caso de hallar inconsistencias podrá emitir una advertencia a la entidad correspondiente, sin que dicha advertencia tenga carácter vinculante, así que en cabeza de la entidad en cuestión quedará el deber de revisar y tomar medidas para que dicho peligro desaparezca.

Conclusiones

La relación histórica entre la Contraloría General de la República y la Fiscalía General de la Nación ha demostrado que la acción conjunta de estos entes, así como también la que realizan con la Procuraduría, son pilares en la lucha contra la corrupción, problemática que no le da tregua al país y que en tiempos de pandemia como los que estamos pasando, parece afectar aun más a nuestra sociedad, poniendo en una situación de riesgo inminente a los más vulnerables, motivo por el cual el trabajo en conjunto de estos entes se debe reforzar para combatir de manera efectiva dicha problemática.

Es por ello que aunque el Decreto objeto de estudio del presente artículo, en sus disposiciones no haga referencia expresa a el procedimiento penal, con los cambios generados a raíz del mismo en el control fiscal, se podrá ejercer un control más efectivo, con el cual se podrá poner en evidencia más efectivamente los hechos constitutivos de

delitos que se estén llevando a cabo al interior de las entidades estatales, de modo tal que a la justicia no le tomará tanto tiempo investigar dichos hechos e imponer las sanciones a que hubiere lugar.

A modo de conclusión y reiterando lo hasta aquí expuesto, después de analizado y estudiado el contenido del Decreto 403 de 2020 con relación a los cambios que su articulado trajo al proceso penal colombiano respecto a los delitos contra la administración pública, se concluye que si bien este decreto representa una nueva era para el Control Fiscal, este en sus disposiciones no se refiere a las conductas constitutivas de delitos que puedan evidenciarse durante el ejercicio del control fiscal, pues sus disposiciones van más enfocadas al fortalecimiento de las Contralorías como Entes de Control Fiscal, teniendo un especial énfasis en el fortalecimiento de las competencias de las contralorías en el ejercicio de sus funciones de policía judicial.

Referencias

Sentencia C-172 , C-172 (Corte Constitucional. 8 de Marzo de 2006).

Amat, Y. (25 de Agosto de 2019). *EL TIEMPO*. Obtenido de EL TIEMPO:

<https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/contralor-carlos-felipe-cordoba-la-contraloria-no-funciona-es-ineficiente-y-obsoleta-404536>

Ávila, R. (4 de Octubre de 2020). *Portafolio*. Obtenido de Portafolio:

<https://www.portafolio.co/economia/la-corrupcion-en-colombia-un-mal-mas-grave-que-el-coronavirus-545299>

Barreto, L. (3 de Septiembre de 2018). *Razón Publica* . Obtenido de Razón Publica :

<https://razonpublica.com/corrupcion-por-que-en-colombia-no-funcionan-los-sistemas-de-control-fiscal/>

Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004 (RAMA LEGISLATIVA 01 de Septiembre de 2004).

Código Penal , LEY 599 DE 2000 (CONGRESO DE COLOMBIA 24 de Julio de 2000).

COMUNICADO DE PRENSA No. 45. (24 de Marzo de 2020). *Cintraloría General de la República*. Obtenido

de Cintraloría General de la República: https://www.contraloria.gov.co/contraloria/sala-de-prensa/boletines-de-prensa/boletines-de-prensa-2020/-/asset_publisher/9IOzepbPkrRW/content/aplicando-el-control-concomitante-y-preventivo-contraloria-empezo-a-vigilar-en-tiempo-real-medidas-de-emergencia-

Constitución Política de Colombia (Asamblea Nacional Constituyente (1991). 1991).

Contraloría General de la República. ((s.f.)). *Guía para el control participativo ciudadano*.

- Contraloría General de la República. (1991). *Contraloría General de la República*. Obtenido de Contraloría General de la República: <https://www.contraloria.gov.co/contraloria/la-entidad/historia-y-contralores>
- CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN (NACIONES UNIDAS 2004).
- Cuentas, R. (2020). *Rendir Cuentas*. Obtenido de Rendir Cuentas: <http://www.rendircuentas.org/indice-percepcion-la-corrupcion-2019/>
- Decreto 403 , Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal. (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO 16 de Marzo de 2020).
- Escalante Rueda, M. I. (2017). *Modelo de gestión para el control fiscal: Paradigmas de eficacia ante la corrupción en el Estado colombiano*. Sevilla: UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE.
- Guías Jurídicas. ((s.f.)). *Guías Jurídicas Wolters Kluwer*. Obtenido de Guías Jurídicas Wolters Kluwer: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmjl3NztbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAtHyeqjUAAAA=WKE
- Heredia, D. A. (20 de Agosto de 2019). *Mauricio Pava L. Abogados. Derecho Punitivo & Riesgos Corporativos*. Obtenido de Mauricio Pava L. Abogados. Derecho Punitivo & Riesgos Corporativos: <https://mpapenalcorporativo.com/2019/08/20/el-deber-de-denunciar-su-fundamento-y-limites-observados-desde-una-perspectiva-empresarial/#:~:text=El%20deber%20de%20denunciar%2C%20desde,del%20que%20se%20tenga%20conocimiento.>
- Lee, I. D. (20 de Marzo de 2020). *Ámbito Jurídico*. Obtenido de Ámbito Jurídico: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/administrativo-y-contratacion/el-control-fiscal-concomitante-y-de-advertencia>
- Ley 1474 (CONGRESO DE LA REPÚBLICA 12 de julio de 2011).
- Ley 42, 1993 (CONGRESO DE COLOMBIA 27 de Enero de 1993).
- Ley 610, 610 de 2000 (Congreso de Colombia 15 de Agosto de 2000).
- Maldonado Narváez, M. I. (2014). El control fiscal y su ajuste dentro del Estado Social de Derecho. *FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS*, 129-152.
- NIGRINIS DE LA HOZ , J. L., CAMPO GUERRERO , C. M., & RODRÍGUEZ RAMÍREZ , F. (2010). *AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA DEL CONTROL FISCAL EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991* . BOGOTÁ, D.C.: UNIVERSIDAD LIBRE .
- OSORIO, H. V. (2020). *EVOLUCIÓN JURÍDICA DEL CONTROL FISCAL Y DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL EN COLOMBIA 1991 – 2020*. Villavicencio: Universidad Cooperativa de Colombia.
- Ospina Sánchez, S. (11 de Mayo de 2020). *Sucesores Federico Estrada Velez*. Obtenido de Sucesores Federico Estrada Velez: <https://sucesoresfedericoestradevelez.com/el-control-fiscal-concomitante-y-preventivo-en-el-acto-legislativo-04-de-2019-y-en-el-decreto-ley-403-de-2020/>

Pérez Porto, J., & Merino, M. (2015). *Definicion.de*. Obtenido de Definicion.de:
<https://definicion.de/proceso-penal/>

Preguntas Frecuentes. (s.f.). *Contraloría Departamental de Casanare*. Obtenido de Contraloría Departamental de Casanare: <https://www.contraloriacasanare.gov.co/es/preguntas-frecuentes/que-son-los-principios-de-la-gestion-fiscal>

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 355, 355 (2019).

Radicación número 05001-23-31-000-2004-01667-01 , 05001-23-31-000-2004-01667-01 (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo 12 de Noviembre de 2015).

Ríos, C. A. (17 de Abril de 2020). *EL MUNDO*. Obtenido de EL MUNDO:
<https://www.elmundo.com/noticia/El-Decreto-403-de-2020un-renovado-Control-Fiscal/379474>

Ríos, C. A. (20 de Marzo de 2020). *EL MUNDO* . Obtenido de EL MUNDO :
<https://www.elmundo.com/noticia/-El-control-fiscal-al-servicio-de-la-sociedad/379112>

Ruano Viveros, M. C. ((s.f.)). *Una vista al Proyecto de Acto Legislativo por medio del cual se reforma el Régimen de Control Fiscal*. Bogotá: Universidad Santo Tomás .

Saade, L., & Young, D. (23 de Septiembre de 2020). *Banco Mundial*. Obtenido de Banco Mundial:
<https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2020/09/23/curbing-corruption-in-the-midst-of-a-pandemic-is-more-important-than-ever-new-report-says>

Sentencia C - 499, C-499 de 1998 (Corte Constitucional 1998).

Sentencia C- 132, C- 132 - 1993. (Corte Constitucional 1993).

Sentencia C-004, C-004 (Corte Constitucional 14 de Enero de 1993).

Sentencia C-067, C-067 (Corte Constitucional 22 de Febrero de 1996).

Sentencia C-189, C-189 (Corte Constitucional 6 de Mayo de 1998).

Sentencia C-198/20, 198-2020 (Corte Constitucional 24 de Junio de 2020).

Sentencia C-373, C-373 (Corte Constitucional 13 de Agosto de 1997).

Sentencia C-529, C-529 (Corte Constitucional 11 de Noviembre de 1993).

Sentencia C-557/09, C-557/09 (Corte Constitucional 2009).

SENTENCIA C-623 , C-623 (Corte Constitucional 25 de Agosto de 1999).

Sentencia C-673, C-673 (Corte Constitucional 30 de Junio de 2005).

Sentencia C-716, C-716 (Corte Constitucional 3 de Septiembre de 2002).

Sentencia C-716, C-716 (Corte Constitucional 3 de Septiembre de 2002).

Sentencia C-840, C-840 (Corte Constitucional 9 de Agosto de 2001).

Sentencia C-944, C-944 (Corte Constitucional 14 de Noviembre de 2012).

Transparencia por Colombia. ((s.f.)). *Transparencia por Colombia*. Obtenido de Transparencia por Colombia: <https://transparenciacolombia.org.co/que-hacemos/justicia-y-sancion/#:~:text=%C2%BFQu%C3%A9%20es%20corrupci%C3%B3n%3F,de%20acciones%2C%20decisiones%20u%20omisiones>.

WOLFENSOHN. (1998). *Estrategia de Principios Básicos contra la Corrupción. Perspectivas Económicas*. USIS.

World Bank Global. (2005). *World Bank Global Issues Seminar Series The Cancer of Corruption*. Washington: THE WORLD BANK.