

**LA COHERENCIA DEL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO EN EL PROCESO
DE RESPONSABILIDAD FISCAL**

ESPERANZA LEGUÍZAMO PLATA

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER,
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO
BUCARAMANGA**

2016

**LA COHERENCIA DEL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO EN EL PROCESO
DE RESPONSABILIDAD FISCAL**

ESPERANZA LEGUÍZAMO PLATA

**Tesis De Grado Presentada Como Requisito Para Optar Al Título De
Magister En Hermenéutica Jurídica Y Derecho**

DIRECTOR

ORLANDO PARDO MARTÍNEZ

Doctor en Derecho

CODIRECTOR DE TESIS

DR. JOSÉ ORLANDO RAMÍREZ RAMÍREZ

Doctor en Derecho

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER,
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO
BUCARAMANGA**

2016

DEDICATORIA

A mi Señor, a quien le debo todas las oportunidades que me ha brindado para superarme y lograr ser el ejemplo a seguir para mis tres hijos.

A mi esposo William, por su comprensión y apoyo, así como a mis hijos: Laura Vanesa, Paula Andrea y David.

A mis padres por motivarme siempre a seguir estudiando y a mis compañeros de Maestría y de trabajo.

A todo el cuerpo docente de la Maestría por el apoyo y ayuda constante para sacar este proyecto adelante y especialmente al Director y Codirector de Tesis por sus importantes aportes.

CONTENIDO

| | pág. |
|--|-------------|
| INTRODUCCIÓN | 9 |
| 1. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO | 12 |
| 1.1 CONCEPCIONES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO A PARTIR DE REGLAS O NORMAS | 12 |
| 1.2 CONCEPCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS | 26 |
| 1.2.1 Funciones de los principios..... | 40 |
| 1.2.2 La Corte Suprema de Justicia y los principios | 44 |
| 1.2.3 Una Cuestión Constitucional..... | 47 |
| 2. LAS ANTINOMIAS EN EL SISTEMA JURÍDICO | 52 |
| 3. EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL EN LA LEY 610 DE 2000 Y LA LEY 1474 DE 2011 | 77 |
| 3.1 EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD | 80 |
| 3.2 APERTURA DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL ORDINARIO..... | 80 |
| 3.3 DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL VERBAL Y SU ADECUACIÓN | 91 |
| 4. CONCLUSIONES | 105 |
| BIBLIOGRÁFICAS | 117 |

RESUMEN

TITULO: LA COHERENCIA DEL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

AUTOR: ESPERANZA LEGUÍZAMO PLATA*

PALABRAS CLAVES: Ordenamiento Jurídico, Sistema Jurídico, Coherencia del Sistema Jurídico, Antinomias.**

DESCRIPCIÓN

La Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración. De ahí se desprende que es la encargada de efectuar control fiscal y su producto final es el proceso de responsabilidad fiscal.

En estos términos, la Ley 610 de 2000 establece el procedimiento ordinario para los procesos de responsabilidad fiscal. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011 – Estatuto Anticorrupción, se estableció el procedimiento verbal, en aras de agilizar su trámite y combatir efectivamente la corrupción.

Este Estatuto determina las medidas para la eficiencia y eficacia del control fiscal en la lucha contra la corrupción y en su sección primera menciona las modificaciones al proceso de responsabilidad fiscal – procedimiento verbal, es decir, establece un nuevo trámite dentro del proceso de responsabilidad fiscal que anteriormente sólo se llevaba por el trámite ordinario.

El Estatuto en comento trae consigo una serie de aparentes incongruencias entre el procedimiento ordinario y el procedimiento verbal del proceso de responsabilidad fiscal, frente a los recursos que proceden contra el auto que deniega la solicitud de nulidad, el auto que deniega pruebas, y el recurso que procede frente al auto que decreta medidas cautelares, tema de estudio del presente trabajo en aras de establecer si en el sistema jurídico estamos en presencia de antinomias, o si por el contrario se garantiza la coherencia del mismo.

* Proyecto de Grado.

** Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho. Maestría en Hermenéutica y Derecho. Director. Doctor en Derecho Orlando Pardo Martínez

ABSTRACT

TITLE: THE COHERENCE OF THE COLOMBIAN LEGAL SYSTEM IN THE FISCAL RESPONSIBILITY PROCESS*

AUTHOR: ESPERANZA LEGUÍZAMO PLATA**

KEYWORDS: Legal system, Coherence of the Legal System, antinomies

DESCRIPTION

The Office of the Comptroller General of the Republic is in charge of monitoring the fiscal management and control of the results of the administration. It follows that it is in charge of carrying out fiscal control and its final product is the process of fiscal responsibility.

In these terms, Law 610 of 2000 establishes the ordinary procedure for fiscal responsibility processes. However, with the entry into force of Law 1474 of 2011 - Anti-Corruption Statute, the verbal procedure was established, in order to expedite its process and effectively combat corruption.

This Statute determines the measures for the efficiency and effectiveness of fiscal control in the fight against corruption and in its first section mentions the modifications to the process of fiscal responsibility - verbal procedure, that is, establishes a new procedure within the process of fiscal responsibility that Previously only carried through the ordinary procedure.

The Statute in question brings with it a series of apparent inconsistencies between the ordinary procedure and the verbal procedure of the process of fiscal responsibility, against the appeals that proceed against the order refusing the application for nullity, the order refusing evidence, and the appeal That proceeds in the face of the order that orders precautionary measures, subject of study of the present work in order to establish if in the legal system we are in the presence of antinomies, or if on the contrary the coherence of the same is guaranteed.

* Project of Grade.

** Faculty of Human Sciences. Law School. Master in Hermeneutics and Law. Director. Doctor of Law Orlando Pardo Martínez

INTRODUCCIÓN

El artículo 119 de la Constitución Política de 1991, establece que *La Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración*. De ahí se desprende que ésta entidad es la encargada de efectuar control posterior y selectivo en las entidades del orden nacional.

El cometido central del Ente de Control es verificar el correcto cumplimiento de los deberes asignados a los servidores públicos y a las personas de derecho privado que manejan o administran recursos o fondos públicos, en el ejercicio de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, 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.

Esta labor la ejerce a través del Plan General de Auditoría – PGA, dentro del cual programa y realiza auditoría a las entidades de conformidad con la competencia asignada en el artículo 267 superior.

Ahora bien, como se establecerá en el desarrollo de la investigación, 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.

En estos términos, la Ley 610 de 2000 establece el procedimiento ordinario para

los procesos de responsabilidad fiscal. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011 – Estatuto Anticorrupción, se estableció el procedimiento verbal, en aras de agilizar su trámite y combatir efectivamente la corrupción. Este Estatuto, en el capítulo VIII determina las medidas para la eficiencia y eficacia del control fiscal en la lucha contra la corrupción y en su sección primera menciona las modificaciones al proceso de responsabilidad fiscal – procedimiento verbal de responsabilidad fiscal, es decir, esta ley establece un nuevo trámite dentro del proceso de responsabilidad fiscal que anteriormente sólo se llevaba por el trámite ordinario.

La entrada en vigencia del Estatuto en mención, trae consigo una serie de aparentes incongruencias entre el procedimiento ordinario y el procedimiento verbal del proceso de responsabilidad fiscal, frente a los recursos que proceden contra el auto que deniega la solicitud de nulidad, el auto que deniega pruebas, así como el recurso que procede frente al auto que decreta medidas cautelares.

Este tipo de cuestionamientos, constituyen el horizonte a seguir en el desarrollo de la investigación, que jalona el quehacer académico emprendido, con el fin de encontrar una posibilidad racional que dé cuenta de las posibles incoherencias en el proceso de responsabilidad fiscal, tanto ordinario como verbal.

Es así, cómo se presentan tres capítulos y una conclusión, que estructuran metodológicamente toda la investigación, evidenciando una posición frente al problema planteado.

En el capítulo primero se aborda el tema del sistema jurídico, las concepciones de algunos autores, filósofos del derecho, investigadores y académicos, con el fin de establecer los componentes de un Ordenamiento Jurídico y así direccionar una posición frente a lo planteado en precedencia.

Por su parte, en el segundo capítulo, se aborda el tema de las antinomias, en la perspectiva de la concepción de sistema jurídico en el cual no pueden existir normas incompatibles, o mejor que el ordenamiento jurídico constituye un sistema y por lo cual, las antinomias no existen.

Lo anterior se sustenta desde el pensamiento de Bobbio, quien, a la vez, siguiendo las propuestas de Kelsen, entienden ordenamiento jurídico, como un sistema deductivo e inductivo, llegando con ello a la concepción de la *coherencia* en un ordenamiento jurídico, en el cuál no deben existir antinomias.

De otra parte, en el tercer capítulo se aborda el caso del proceso de responsabilidad fiscal frente a la ley 610 de 2000 y la ley 1474 de 2011, con el fin establecer las reglas que integran este sistema, y así tener claridad en relación a las posibles antinomias presentadas en tal proceso.

De ahí la afirmación en el capítulo referenciado de hacer una presentación del proceso de responsabilidad fiscal ordinario y verbal, desde las diferentes normas que lo regulan, con el fin de establecer la naturaleza de cada uno y así determinar las posibles contradicciones que puedan existir en el campo de los recursos contra las diferentes providencias que se expiden en desarrollo de los mismos.

De lo anterior, se establecen una serie de afirmaciones a forma de conclusión, bajo la premisa de que en el proceso de responsabilidad fiscal ordinario o verbal, no existen antinomias, ni contradicciones, pero si la exigencia de hacer una interpretación sistemática del sistema jurídico que las establece a fin de garantizar los derechos fundamentales de los procesados.

1. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

En la literatura iusfilosófica universal, son variados los autores que han dedicado tiempo considerable al asunto que ocupa la presente investigación, el concepto, o la visión del sistema jurídico. A ello, estará dedicado el presente capítulo.

Lo anterior es importante para la presente investigación teniendo en cuenta que el análisis a realizar del problema establecido, gira en torno al sistema jurídico, su concepción y composición, pues así se establecerán pautas que permitan un proceso de interpretación relacionado con el proceso de responsabilidad fiscal, ordinario y verbal.

Teniendo claridad sobre la importancia del tema que se pretende abordar en el presente capítulo, se presentan las siguientes proposiciones en relación con el ordenamiento jurídico.

1.1 CONCEPCIONES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO A PARTIR DE REGLAS O NORMAS

Muchas teorías asocian el concepto de sistema jurídico con el concepto de derecho. Hans Kelsen, al definir el derecho como un “orden normativo coactivo”, no sólo enfatiza en la instauración normativa sino en la eficacia como condiciones de validez del derecho.

Él, a partir de la noción de norma jurídica, como un enunciado condicional de deber ser que establece una sanción coercitiva aplicable por un órgano del Estado, propone la definición de sistema jurídico como un conjunto de normas

jurídicas. No obstante, esta definición no está exenta de problemas porque no todas las normas que integran al sistema jurídico establecen una sanción coactiva. Sin embargo, su planteamiento denota la posición de que lo que determina el carácter “jurídico” de una norma, la cual no se encuentra en la estructura de la misma, sino que viene dado por su pertenencia a un sistema jurídico u orden coactivo.

Al interior del sistema jurídico las normas se encuentran jerarquizadas, lo que indica la existencia de normas inferiores que derivan de otras que le son superiores hasta llegar a la norma fundamental. Esta norma fundamental tiene que ser presupuesta si se quiere interpretar un orden coactivo como orden jurídico. Es más, al servir de clausura o cierre al sistema jurídico, se convierte en el referente de validez de todas las normas jurídicas que lo integran. Así, el sistema jurídico constituye la representación como se estructura y organiza el derecho en el mundo del deber ser.

Hart 1963: 110 en su obra “El concepto de derecho” para responder a la pregunta ¿qué es el derecho? considera el derecho como un sistema de reglas que puede ser identificado recurriendo a la regla de reconocimiento. Parafraseando a Hart, el derecho sólo puede ser correctamente explicado si se tiene en cuenta que la complejidad de los sistemas jurídicos contemporáneos pone de manifiesto la existencia de varios tipos de reglas (normas), no sólo de aquellas que aseguran derechos o imponen (prescriben) obligaciones a los miembros de una comunidad, sino que consagran o estipulan cómo y por obra de quienes se pueden formar, reconocer, modificar o extinguir las normas primarias. De manera que, el derecho alude a sistemas jurídicos integrados por reglas primarias y secundarias.

Es decir, el sistema jurídico se concibe como un conjunto de reglas, que aseguran cierta estabilidad al mismo sistema con el fin de que éste se mantenga y encuentre soluciones a ciertos problemas que en momentos dados puede

presentar.

Pavlovich Jiménez (2009) considera que Alchourrón y Bulygin desarrollan su concepto de derecho como una especie de sistema normativo. Rechazan la pretensión de Kelsen y de otros autores de definir el sistema jurídico a partir de la norma jurídica; o sea el procedimiento de definir primero la norma jurídica, distinguiéndola de otras normas por su contenido o estructura y definir, luego, sistema jurídico como el conjunto de normas jurídicas. Por el contrario, proponen una definición de sistema jurídico con independencia de la noción de norma jurídica y caracterizan a la norma jurídica como toda norma que forma parte de un orden jurídico.

Construyen la definición de sistema jurídico como una modalidad o especie de sistema normativo y, a su vez, definen el sistema normativo teniendo por base la noción de sistema deductivo. Se entiende por sistema deductivo a un conjunto de enunciados que contiene todas sus consecuencias lógicas. De ahí, el concepto de sistema normativo como un sistema deductivo de enunciados entre cuyas consecuencias lógicas hay normas, o sea enunciados que correlacionan casos con soluciones normativas y, finalmente, el de sistema jurídico:

Como un sistema normativo que contiene enunciados que prescriben sanciones, o sea un sistema que contiene como consecuencias normas o soluciones cuyo contenido es un acto coactivo. Estos autores ponen énfasis en que un sistema jurídico puede estar formado por enunciados de diversa índole, además de los enunciados para concebirlo como tal: puede estar integrado por otros enunciados normativos que no prescriben sanciones, por definiciones o postulados de significación, las llamadas “normas derogatorias” (que los autores no consideran enunciados normativos), e incluso enunciados que describen hechos o expresan aspiraciones (...) la

identificación de los enunciados que forman la base de un sistema jurídico (o sea los enunciados primitivos de los cuales se extrae, mediante reglas de inferencia, los demás enunciados del sistema que constituyen sus consecuencias lógicas), requiere de criterios de identificación.¹ (Nino, 1999, p. 57-58).

Esos criterios constituyen una definición de validez, es decir, son de naturaleza conceptual no son normas prescriptivas de competencia, ya que señalan que el enunciado es o no válido para integrar el sistema normativo que es un sistema deductivo de enunciados que contienen consecuencias lógicas.

Para Pavlovich Jiménez (2009), la postura teórica de Alchourrón y Bulygin permiten dar cuenta de la variedad de enunciados jurídicos que integran al sistema jurídico: los enunciados que prescriben sanciones (normas jurídicas propiamente dichas); los enunciados que prohíben, permiten u ordenan conductas pero no establecen sanciones (normas), los enunciados no normativos pero que influyen en los efectos normativos de otros enunciados, como definiciones o postulados de significación; los enunciados que describen hechos o expresan aspiraciones.

De otra parte, Nino (2001, p. 141), concibe el sistema jurídico en los siguientes términos, a saber:

Es un sistema normativo que estipula, entre otras cosas, en qué condiciones el uso de la fuerza está prohibido y permitido y que estatuye órganos centralizados que aplican las normas del sistema a casos particulares (estando generalmente obligados a hacerlo), disponiendo la ejecución de las medidas coactivas que el sistema

¹ NINO, C.S. Introducción al análisis del Derecho. Barcelona: Ariel.2001

autoriza, a través del monopolio de la fuerza estatal.²

En esta definición Carlos Santiago Nino enfatiza en la existencia de aquellas normas de carácter coactivo detrás de las cuales está el poder coercitivo del Estado, como definitorias del carácter jurídico de las mismas dentro del sistema jurídico. No obstante, se observa en Nino una apertura conceptual a lo que es la norma como “razones para actuar”, además de una tipología amplia de la misma en la integración del sistema jurídico.

De otra parte, Bobbio ³(1960, p. 143) establece que el verdadero y primer elemento primordial de la realidad jurídica, es la norma considerada en sí misma. Esta es una posición muy cercana a Kelsen, pero que es al mismo tiempo, criticado, pues el derecho en el sentir de aquel, es un entramado de muchas normas, que tiene un estatus propio que va más allá de la norma. Aquí se distinguen los problemas de la norma jurídica y los problemas del ordenamiento jurídico.

Para este autor, la teoría del ordenamiento jurídico, establece la integración de la teoría de la norma. Se entiende por ordenamiento el conjunto breve de leyes promulgadas a un mismo tiempo, o colección de disposiciones referentes a una materia.

Así, la Teoría del Ordenamiento Jurídico plantea el problema de la Teoría de la Norma Jurídica y la Teoría del Ordenamiento Jurídico, fundamentando la primera como la que estudia la norma jurídica, considerada de manera aislada, mientras que la Teoría del Ordenamiento Jurídico es el conjunto complejo o sistema de normas, que constituyen un ordenamiento jurídico.

² Ibid. p 14

³ BOBBIO, N. Teoría General del Derecho (Segunda Edición). Bogotá: Editorial Temis S.A.2006

Bajo esta premisa se entiende que, en la realidad, la norma jurídica no existe sola, sino que siempre lo hará en un contexto de normas, que tienen entre sí relaciones particulares. Este contexto de normas, es lo que se llama “ordenamiento”.

En cuanto a la definición de ordenamiento jurídico y derecho, señala Bobbio que no ha sido posible definir el derecho colocándolo en el punto de vista de la norma jurídica, ya que una definición satisfactoria del derecho es solo posible desde el punto de vista del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, es importante mencionar las diversas tentativas que se han presentado para definir el derecho por medio de algún elemento de la norma jurídica que cita este autor.

El autor ha considerado unos criterios que permiten caracterizar el derecho, teniendo en cuenta algunos de los elementos constitutivos de la norma jurídica, considerando principalmente:

1) Criterio Formal: Por criterio formal se entiende aquel criterio con el cual se cree poder definir lo que es el derecho mediante algún elemento estructural de la norma, que pueden catalogarse como: Positivas o negativas; Categóricas o hipotéticas y Generales (abstractas) o individuales (concretas).

En cuanto a la segunda categoría, se admite también que en un sistema normativo hay normas hipotéticas y que estas pueden presentar dos formas: a) Si deseas A, debes B, según la teoría de la norma técnica (RAVÁ) o de las reglas finalistas (BRUNETTI); b) Si es A, debe ser B, donde, según algunos, A es el hecho jurídico y B la consecuencia jurídica, y, según otros, A es el ilícito y B la sanción.

2) Por criterio material se entiende aquel que se pretende deducir del contenido de las normas jurídicas, de las acciones reguladas. Es un criterio

inconcluyente... Sobra decir que, una norma que ordenase una acción necesaria o prohibiese una acción imposible sería inútil; por otra parte, una norma que prohibiese una acción necesaria u ordenase una acción imposible sería inejecutable. Se han hecho en verdad tentativas por separar un área de acciones reservadas del derecho. Las dos tentativas principales se refieren otra a una, otra a otra, de estas dos distinciones; a) Acciones internas y acciones externas; Acciones subjetivas y acciones intersubjetivas.

3) Cuando se habla del criterio del sujeto que crea la norma hace referencia a la teoría que considera jurídicas aquellas normas impuestas por el poder soberano, entendiéndose por “poder soberano” el poder sobre el cual no hay ningún poder superior y conserva el monopolio de la fuerza. La soberanía caracteriza no una norma sino un ordenamiento, caracteriza la norma solo en cuanto es considerada como parte del ordenamiento.

4) El criterio del sujeto al cual la norma está destinada puede presentar dos variantes, según se considere como destinatario al súbdito o al juez.

Al determinar la norma jurídica por medio de la sanción y teniendo en cuenta la definición de la norma jurídica como aquella cuya ejecución está garantizada por una sanción externa e institucionalizada, tenemos que si sanción jurídica es solo aquella que se encuentra institucionalizada, para que sea derecho, se necesita una organización grande o pequeña, es decir, un sistema de normas, lo que se denomina generalmente derecho es una característica de ciertos ordenamientos normativos, más que de ciertas normas, lo que da lugar a afirmar que la definición del derecho encuentra su lugar apropiado en la teoría del ordenamiento y no en la teoría de la norma.

Con estas precisiones, es importante abordar la definición de ordenamiento jurídico, partiendo de la definición general que señala que es como cualquier otro

sistema normativo, es decir, que el ordenamiento jurídico es un conjunto de normas, donde deben concurrir al menos dos normas, porque de no ser así, estaríamos frente a una sola norma que daría lugar a tres posibilidades: i) todo está permitido ii) todo está prohibido y iii) todo está ordenado.

En conclusión, se podría decir que el ordenamiento jurídico está compuesto por la pluralidad de normas, que tiene entre sí relaciones particulares y que a su vez, este ordenamiento hace parte de la definición de derecho, que encuentra su lugar apropiado en la teoría del ordenamiento y no en la teoría de la norma, según la cual como se dijo al principio, ésta última teoría estudia la norma de manera aislada, mientras que la materia de la teoría del ordenamiento jurídico es el conjunto complejo o sistema de normas, que constituyen un ordenamiento jurídico, es decir, a través de ésta se puede establecer una concepción del derecho a partir de los siguientes criterios:

Entonces, para este autor (147) el derecho se convierte en una característica de ciertos ordenamientos jurídicos más que de ciertas normas, pues las normas jurídicas existen en cuanto es posible un ordenamiento jurídico que les dé vida, más allá del hecho puro de la norma.

Ahora bien, es relevante así, establecer que para el autor (152) en comentario, el ordenamiento jurídico está constituido por una gran variedad de normas, por el hecho de que las fuentes de producción son variadas y esto hace que puedan existir ordenamientos simples o complejos, que, en la actualidad, estos son complejos.

De otra parte, el autor en comentario (176) deja ver que si bien es cierto existe unidad en cuanto al ordenamiento jurídico, también es cierto que éste es un sistema y en cuanto a sistema, siguiendo la teoría de Kelsen, puede ser estático o dinámico, o lo que es lo mismo, tiene la característica de ser deductivo o inductivo.

Pero caminando un poco más en el pensamiento del autor (183), el ordenamiento jurídico es un sistema, no solamente, en cuanto sea deductivo o inductivo, sino más bien, en cuanto que, un ordenamiento jurídico constituye un sistema porque en él no pueden coexistir normas incompatibles.

Lo que se denota con esto, es que el ordenamiento jurídico es un organismo vivo, no sólo deductivo o estático o inductivo o dinámico, sino que en él pueden estar presentes ciertas normas que sean incompatibles entre sí, y por tanto carecería de su característica de sistema. Este tema se desarrollará en otro capítulo.

Sin embargo, se presenta una cita en extenso de Cuenca Gómez (2010), con el fin de establecer y presentar la concepción “Bobbiana” del Ordenamiento Jurídico y su relación con la coherencia y plenitud del mismo.

A la hora de exponer la concepción de Bobbio en torno al problema de la unidad del Ordenamiento jurídico, puede resultar útil diferenciar dos puntos de vista: un punto de vista interno – que tiene su límite en la norma constitucional y que se relaciona con el problema de la validez de las normas individualmente consideradas – y un punto de vista externo – que trasciende la Constitución y que se relaciona con el problema de la validez del Ordenamiento jurídico en su conjunto.

En el primero de estos puntos de vista, Bobbio siempre asumió la teoría kelseniana de la elaboración gradual del Ordenamiento jurídico, que reconstruye la unidad a través del principio de jerarquía normativa.

En las coordenadas de la construcción gradual, las normas, las inferiores dependen de las superiores y esa relación de dependencia es definida por Bobbio, siguiendo la concepción dinámica del orden jurídico manejada por Kelsen, como una relación de regulación de la producción. En este ámbito, la

aportación más relevante del pensamiento de Bobbio consiste en clarificar el significado de la estructura jerárquica del Ordenamiento.

Señala Bobbio, que esta estructura puede ser contemplada desde la relación producción-ejecución, desde la dualidad poder-deber y desde la conexión norma poder. Así, si miramos la pirámide desde arriba hacia abajo veremos una serie de “actos de producción jurídica” que son “expresión de un poder”, esto es, veremos una cadena de poderes “que crean normas”. Y si la contemplamos de abajo arriba veremos “una serie de procesos de ejecución jurídica” que suponen “el cumplimiento de un deber”, esto es, veremos una serie de normas que producen poderes y delimitan su actuación.

En estas coordenadas la solución del problema de la unidad, suministra el concepto de validez jurídica utilizado por Kelsen y que Bobbio recoge: la validez será la pertenencia de una norma al Ordenamiento porque ha sido producida de conformidad con los límites establecidos por las normas superiores del mismo.

Conviene señalar, aunque sobre ello se volverá con posterioridad cuando se trate la exigencia de coherencia, que, según Bobbio, los límites que las normas superiores establecen para la creación de normas inferiores pueden ser tanto formales como materiales.

Esta consideración puede entenderse como una corrección de la interpretación más difundida – y, a mi juicio, errónea – de la concepción kelseniana del orden jurídico como sistema dinámico, que afirma que para el profesor austriaco las normas superiores establecen únicamente criterios formales de producción o, en todo caso, que estos aspectos formales son los únicos relevantes para la cuestión de la validez jurídica.

Trasladando la reflexión al punto de vista externo, cabe señalar que en un

primer momento Bobbio acepta la teoría de la norma fundamental kelseniana que sitúa como “principio unificador” y “fundamento de la validez de todas las normas del sistema”.

Ahora bien, Bobbio, incluso en este momento, no deja de reconocer la incidencia de la eficacia garantizada por el poder coactivo en la cuestión de la validez del Ordenamiento.

Aunque también Kelsen admite esta influencia, la asunción de la epistemología neokantiana – que impone como postulado central la separación tajante entre ser y deber ser – explica su empeño por mantener la norma fundamental como expediente necesario para traducir en términos normativos la realidad fáctica del poder. Sin embargo, Bobbio, libre de los condicionamientos neokantianos, terminará abandonando con carácter definitivo la teoría de la norma fundamental, que considerará “superflua”, y afirmando, ya sin velos ni ficciones, que “la validez de la norma última”, y, por tanto, del Ordenamiento jurídico en su conjunto “se funda en la efectividad del poder último”.

La sustitución de la base ficticia de la norma fundamental por la base empírica del poder, en la terminología del profesor Peces-Barba por el poder como Hecho Fundante Básico, constituye uno de “los méritos más celebrados de la teoría del Derecho de Bobbio respecto de la de Kelsen”.

En relación con los rasgos de la coherencia y de la plenitud Bobbio rechaza la comprensión dogmática de estas exigencias manejada por el positivismo tradicional admitiendo la presencia de antinomias y lagunas en el Derecho. En relación con el rasgo de la plenitud Bobbio se ocupa de refutar, además, las versiones críticas representadas por la teoría del espacio jurídico vacío y por la doctrina de la norma general excluyente.

En este sentido, suele afirmarse que Bobbio considera la coherencia y la plenitud no como rasgos reales de los Ordenamientos jurídicos, sino como ideales morales acerca de cómo debe ser un buen Ordenamiento²¹. Aunque es cierto que en algunos textos Bobbio califica la coherencia y la plenitud como valores morales o exigencias de justicia, de otros de sus trabajos y del conjunto de su obra es posible extraer una comprensión, a mi juicio más adecuada, del significado de estas exigencias.

En su Teoría dell' Ordinamento de 1955 mantiene Bobbio “el principio implícito en todo sistema, es que no debe haber contradicciones, pero eso no quita para que éstas, de hecho, puedan perfectamente subsistir. Si acaso se puede decir: mientras estas contradicciones son limitadas en número, el sistema rige; si en cambio fueran muy numerosas, probablemente el sistema no regiría ya porque no serviría para ordenar las acciones humanas”.

En la Voz “Norma” de 1980 se pregunta Bobbio “¿pero puede un ordenamiento jurídico cumplir su función que es la de regular la vida asociada de un grupo compuesto por muchos individuos si no es ni coherente ni completo?” y advierte “en ambos casos antinomias y lagunas el miembro del grupo social cuyo comportamiento es regulado no sabe cómo comportarse: en el primero porque no puede seguir contemporáneamente dos normas que se contradicen ... puede seguir una sola, ¿pero cuál?. En el segundo porque no hay ninguna norma que sirva como guía de la acción. Las dos situaciones son percibidas como insostenibles y por ello los juristas han ideado varios expedientes para encontrar una solución”.

Las anteriores reflexiones permiten afirmar que las exigencias de coherencia y de plenitud se presentan en Bobbio como rasgos del concepto de lo jurídico estructural funcional que maneja el autor, esto es, como rasgos estructurales derivados de la contemplación del Derecho como sistema, y como rasgos

funcionales imprescindibles para que el Derecho pueda ser razonablemente eficaz como técnica de regulación de los comportamientos sociales.

Bobbio asumiría, así, lo que puede calificarse como una concepción “relativa” de la coherencia y de la plenitud que considera las lagunas y las antinomias como defectos o males que pueden existir, pero que se deben eliminar arbitrándose para ellos los mecanismos pertinentes. De acuerdo con esta visión, los Ordenamientos Jurídicos no serían efectivamente plenos, ni efectivamente coherentes pero sí serían, por necesidades estructurales y funcionales, y no eminentemente morales, tendencialmente plenos y tendencialmente coherentes.

Desde esta clave de lectura, adquiere pleno sentido la existencia en el Ordenamiento Jurídico, afirmada por Bobbio, de un deber de coherencia que dirigido a los creadores de normas diría “No debéis crear normas que sean incompatibles con otras normas del sistema”, mientras que referido a los aplicadores asumiría esta otra forma: “Si encontráis antinomias debéis eliminarlas”.

Este deber de coherencia se presenta, en el caso de las normas jerárquicamente ordenadas, como un deber jurídicamente cualificado derivado de la propia estructura del Ordenamiento que afecta tanto a los creadores de normas, como a los aplicadores de normas, operando en esta proyección vertical como un criterio de validez de carácter material.

Una norma inferior que sea incompatible con el contenido de una norma superior debe considerarse inválida. Así, para Bobbio, como señala Guastini, los Ordenamientos jurídicos “son sistemas normativos estáticos y dinámicos a un tiempo” en la medida en que la validez de las normas jurídicas depende tanto de criterios formales, cuanto de criterios materiales.

A mi modo de ver, partiendo de la aproximación Bobbiana a esta temática, sería posible afirmar también la existencia de un deber de plenitud, que se proyectaría, en primer lugar, sobre los órganos creadores de normas generales, exigiéndoles que contemplen todos los supuestos relevantes desde un punto de vista jurídico y, en segundo lugar, sobre los encargados de aplicar tales normas, imponiéndoles la obligación de eliminar las posibles lagunas acudiendo para ello a los instrumentos que les proporciona el propio sistema jurídico.

Precisamente, otra aportación importante de la Teoría del Ordenamiento de Bobbio consiste en el análisis de los criterios de resolución de antinomias y lagunas y en el planteamiento de sus posibles conflictos.

Por lo que respecta a los criterios de resolución de antinomias, Bobbio se ocupa del estudio del criterio jerárquico, del criterio cronológico y del criterio de especialidad, subrayando que estos criterios resultan insuficientes para resolver algunas antinomias, que califica como antinomias reales. Y ello por dos razones. En primer lugar, porque existen supuestos – el de las normas de igual jerarquía, contemporáneas y con el mismo grado de generalidad – en los que no es aplicable ningún criterio. Y, en segundo lugar, porque pueden producirse conflictos entre los propios criterios de resolución de antinomias – las llamadas antinomias de segundo grado – sin que – salvo en el caso de conflicto entre el criterio jerárquico y el cronológico – exista un meta-criterio claro preestablecido que indique qué criterio debe prevalecer. Por lo que se refiere a los criterios de resolución de lagunas, Bobbio privilegia los métodos de autointegración frente a los procedimientos de heterointegración.

Entre los métodos de autointegración Bobbio alude a la analogía, considerada expresión de una norma general incluyente, y a los principios generales del Derecho. En todo caso, siguiendo el razonamiento de Bobbio, a estos dos métodos cabría añadir el argumento a contrario, como aplicación de la norma

general excluyente. Aunque Bobbio no se refiere explícitamente a los conflictos entre los criterios de resolución de lagunas, de su análisis se desprende que también entre la analogía y el argumento a contrario se produce una “antinomía” – o si se quiere una laguna de segundo grado – en la medida en que salvo en algunos subsistemas normativos, como es el caso del subsistema penal, no existe una regla que señale cuando debe acudirse a uno o a otro método para resolver las lagunas de primer grado.

De nuevo se ha considerado que el tratamiento de Bobbio de los problemas de la plenitud y de la coherencia mejora el planteamiento Kelsen, al que por cierto Bobbio no alude. Expuesta en un sentido general la Teoría del Ordenamiento de Bobbio, me referiré en la última parte de mi exposición a lo que considero son algunas de sus insuficiencias que marcan, a mi juicio, el camino por el que debe continuarse su obra.

1.2 CONCEPCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS

Por su parte, Robert Alexy (1997: 30-31) en su fundamentación de la tesis de la existencia de conexiones conceptuales y normativas entre derecho y moral, distingue entre sistema jurídico como un sistema de normas y sistema jurídico como un sistema de procedimientos, según se mire al sistema jurídico desde el lado externo o desde el lado interno. Es por ello que el sistema jurídico como sistema de procedimientos se refiere a un “sistema de acciones basadas en reglas y guiadas por reglas, a través de las cuales las normas son promulgadas, fundamentadas, interpretadas, aplicadas e impuestas” y como sistema de normas, se refiere a un “sistema de resultados o productos de procedimiento de creación de normas, cualesquiera que sean sus características”.

Para Alexy, no puede considerarse sistema jurídico aquel sistema normativo que no formula explícita o implícitamente una pretensión de corrección, con lo cual pone de manifiesto la relación existente entre exigencias morales formales (la generalidad de la ley, la igualdad ante la ley, la prohibición de la retroactividad de la ley, por ejemplo) y, principalmente, exigencias morales materiales (criterios fundamentales de justicia).

La consideración de que el sistema jurídico se encuentra integrado no sólo por reglas sino por principios, no ha estado exenta de debates, sobre todo al interior de la concepción iuspositivista del derecho.

En esta perspectiva, de no mirar el ordenamiento jurídico como la sola integración de reglas, sino además la integración de otros materiales jurídicos, Manuel Atienza y Robert Alexy en cuanto a su teoría de la argumentación, exponen los siguientes aspectos:

Siguiendo a Perelman, Atienza afirma que lo razonable en el derecho es una noción de contenido, que no se agota en éste, porque también sirve de sustento al análisis del proceso cognitivo para la obtención de un conocimiento razonable, coincidiendo así con Alexy, en cuanto al peso específico que tiene el camino para la resolución de casos, pues afirma que el resultado de la decisión encuentra sustento también en que se hayan seguido las reglas de adecuación y considerado los principios y subprincipios de la razonabilidad, entendiéndose por tales, el análisis de la justificación de la norma enjuiciada, la proporcionalidad en sentido estricto, la conexión entre la interdicción de arbitrariedad y el ámbito de la producción de normas, de lo que más tarde derivó la relación entre la razonabilidad y el concepto de derecho fundamental; por lo cual, en la razonabilidad no sólo es trascendente el contenido, sino también la vía de la consecución del resultado, ya que será el que justificará en cierta medida el sentido de la resolución. Gonzales (s.f.)

Al respecto, en este punto resulta esclarecedora la afirmación de Alexy en los términos siguientes:

La explicación del concepto de argumentación jurídica racional tiene lugar en esta investigación mediante la descripción de una serie de reglas a seguir y de formas que debe adoptar la argumentación para satisfacer la pretensión que en ella se plantea. Si una discusión se corresponde con estas reglas y formas, el resultado alcanzado en la misma puede designarse como 'correcto'. Las reglas y formas del discurso jurídico constituyen por ello un criterio de corrección para las decisiones jurídicas.

Como caso especial del discurso práctico general, el discurso jurídico incluye las reglas y las formas del discurso práctico general. Su utilización como criterio para decisiones correctas hace necesario una referencia al discurso hipotético y al consenso hipotético. Por ello, en la medida en que en la argumentación jurídica sean necesarios argumentos prácticos generales, la teoría del discurso jurídico racional padece las inseguridades de la teoría del discurso práctico general como criterio hipotético de corrección para los enunciados normativos.

Estas inseguridades ciertamente no llevan a considerar que sea inútil la teoría del discurso como criterio de corrección -puede servir de algo, especialmente como criterio negativo-, pero significan que un juicio sobre la corrección de una decisión (fuera del campo de lo necesario discursivamente) tiene siempre un carácter provisional, es decir, puede ser refutado.

El valor de las reglas y formas del discurso jurídico no se limita a la explicación del concepto de argumentación jurídica racional (y, con ello, de pretensión de corrección) y a su función como criterio de corrección hipotético. Contienen al mismo tiempo exigencias sobre las argumentaciones que tienen lugar de hecho. En este sentido, constituye una medida con que pueden contrastarse las

limitaciones que son necesarias en la búsqueda de la decisión jurídica, por ejemplo, en el proceso. Por ello, hay que partir de las fórmulas antes expuestas, esto es, de que en una determinada situación están justificadas aquellas limitaciones que, en comparación con otras o por sí mismas, ofrecen una mayor oportunidad para alcanzar un resultado que también se hubiese alcanzado bajo condiciones ideales. Con ello, la teoría del discurso ofrece algo así como un criterio, en situaciones específicas, para la racionalidad de procesos de decisión, y para la racionalidad de las decisiones producidas en ellos. (Alexis 2007).

Este es un proceso de argumentación basado en reglas, se mira el derecho o sistema jurídico más allá de las reglas o las normas. Ahora, estas reglas surgen como resultado de un proceso hermenéutico que parte del sistema jurídico vigente, es decir, la regla es el producto de la interpretación, con una pretensión de corrección.

Alexy fundamentado en unas escuelas metaéticas de carácter filosófico y teniendo presente las teorías de Perelman y Habermas, presenta la teoría del caso especial, es decir, el discurso jurídico es una especialidad del discurso práctico racional general. Este discurso especial de carácter vinculante es construido a través de reglas.

Alexy plantea que en el proceso de la argumentación jurídica se debe configurar una justificación interna y una justificación externa. La primera tendiente a establecer si de los argumentos o premisas utilizados en el proceso de fundamentación se sigue lógicamente la conclusión que decide una cuestión, y la justificación externa tiene como finalidad corregir las premisas utilizadas en la justificación interna, es decir que se debe presentar si son válidos tales argumentos.

Por ejemplo, en la justificación externa según el autor alemán (2007: 320 ss.), se

dan 6 grupos de formas de argumentos y formas reglas, entre las que se tienen: 1. Reglas y formas de interpretación. 2. La argumentación dogmática. 3. El precedente. 4. La argumentación práctica general. 5. La argumentación empírica y 6. Formas especiales de argumentos jurídicos.

Ahora, estas formas de argumento o reglas establecidas por Alexy, se traducen según el autor, en la Ley, Dogmática, Precedente, Razón, Experiencia y las formas especiales de argumento.

Lo anterior, a fin de establecer que, por ejemplo, el derecho como argumentación desborda la concepción del derecho o sistema jurídico como reglas. La inclusión de los principios como componentes del sistema jurídico nos sitúa, de alguna manera, en la orilla de quienes sostienen la existencia de conexiones necesarias entre el derecho y la moral. Es decir, se asume una distancia de la tesis de la neutralidad para evidenciar una aproximación a la tesis de la vinculación, expuesta y fundamentada, entre otros, por Robert Alexy.

En él el argumento de los principios, remite a la idea de que el juez frente a casos dudosos o en el ámbito de apertura del derecho positivo, acude a los principios para lograr una solución satisfactoria a los mismos. La base esencial del argumento de los principios es la distinción que existe entre éstos y las reglas, con la apreciación inequívoca que toda norma es una regla o es un principio dentro del sistema jurídico.

En la distinción entre principios y reglas es pertinente iniciar por quien le dio trascendencia internacional a este debate, Ronald Dworkin. Él sostiene que cuando los juristas razonan frente a los derechos y obligaciones de aquellos casos difíciles, echan mano de unos estándares que no operan como normas, sino que operan de manera diferente como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas.

Principio es para Dworkin (2002:72) “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”.

La diferenciación entre normas y principios, la centra en dos distinciones: la lógica, por una parte, y, por la otra, la dimensión de peso o importancia. Así, la distinción lógica hace alusión a que tanto los principios como las reglas indican la dirección que deben tomar ciertas decisiones particulares relacionadas con obligaciones jurídicas en circunstancias determinadas. La diferencia estriba en el carácter de la dirección que imprimen a las decisiones. Las reglas son aplicables todo o nada, al establecer las condiciones necesarias para su aplicación, de manera que sólo se pueden dar dos opciones: si la regla es válida la respuesta que determina debe ser aceptada o, por el contrario, si la regla no es válida, entonces no aporta nada a la decisión. Esto no sucede con los principios, ya que éstos no establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas.

Es decir, un principio no pretende establecer las condiciones necesarias para su aplicación, sino que pone de manifiesto la existencia de una razón que permite argumentar en cierto sentido, sin determinar el contenido de la decisión en particular.

La distinción de dimensión del peso o importancia, es la otra diferencia entre reglas y principios. Según Dworkin, las normas carecen de esta dimensión; mientras que los principios sí la poseen. Esto se expresa en que cuando los principios se interfieren, quien debe resolver el conflicto debe tener en cuenta el peso relativo de cada uno, aunque al hacerlo puede generar controversia porque no existe una fórmula que indique el peso exacto de cada principio.

En las reglas no existe esta dimensión porque si surge un conflicto entre dos reglas, una de ellas no puede ser válida. Ahora bien, la decisión frente a la cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a consideraciones que trascienden las normas mismas. A manera de ejemplo, se procedería apelando a la norma expedida por la autoridad superior; o a aquella norma posterior o más especial e incluso, prefiriendo aquella norma que está arraigada en los principios más importantes, según lo prevea el sistema jurídico existente al interior del Estado.

En Alexy (2003), se encuentran unas consideraciones más precisas (y cabría señalar prácticas, además) en torno a la distinción entre reglas y principios. Así:

Las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando se cumplen determinadas condiciones, ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente a hacer algo. Por lo tanto, pueden ser llamadas “mandatos definitivos (p. 95-96).⁴

En relación con los principios, sostiene que “son mandatos de optimización. En tanto tales, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas” (Alexy: 2003: 95-96).

Para este autor, Robert Alexy los principios son normas no en el sentido positivista, sino en cuanto pueden ser aplicadas en ciertos casos específicos alcanzando aspiraciones contenidas en el ordenamiento jurídico que la norma entendida como la ley no puede por sí sola lograr. Al respecto, los principios:

(...) ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de

4 ROBERT, A. Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Lima, Perú: Palestra.1998.

acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Como consecuencia, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y de que la medida ordenada en que deben cumplirse, no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios que juegan en sentido contrario. Frente a ello, las reglas son normas que siempre pueden ser cumplidas o incumplidas. Si una regla tiene validez, entonces está ordenado, hacer exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. De este modo, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. (Alexy: 2003).⁵

En el anterior postulado se consagra una distinción evidente en lo que es un principio y una regla, esta en cuanto su aplicación se debe hacer en las condiciones referidas por ella e implicando un procedimiento y aquellos en cuanto depende de ciertas condiciones como lo asegura el autor referenciado. Según esto, las reglas son de inmediata aplicación, los principios ven condicionada su aplicación en las realidades concretas. Esta cuestión no es de recibo, pues si un principio ingresa en una solución a una incertidumbre jurídica, debe realizarse pues la razón de ser en que abandonando su indeterminación se vuelve concreta y por tanto realizable, las condiciones desaparecen cuando se incluyen en las decisiones judiciales.

De otra, para Hernández (2011)⁶ los principios generales del derecho, fueron estudiados por la Corte Suprema de Justicia a partir de 1935 como norma de interpretación a la cual se acude cuando no existe una regla concreta aplicable a un caso determinado, tendiente a que las decisiones judiciales sean justas, legítimas y racionales.

⁵ Ibid

⁶ HERNÁNDEZ, R.; FERNÁNDEZ, C. & BAPTISTA, P. (2011). *Metodología de la Investigación*. México: Mc Graw Hill.

Con fundamento en lo anterior, si se presentara un caso en el cual no existiera una norma para solucionar “x” o “y” incertidumbre jurídica, por ese simple hecho, el juez no deja de interpretar la realidad que se le presente, si bien es cierto, se da la ausencia de reglas, no así, la ausencia de los principios generales como criterio interpretativo, establecido en el artículo 230 de la Constitución de 1991 con una aparición legal en el artículo 8 de la ley 153 de 1887.

Ahora bien, Atienza (2007)⁷ trae a colación la diferencia entre reglas y principios establecido por Dworkin, donde las primeras son aplicables a la manera de todo-o-nada. Una vez se establecen los hechos y estos son encuadrados en el supuesto de la norma, se aplica la consecuencia. Dándose lo anterior, se estará en el tópico del todo; de lo contrario, si los hechos no se adecuan a la norma, estaremos en el tópico de la nada.

Los principios, por el contrario, no tiene la dimensión de las reglas. Los principios tienen una dimensión de peso o importancia. Las reglas se aplican y a los principios se les determina el peso para ser aplicado cuando la regla no es suficiente, a un caso concreto, ejemplo de ello es el caso de Riggs versus Palmer.

De lo establecido por Atienza, y siguiendo la doctrina de Dworkin, se concreta que para entender la forma como operan los principios, hay que tener de presente dos cuestiones a saber:

a). De un lado, se trataba de un caso individual que, aun resultando subsumible en el caso genérico configurado por las propiedades explícitamente mencionadas en las reglas aplicables preestablecidas, presentaba, sin embargo, una propiedad adicional no mencionada en dichas reglas y que el tribunal consideró relevante. Pues es esta propiedad adicional la que, a juicio del tribunal, hace aplicable, para este caso, el principio *Namine doluus sus prodesse debet*. b). De otro lado, que

⁷ ATIENZA, M., et. al. (s.f.). *Las piezas del derecho*. España: Ariel, p. 199.

estos principios tienen fuerza suficiente como para generar una nueva regla que supone una exclusión previamente no prevista en el orden de la sucesión.

En esta perspectiva, para aplicar el principio se tiene en cuenta, de un lado una situación o caso particular con una característica ausente en la regla establecida por el ordenamiento jurídico, por otro lado, una vez se verifique lo anterior, aparece una nueva regla generada por la aplicación del principio.

Por su parte es destacable, que Atienza, en un momento dado, estableciera cinco sentidos de entender los principios jurídicos,

(...) a. como norma muy general, b. norma redactada en términos particularmente vagos, c. norma pragmática o directriz, d. norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico, e. norma dirigida a los órganos de aplicación jurídicos y que señala, con carácter general, cómo debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla y f. en el sentido de *regulla juris*, enunciado que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o parte de él.

Y en otro momento, hace una propuesta de clasificación de los principios que distingue principios en sentidos estrictos y directrices o normas programáticas; principios primarios o sistema del súbdito y sistema secundario o sistema del juez; principios explícitos y principios implícitos; principios sustantivos y principios institucionales.

Dworkin en su obra *Los derechos en serio*, pregona una definición o concepción de los principios como todo el conjunto de estándares que no son normas y diferentes a las directrices o directrices políticas.

(...) Llamo “principio”, a un estándar que ha de ser observado, no

porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. De tal modo, la proposición de que es menester disminuir los accidentes de automóvil es una directriz, y la de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia, un principio. La distinción puede desmoronarse si se interpreta que un principio enuncia un objetivo social (a saber, el objetivo de una sociedad en la que nadie se beneficie de su propia injusticia), o si se interpreta que una directriz enuncia un principio (esto es, el principio de que el objetivo que defiende la directriz es valioso) o si se adopta la tesis utilitarista de que los principios de justicia enuncian encubiertamente objetivos (asegurar la mayor felicidad para el mayor número). En algunos contextos, la distinción tiene una utilidad que se pierde si se deja esfumar de esta manera.⁸ (Dworkin, 1977:72-73).

Siguiendo de cerca el pensamiento de Hernández, plantea que el nuevo marco constitucional provee al juez de nuevas herramientas, para resolver los conflictos que se presente, haciendo evidente que el derecho está compuesto por reglas y principios, donde estos son entendidos como normas con efectos vinculantes que carecen de la tradicional estructura de las reglas.

Adicional a esto los principios se caracterizan por su alto grado de abstracción, pues no presentan el supuesto factico o si lo presentan es de forma fragmentada, de tal manera que no pueden determinarse con antelación los casos en que si se deben aplicar. Esta es la razón para determinarlas como normas abiertas en relación a las cerradas donde es posible detectar directamente el supuesto de hecho.

Igualmente, los principios generales del derecho se entienden o caracterizan por

⁸ DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Ariel. 1977

ser mandatos de optimización, o mostrando la diferencia de ellos con las reglas, y además afirmando que tales principios hacen parte del ordenamiento jurídico y que pueden ser aplicados a casos concretos, pues en el derecho no pueden existir lagunas ni vacíos a la hora de decidir, pues el juez debe acudir a los “contenidos extrasistémicos que son el punto de partida o el fundamento para establecer el derecho.

Y es que para Hernández:

La importancia de la incorporación de los principios generales, que se puede derivar para el ordenamiento jurídico nacional, radica fundamentalmente en el reconocimiento explícito de que un sistema jurídico está compuesto por diversas fuentes a las cuales puede recurrir el juez a la hora de administrar justicia, no siendo sólo las reglas, la ley, la única fuente con la cual cuenta el operador jurídico en su actividad. (2011, p. 31).⁹

Además, a las reglas les es imposible contener las situaciones problemáticas que en el futuro se puedan presentar, pues:

Partiendo de la falibilidad del legislador, las reglas jurídicas, aun cuando estén impecablemente diseñadas desde el punto de vista técnico, no pueden llegar a contemplar todas aquellas hipótesis de hecho que hacen parte del acontecer social. En efecto, el derecho, como fenómeno de institucionalización y sistematización de cierto tipo de reglas, principios y valores, es un proceso social que se construye históricamente (2011, p. 37).

⁹ HERNÁNDEZ, R.; FERNÁNDEZ, C. & BAPTISTA, P. Metodología de la Investigación. México: Mc Graw Hill.2011

En efecto, Salas (2013) presenta el pensamiento de Antonio Gordillo Cañas quien concibe los principios generales del derecho desde dos lecturas:

La primera versión de los principios, determinada por la preocupación desde la que se les concibe y por la función que se les asigna. Subyace en ella la inquietud sobre la justificación y el fin de la tarea legislativa: el planteamiento lo es fundamentalmente de jure condendo. Desde esta perspectiva los principios generales aparecen enraizados en la conciencia social y se entienden como principios naturales; se les considera –lo que se aviene mal con el orden de fuentes establecido en el artículo 1º del código civil español – como superiores y previos a la ley y elemento de contraste de la misma; se les reconoce la condición de fuente material de derecho, absolutamente prioritaria o necesaria, en cuanto están llamados a integrarse a la ley como su contenido necesario, so pena de ilegitimidad. Los principios nacen fuera del ordenamiento y son anteriores al mismo, pero están llamados a encontrar acogida en él para la justa y legítima regulación de los conflictos sociales. (p. 39)

En este postulado se determina la parte filosófica, o la naturaleza de los principios generales del derecho, es decir, que son los principios, por un lado, y por el otro, la función legislativa, que en el caso colombiano han sido incorporados en el artículo 8 de la ley 153 de 1887 y el artículo 230 de 1991.

El autor citado presenta una versión más aplicada que se puede ubicar en la actividad judicial, complementando la primera versión o cuestión filosófica de los principios. Así se estructura esta versión:

La segunda versión de los principios responde a una inquietud diferente y se traduce en una función distinta: la preocupación subyacente se

sitúa ahora en el momento de la aplicación de la ley y en el ejercicio de la actividad judicial. Se trata inicialmente de evitar la laguna jurídica o, más generalmente hoy, de encontrar medios de solución que permitan la justicia en el caso concreto. El punto de partida es entonces el *ius conditum*.

Lo anterior es comentado por Salas (2013), en los siguientes términos:

Desde esta perspectiva, con más claro reflejo legal y mayor apoyo doctrinal, los principios se entienden implícitos en la ley; “lejos de captarse directamente y en bruto de las convicciones sociales se entienden desde el tópico de la dogmática como científicos o sistemáticos y su principal misión se sitúa en el momento de la aplicación e interpretación de la ley, bien para obtener desde la ratio legis la extensión de la norma lagunosa, bien para situar la norma aplicable en la perspectiva sistemática capaz de permitir la solución justa al caso concreto”. Así entendidos los principios generales, resultará difícil justificar el valor de fuente autónoma del derecho que en el ordenamiento les reconoce el artículo 1º del código civil español.

Salas (2013) señala que:

Para Gordillo Cañas, ambas concepciones de los principios generales del derecho aparecen en la anterior distinción como perfectamente diferenciables por el distinto momento de su consideración y por sus respectivos ámbitos de actuación; en consecuencia, también, como perfectamente compatibles y no excluyentes la una de la otra. Podría incluso pensarse que son, cada una de ellas, exponentes, más que de dos mundos separados, de un continuum, que arrancando de las convicciones sociales básicas, llegaría hasta las últimas y más elaboradas disposiciones normativas. En suma, los principios

generales al mismo tiempo consisten, *a priori*, en los supuestos de la labor normativa del Estado y de la sociedad, significan a posteriori, los efluvios y quintaesencia de las prescripciones positivas o que los principios admiten dos órdenes sucesivos de concreción social: el de lo “macro organizativo,” concernientes a las estructuras sociales y políticas básicas, donde encuentran su operatividad los grandes temas morales y antropológicos, en cuenta derecho natural y lo “micro-organizativo”, es decir, el ámbito propio de los juristas, donde estos grandes temas pierden su agudeza y deben ser objeto de una conversación técnica capaz de permitir su inserción en lo que son las verdaderas piezas maestras del funcionamiento de la vida jurídica.

1.2.1 Funciones de los principios. De otra parte, cabe preguntarse cuál es la función de los principios. De lo tratado hasta el momento, se puede afirmar que los principios tienen como función orientar las decisiones del juez cuando las reglas cerradas son insuficientes o no existen tales, evitando las posibles lagunas que existen en la ley, propendiendo por la justicia y la equidad del ciudadano cuando pide se dirima una incertidumbre jurídica.

Los principios generales del derecho dentro de un sistema jurídico, tienen funciones específicas, que para Blanco Zúñiga (2002) se les determina en creativa, interpretativa o hermenéutica e integradora, viéndolos como una herramienta necesaria.

En cuanto a la función interpretativa, los principios son fuente del ordenamiento, en su condición de fundamento jurídico-político, “por representar los valores bilaterales fundamentales vigente en la sociedad, ellos dirigen la función legislativa, ejecutiva y jurisdiccional del Estado”.

Es de anotar que los principios generales del derecho en su faceta interpretativa o

hermenéutica:

Se constituyen en el mejor instrumento teórico-práctico para la interpretación de las normas jurídicas, pues corrige razonablemente el problema de las antinomias y de otras fallas legislativas.

En otras palabras, mediante los principios y su función interpretativa se organiza el sistema al cerrar las fisuras del ordenamiento. Pero, además, por constituir ellos una técnica jurídica se tornan en pautas para la resolución de problemas particulares y concretos, y en plus para la elección de los criterios de interpretación (gramatical, lógico, histórico, sistemático, comparativo, etc.). Sobre la manera en la que operan aquí los principios se refieren los artículos 5° del C.P.C., Y 8° de la ley 153 de 1887. (Zúñiga, 2002, p. 15)

Sobre la función integradora, la finalidad es evitar lagunas presentes en el ordenamiento jurídico:

(...) los principios cumplen una de las funciones más importantes, pues con ella se superan las lagunas contenidas en el ordenamiento jurídico. A esta función se refieren el artículo 4° previsto en la ley de enjuiciamiento civil, 19 del C.S.T., y 4° de la ley 153 de 1887, entre otros.

Otro aspecto importante, es la claridad conceptual entre lo que son principios, valores y reglas de derecho. Blanco Zúñiga, trayendo a colación la sentencia T-406 de la Corte Constitucional, que al respecto afirma que: “Los principios expresan normas jurídicas para el presente, son el inicio del nuevo orden. Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana”.

De su parte la Corte Constitucional hace énfasis en la diferencia entre principios y valores, donde la cuestión es reducida en términos de eficacia en uno y otro instituto jurídico.

La diferencia entre principios y valores, no es de naturaleza normativa sino de grado y, por lo tanto de eficacia. Los principios, por el hecho de tener una mayor especificidad que los valores, tienen una mayor capacidad para ser aplicados de manera directa e inmediata, esto es, mediante una subsunción silogística. Los valores, en cambio, tienen una eficacia indirecta, es decir, sólo son aplicables a partir de su concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales.

Por el contrario, Blanco Zúñiga, establece la diferencia entre principios y valores en la capacidad polifuncional del primero, y la abstracción e indeterminación del segundo concepto. Por ello:

(...) los principios son más polifuncionales que los valores, ya que los primeros pueden concretarse fácilmente mediante un proceso de abstracción en su condición de pautas generales de interpretación, de integración y de creación del derecho; al cabo que los valores constituyen las aspiraciones políticas, o de otra índole, de un Estado, son igualmente conocidas como normas programáticas, hipotecas o pasivos sociales, toda vez que representan las finalidades que se quieren a futuro. (2002, p. 13).

Ahora bien, principios del derecho sería un concepto que difiera al concepto de reglas generales del derecho, pues los primeros son cuestiones meta-jurídicas, mientras que las segundas se refieren a las máximas fundadas en la lógica, en sentido común. Veamos:

En síntesis, distingue el doctor Noguera los dos conceptos, a cuya conclusión nos adherimos sin vacilar, cuando advierte que mientras los principios son estándares, a los que podríamos llamar meta –jurídicos, pues fundan e informan el derecho positivo sin ser imperiosa su incorporación normativa, las reglas se reducen a las viejas máximas fundadas en la lógica, en el sentido común y en los criterios de la experiencia puestos al servicio del derecho, entre las que encontramos, y sólo a manera enunciativa, las siguiente, de las cuales algunas son citadas por el mismo autor: *Ad imposibilem nemo temetur* (nadie está obligado a lo imposible), *ubi lex non distinguit, neenodistinguere debemus* (donde la ley no distingue, no debe distinguir el intérprete), *ubi eadem est legis ratio, ibi eadem est legis dispositio* (donde existe la misma razón existe la misma disposición), *nula pena sine lege* (no hay pena sin ley), *inclusionem unius fit exclusio alterius* (con la inclusión del uno se excluye al otro), *exceptiones sunt strictissimae interpretationis* (las excepciones son de estricta interpretación), *cesante legis ratione, cessa eius dispositio* (al cesar la razón de la ley, cesa también su disposición), *pacta sunt servanda* (los pactos son para cumplirlos), *nula executio sine titulo* (no hay ejecución sin título), etc. (2002: 14).

Para Podetti (s.f.), los principios generales del derecho van más allá de la ingenuidad racionalista de querer subsumir en la norma la totalidad de los casos, pues aquellos constituyen los principios superiores encarnados en un caso histórico y se definen como las ideas superiores o fundamentales de la organización jurídica de una comunidad, originados de la conciencia social cumpliendo una función fundadora, interpretativa y supletoria del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, como se ha querido mostrar la función de los principios no se puede reducir al hecho de las lagunas en el ordenamiento jurídico. Los principios van un

poco adelante. Toda la experiencia jurídica y legislativa, descansan en ellos. Estos son las paredes, los cimientos, pues a la luz de ellos es como se deben interpretar y aplicar los modelos jurídicos, son las bases teóricas, las razones lógicas del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, siendo explícito, Podetti, establece o adjudica varias funciones a los principios generales del derecho, permitiendo con ello, no solo establecer su mirada interpretativa o integradora que es la más evidente y reseñada por los doctrinantes, sino que se les concibe como esos postulados o estándares, capaces de informar la totalidad del sistema jurídico vigente. En consecuencia, tales principios tienen una función:

(...) integrativa, como instrumento técnico para hacerle frente a las lagunas del sistema jurídico; interpretativa, como un modo de subsumir el caso en un enunciado más amplio; ayudando al intérprete a establecer la interpretación correcta y hacer el respectivo ajuste por difícil que parezca, adecuándola a los valores fundamentales; finalista, al permitir orientar hacia fines más amplios de política legislativa; delimitativa, al poner un límite al actuar de la competencia legislativa, judicial y negocial; fundante, al ofrecer un valor para fundar internamente el ordenamiento y dar lugar a creaciones pretorianas. (Podetti, s.f., p. 140).

1.2.2 La Corte Suprema de Justicia y los principios. En lo que respecta a la posición de la Corte Suprema de Justicia sobre este tema, se trae a colación una síntesis elaborada por Cristina Salas Salas en una tesis de maestría en el año 2013 en la Universidad Nacional.

A partir de la página 105, se determina la visión teórica que el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria ha establecido en relación a los principios generales del

derecho, precisando la Corte que se caracterizan por:

Un alto grado de abstracción, suelen clasificarse como normas abiertas, presentan un alto grado de indefinición en la consecuencia jurídica y se les conoce como mandatos de optimización en la medida en que pueden ser cumplidos en diferentes grados dependiendo de las condiciones reales o jurídicas, aluden a intereses y son propios de la política y la legislación, en los principios se halla una nota descollante que no se evidencia en las otras reglas jurídicas y es su peso o importancia cuando entran en colisión, a los principios se adhiere, los principios, cuando no son mandatos de optimización, carecen de supuesto fáctico específico, solamente adquieren relevancia operativa haciéndolos obrar frente algún caso concreto, no es posible, entonces, determinar su significado de manera abstracta, como tampoco pueden ser utilizados en operaciones lógico-jurídicas, en particular en procesos de subsunción. (Salas: 2013: 105).

Igualmente, la Corte sostiene que otro rasgo que ostentan los principios es su vaguedad e indeterminación y la ausencia de un supuesto de hecho concreto y no son promulgados por ninguna autoridad concreta, carecen de fuente legitimadora, lo que lleva a que no sea posible predicar de ellos validez formal, en el sentido de haber sido establecidos de conformidad con algunas reglas de producción o de reconocimiento.

De otra parte, frente a la catástrofe alemana se dio un renacimiento de un derecho natural distinto, obedeció a la llamada por algunos “misericordia del derecho”, este derecho diferenciado no es otra cosa que la prevalencia de los principios en un ordenamiento jurídico justo.

Ahora, la coherencia y plenitud de un ordenamiento jurídico se determina en la medida en que no existen contradicciones en las normas y al mismo tiempo que el juez zanja las lagunas que pueda presentar el ordenamiento.

Menciona la Sala que, para Savigny, coherencia y plenitud se podían fundir en una sola característica: la unidad. Ésta se lograba por la vía negativa excluyendo la contradicción, y positivamente colmando la laguna. En el primer caso, el ordenamiento estaba saturado y era menester depurarlo de aquellas reglas que fueran contradictorias. Desde luego que la eliminación de una de las normas que saturan el sistema y que se considera contradictoria, es una tarea expuesta al error y necesita de una justificación teórica y política; del mismo modo, cuando hay déficit normativo para resolver un caso, el juez debía suplir el faltante creando la norma -subregla- necesaria para disipar la incertidumbre, creación a la que accede no por capricho o como un acto de poder, sino por la necesidad de proveer una decisión, ya que como es sabido, para el ciudadano que no recibe una respuesta del juez, no existe el ordenamiento y, por tanto, quedaría liberado del deber de obediencia al Derecho. (Salas, 2013).

Igualmente, frente a los diferentes principios o tipologías, Salas (2013), presenta unas categorías establecidas por Karl Lorenz para los principios que debe contener el derecho justo. Entre ellos se encuentra el principio general del respeto recíproco, y dentro de los principios de la esfera individual, se tiene la autodeterminación y la auto determinación de los contratos, equivalencia en los contratos sinalagmáticos, de la confianza y la responsabilidad por daños.

De otra parte, la autora (2013) refiere los principios generales del derecho en función de reducir complejidad en el sistema jurídico a falta del respeto recíproco, que se desarrolla en dos puntos de vista: la prohibición de enriquecerse torticeramente y en el imperativo de que nadie puede alegar a su favor, ni a favor de terceros su propio dolo o mala fe, teniendo presente, las pautas establecidas por la Corte Suprema de Justicia. Entre tales principios están:

El enriquecimiento sin causa, la buena fe creadora de derecho, el error común, la reparación del daño por el abuso del derecho, el ajuste de las obligaciones

dinerarias con la indexación, la confianza legítima, la revisión de los contratos por la imprevisión (Salas: 2013).

1.2.3 Una Cuestión Constitucional. En lo referido a este apartado, se hará referencia a la sentencia C -083 de 1995, que al respecto se refirió a los principios generales del derecho, tema céntrico de la presente cuestión.

Para la Corte Constitucional no existen lagunas en el derecho, porque hay jueces y junto a ello aparece el arbitrio judicial como herramienta de las decisiones sustentadas en los principios.

La Corte al analizar el contenido del artículo 8 de la ley 153 de 1887 hace una distinción fundamental entre reglas de derechos extraídas inductivamente del derecho vigente y los principios generales del derecho o principios extra sistemáticos, que no hacen parte del ordenamiento, pues no se pueden reducir a él, pero que ante una situación límite debe acudir a ellos para decidir, ejemplo de ello es el principio de la equidad.

Al respecto la Corte afirma lo siguiente sobre las reglas:

(...) cuando el juez razona por analogía, aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está. Esta modalidad se conoce en doctrina como analogía legis, y se la contrasta con la analogía *juris* en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada.

Las reglas hacen parte del ordenamiento jurídico, se pueden extraer de

él y armonizan con la constitución, es decir, siempre han estado presentes de forma no evidente y el juez con un razonamiento las evidencia al momento de aplicarlas al caso determinado.

Por el contrario, lo propio de los principios generales del derecho, es no hacer parte del ordenamiento jurídico, el juez ante una situación límite, como lo afirma la Corte, al no poder inductivamente extraer reglas del derecho vigente, tiene y debe recurrir a principios extra sistemáticos, como la equidad, que lo auxilien, pues debe decidir ante el caso presentado, pero sin embargo el principio que se crea está basado en cuestiones que la constitución ha establecido.

Si un juez, en la situación límite antes descrita, recurre a la equidad como fundamento de su fallo, no habrá hecho nada diferente de proyectar al caso sub judice su concepción de lo que es la justicia, construyendo a partir de ella un principio que materialmente no hace parte del sistema pero que encuentra en él su fundamento formal (Corte Constitucional, 1995.).

Así las cosas, en el ordenamiento jurídico colombiano, existen reglas explícitas, reglas implícitas extraídas del derecho vigente mediante una labor intelectual del juez aplicando la analogía iuris y los principios generales del derecho, extra sistemáticos, que sin embargo encuentran su fundamento formal en el derecho establecido.

Colisión y ponderación de principios. La distinción entre reglas y principios se expresa más claramente cuando se presentan conflictos entre reglas y colisiones entre principios porque, entre otras razones, responden a formas o vías diferentes de solución. Así, el conflicto entre dos reglas puede ser solucionado si se introduce una cláusula de excepción a una de las dos reglas o si se declara la

invalidez de una de éstas.

O, por ejemplo, porque se reconozca y evidencie una antinomia, y se haga uso de algún método de interpretación, como, por ejemplo, la regla posterior, prevalece sobre la anterior, es así como el sistema jurídico se conserva y sale a la defensa de su mismo ser al brindar elementos que den solución a casos problemáticos, en concreto.

Sin embargo, cuando aparece el tema de los principios, la lógica opera de forma diferente, es decir, la colisión entre principios puede ser resuelta bien sea acudiendo a la ley de colisión o a la ley de la ponderación.

En la aplicación de la ley de colisión deberá establecerse una relación de precedencia entre los dos principios relevantes, condicionada a las circunstancias del caso concreto; No obstante, en ello se debe tener en cuenta que la satisfacción de las condiciones de prioridad lleva consigo la aplicación de la consecuencia jurídica del principio que prevalece.

De manera que, la ley de colisión se traduce en que las condiciones bajo las cuales un principio tiene prioridad frente a otros, constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio que tiene prioridad. De otro lado, la aplicación de la ley de ponderación resulta indispensable cuando el cumplimiento de un principio significa el incumplimiento del otro, es decir, cuando un principio únicamente puede realizarse a costa o sacrificio del otro. De ahí que, según esta ley cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro.

En observancia de esta ley subyace el principio de proporcionalidad en la apreciación de que siendo los principios mandatos de optimización, éstos deben

ser logrados en la mayor medida posible teniendo en cuenta las posibilidades fácticas, relacionadas con los subprincipios de idoneidad y necesidad, y jurídicas, relacionadas con el principio de proporcionalidad en sentido estricto, (Alexy, 97-103).

La superación de la colisión entre dos principios por la vía de la ley de la ponderación implica que frente al caso concreto se deberá entrar a analizar cuál de los dos principios se realiza o se satisface mayormente de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas del mismo, aunque con ello uno de tales principios resulte incumplido o afectado.

Por consiguiente, resolver un caso mediante una ponderación significa decidirlo por medio de una regla que se fundamenta teniendo en cuenta los principios que juegan en sentido contrario.

Es más, al menos una parte de los argumentos en los cuales el juez fundamenta el resultado de su ponderación tiene, por su contenido, el carácter de argumentos morales, al mismo tiempo que tiene en cuenta la norma, la ley, es decir el derecho no sólo es un sistema de reglas, sino de principios y valores.

Así, hay que decir que el derecho o sistema jurídico, no sólo son reglas, sino que también y desde el pensamiento contemporáneo, está constituido por principios, que muchas veces se convierten en criterios de interpretación.

Frente a lo anterior existe una relación directa de la teoría del ordenamiento jurídico como sistema, y el proceso de responsabilidad fiscal en Colombia, pues este tipo de proceso no se entiende aislado del ordenamiento jurídico del país, pues de una u otra forma, está constituido por reglas y principios, constitutivos del ordenamiento jurídico vigente.

Por ejemplo, la definición del proceso de responsabilidad fiscal en el artículo 1º de

la Ley 610 de 2000, como 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 y omisión y en forma dolosa o gravemente culposa, un daño al patrimonio del Estado, contempla las reglas, los principios, y derechos del ordenamiento jurídico colombiano como un sistema.

A manera de conclusión de lo dicho hasta el momento, se afirma que el ordenamiento jurídico es un sistema constituido no sólo por normas de carácter positivo, sino que además hacen parte de este sistema los principios, los cuales, en armonía con las normas, permiten su comprensión.

En este mismo sentido, se precisa, la relevancia del contenido constitutivo del presente capítulo en perspectiva de lo que será objeto de estudio en el segundo capítulo, pues una vez establecida la composición del sistema jurídico, se hace necesario, entrar a establecer la posibilidad de que en el mismo se encuentren antinomias o lagunas jurídicas, asunto que se asume en el siguiente capítulo.

2. LAS ANTINOMIAS EN EL SISTEMA JURÍDICO

A manera de introducción, en el presente capítulo se abordará el tema de las antinomias, en la perspectiva de la concepción de sistema jurídico integrado por reglas y principios, como se hiciera referencia en el primer capítulo.

Y lo anterior, permite afirmar y sostener la inexistencia de normas incompatibles, o mejor, con lo analizado en el primer capítulo, es categórico que el ordenamiento jurídico se constituye como sistema a partir de reglas y principios, por lo cual, las antinomias no existen, y mucho menos las lagunas jurídicas, respectivamente.

Así, se deja establecida, la relación directa existente entre el capítulo primero y el segundo capítulo, pues en la concepción del sistema jurídico como sistema, integrado por reglas y principios, es posible analizar el tema de las antinomias, pero sin posibilidad de existencia de las mismas, pues el sistema jurídico se protege desde su constitución.

Así, y una vez sentadas las bases, se afirma que las antinomias se pueden definir como una contradicción entre dos normas que se presentan al momento de regular el mismo hecho o caso concreto en sentido contrario, siendo las dos posibilidades aceptadas por el ordenamiento jurídico.

Las anteriores afirmaciones se sustentan desde el pensamiento de Bobbio, quien, a la vez, siguiendo las propuestas de Kelsen, entienden ordenamiento jurídico, como un sistema deductivo e inductivo.

Lo anterior, nos lleva a la concepción de la *coherencia* del sistema jurídico, o mejor a lo que Bobbio (205), denomina regla de coherencia que formula así: “en

un ordenamiento jurídico no deben existir antinomias”.

Es decir, en un ordenamiento jurídico concebido como sistema es imposible la contradicción de normas, indicando con ello la plenitud del mismo ordenamiento, que Bobbio asimila como la tercera característica de aquel, al lado de la unidad y la coherencia, la cual define como la “propiedad por la cual un ordenamiento jurídico tiene una norma para regular cada caso. Dado que en la ausencia de una norma se le denomina generalmente ‘laguna’, plenitud significa ‘ausencia de lagunas’.”

Esto lleva, y de paso que sea manifestado en este momento a establecer la diferencia entre lagunas y antinomias, cuando existen antinomias es por la ausencia de regla para determinado caso, y si ello es así, da como consecuencia la presencia de lagunas, es decir, éstas existen por la presencia de aquellas. ¿Es lo mismo la antinomia y la laguna?

Por ejemplo, si se ubica en el pensamiento de Hart, las lagunas no existen porque existen jueces para crear reglas al momento de encontrarse en la penumbra del derecho o ante la falta de norma o regla para decidir, y desde Dworkin tampoco existen lagunas porque se cuenta con la presencia del juez Hércules, quien ante una situación difícil para decidir, inicia un proceso de reconstrucción a fin de hallar una regla decisional que estaba presente en el sistema jurídico vigente, pero era necesario hacerla fehaciente, evidente.

Aunque los dos autores tomen caminos distintos para llegar a crear reglas para el caso determinado. Más bien, en el primero el juez crea la regla, en el segundo la encuentra porque ya existía y solo fue cuestión de extraerla de los materiales jurídicos existentes.

Si bien es cierto las antinomias y las lagunas son una cuestión diferente, estas dan

fe de la presencia de aquellas, si no hay lagunas es porque no existe antinomias y viceversa, por el hecho de existir en todo momento una regla para decidir un caso en concreto, que puede ser explícita o implícitamente, lo interesante es que siempre se contará con lo necesario para lo del caso.

La antinomia, afirma Bobbio (186) concebida como la incompatibilidad que puede darse entre algunas normas, donde el primero se refiere a que una norma manda a hacer alguna cosa y otra la prohíbe; otra que manda a hacer y otra que permite no hacer, finalmente existe una norma que prohíbe hacer y una que permite hacer. A fin de cuentas, lo que caracteriza a este instituto jurídico es el hecho de que dos normas tienen la posibilidad de encontrarse, tocarse con una dirección opuesta.

Ahora bien, no basta que se establezca este rango conceptual para hablar de antinomia, debe además darse dos supuestos a saber, por un lado, las dos normas deben pertenecer a un mismo ordenamiento, pues si llegaran a pertenecer a ordenamientos diferentes, el asunto sería más de coordinación, o se piensa de especialidad en la materia jurídica que aplica o que está regulando.

Además, las dos normas deben tener el mismo ámbito de validez, afirma Bobbio. Lo que significa que las normas encontradas deben tener validez temporal, validez espacial, validez personal y validez material.

Es de aclarar que, hasta el momento, se ha tratado de seguir la posición de Norberto Bobbio, la cual, con las anteriores dilucidaciones concluye y establece un concepto que traspasa las fronteras de lo que se ha afirmado al comienzo de este texto sobre las antinomias.

No es justo decir que éstas, son la simple colisión que exista entre dos normas, a ello hay que afirmar que es la *situación en que dos normas incompatibles entre sí, que pertenecen a un mismo ordenamiento jurídico, tienen un mismo ámbito de*

validez.

En sí la incompatibilidad se da por la identidad del ordenamiento al que pertenecen y por la identidad de su ámbito de validez, es decir, dos normas regulan en sentido contrario una misma situación.

En el discurso del autor que se viene aludiendo, existen antinomias *total-total*, *parcial-parcial* y *total-parcial*. Lo anterior, responde al grado de intensidad regulatorio en sentido de una realidad. Puede ser que en su totalidad se prohíba y se permita cierta conducta al mismo tiempo, o que simplemente sean ciertos aspectos de la conducta regulados en sentidos opuestos, no a modo de totalidad.

Con lo anterior, en el pensamiento de Bobbio ha quedado dilucidado el problema o estatus epistemológico de las antinomias, sin embargo, afirma el autor que (190), pueden existir, unas antinomias llamadas impropias, que se afincan a las *antinomias de principio*, *antinomia de valor* y *antinomias teleológicas*, las cuales, en resumidas, hacen referencia a la forma como se interpreta un hecho o situación, desde principios y valores que se pueden ver afectados, o determinar cuáles son los fines y medios que deben tenerse presente al momento de interpretar para que estos, no se contraríen.

Con respecto a la coherencia del sistema jurídico y el problema de las antinomias, el profesor Luis Prieto Sanchís, ha señalado lo siguiente:

La coherencia puede definirse como aquella cualidad del sistema en cuya virtud cada situación de hecho recibe un único tratamiento normativo dentro del sistema en cuestión. Esa cualidad desaparece cuando nos encontramos con una antinomia o contradicción normativa, es decir, cuando el sistema imputa consecuencias jurídicas incompatibles a las mismas condiciones fácticas (...) Por

tanto, cabe decir que existe antinomia y desaparece la coherencia siempre que un mismo comportamiento es cualificado deónticamente de modo incompatible por dos normas del sistema o, lo que viene a ser lo mismo, siempre que para un mismo supuesto se imputan dos o más consecuencias incompatibles.

Al igual que la plenitud, la coherencia es un postulado del Derecho ilustrado, que concibió la existencia de un legislador racional omnisciente, capaz de prever y de ofrecer solución jurídica a todos los casos y capaz también de ofrecer una y sólo una solución. Pero asimismo, al igual que la plenitud, la coherencia se muestra como un ideal imposible de alcanzar, y no sólo en el plano de la producción jurídica: resulta perfectamente verosímil que un mismo sistema albergue normas contradictorias para la regulación de un mismo caso, como lo es también que se produzcan contradicciones entre las resoluciones judiciales. Otra cosa es que normativamente y en el plano de la aplicación del Derecho las contradicciones hayan de solucionarse, como han de colmarse las lagunas; el juez viene obligado a fallar y viene obligado lógicamente a fallar una sola cosa a propósito del conflicto a él sometido (Prieto, 2005, p. 131-132)¹⁰

Si bien es cierto, Sanchís, en el texto que precede, está haciendo alusión a la coherencia y la plenitud, deja entrever el concepto de antinomia, del cual se ha venido haciendo referencia en el recorrido del texto.

El autor concibe la antinomia como una contradicción normativa, consistente en aplicar consecuencias jurídicas incompatibles a un mismo hecho o situación fáctica, la cual espera ser regulada de la misma forma por el ordenamiento jurídico.

¹⁰ PRIETO, L. Apuntes de Teoría del Derecho. Editorial Trotta.2006.

Pero lo interesante de todo esto, es la concepción de fragilidad de lo llamado coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico, pues contrario a lo que piensa Bobbio, para Sanchís, las antinomias son posibles, verosímiles y tienen una realidad propia de la condición de quienes hacen las leyes, o mejor, del legislador.

Sin embargo, al parecer, Bobbio le da relevancia al tema de la plenitud del sistema jurídico, y no admite el tema de las antinomias, desde el punto de vista teórico, pues es de anotar que el autor presenta unas alternativas para solucionar cuando aparecen las contradicciones en el ordenamiento, que consiste específicamente en eliminar una de las dos normas que regulan el caso. Cuando se hace tal acto a través del intérprete, simplemente se le está dando prevalencia a la tendencia del ordenamiento a guardar su unidad, coherencia o plenitud.

Por ejemplo, Bobbio (191) establece tres reglas para solucionar el problema de las antinomias, a las cuales les da el nombre de criterios. Criterio cronológico, criterio jerárquico y criterio de la especialidad.

Con el criterio jerárquico (*lex superior derogat legi inferiori*), ante la colisión de normas provenientes de fuentes ordenadas de manera vertical o dispuesta en grados diversos en la jerarquía de las fuentes, la norma jerárquicamente inferior tiene la calidad de subordinada y, por tanto, debe ceder en los casos en que se oponga a la ley subordinante.

El Criterio cronológico (*lex posterior derogat legi priori*), afirma que en caso de conflicto entre normas provenientes de fuentes jerárquicamente equiparadas, es decir, dispuestas sobre el mismo plano, la norma creada con anterioridad en el tiempo debe considerarse abrogada tácitamente, y por tanto, ceder ante la nueva.

Y con el Criterio de especialidad (*lex specialis derogat legi generali*), se determina que, ante dos normas incompatibles, una general y la otra especial (o

excepcional), prevalece la segunda; el criterio se sustenta en que la ley especial substraer una parte de la materia regida por la de mayor amplitud, para someterla a una reglamentación diversa (contraria o contradictoria).

Ahora bien, frente a lo anterior, es menester determinar cómo se garantiza esa coherencia en el tema específico y concreto que ha originado el presente texto académico, es decir, en el proceso de responsabilidad fiscal, hablar del control fiscal, de la Contraloría General de la República-CGR, del proceso de responsabilidad fiscal ordinario y del proceso de responsabilidad fiscal verbal y de cómo se aplican los criterios de solución y lo que ha dicho la Corte para solucionar las posibles colisiones.

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.

En estos términos la Ley 610 de 2000 establece el procedimiento ordinario para los procesos de responsabilidad fiscal. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011 -Anticorrupción-, se estableció el procedimiento verbal, en aras de agilizar su trámite y combatir efectivamente la corrupción. La entrada en vigencia de ésta última, trae consigo una serie de aparentes incongruencias entre el procedimiento ordinario y el procedimiento verbal del proceso de responsabilidad fiscal, frente a los recursos que proceden frente al auto que deniega la solicitud de nulidad, el auto que deniega pruebas, así como el recurso que procede frente al auto que decreta medidas cautelares.

Dentro de las nulidades frente al proceso de responsabilidad fiscal se encuentra como causales, las señaladas en el artículo 36 de la ley 610, así: “Falta de

competencia”, “La violación del derecho de defensa del implicado”, “La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.”

Los recursos que proceden en el procedimiento ordinario contra el auto que deniega la solicitud de nulidad, son el de reposición y apelación. Esto está corroborado por lo señalado en el artículo 102 de la Ley 1474 de 2011 en el sentido que procede el recurso de reposición y en subsidio apelación contra las decisiones que resuelven las solicitudes de nulidad, las que denieguen la práctica de pruebas y contra el auto que decreta medidas cautelares.

Hasta aquí no se evidencia una aparente incongruencia, sin embargo, el artículo 100 numeral e) y el artículo 103 de la ley 1474 sólo contemplan el recurso de reposición contra el auto que deniegue pruebas y contra el auto que decrete medidas cautelares y el artículo 109 ibídem establece que frente al auto que deniegue solicitud de nulidad sólo procede el recurso de apelación, lo que hace entender que en los procesos ordinarios de única instancia, no proceden recursos.

De lo anterior se colige que la parte final del artículo 38 de la ley 610 de 2000 ha sido derogado por el artículo 109 del Estatuto Anticorrupción, teniendo en cuenta que le asiste la facultad de derogar las normas que le sean contrarias.

Igualmente significa lo anterior, que da lugar para plantearse los siguientes interrogantes: ¿Qué recursos le proceden frente al auto que deniega la solicitud de nulidad dentro de los procesos ordinarios de única instancia? ¿Existe una aparente contradicción normativa entre los artículos 38 de la ley 610 de 2000; 100 numeral e) y 103 de la ley 1474 y el artículo 109 de ésta última? ¿Existe contradicción normativa entre los artículos 102 y 109 de la ley 1474 de 2011? ¿Se presenta una vulneración al derecho fundamental del debido proceso?

Son los interrogantes que se pretenden resolver, utilizando las herramientas hermenéuticas y argumentativas en aras de verificar la coherencia del sistema jurídico colombiano en el proceso de responsabilidad fiscal, ya que al interior de la Contraloría entre los abogados sustanciadores se está presentando una ambigüedad de criterios, al no tener claro qué recursos le proceden a los sujetos procesales cuando interponen solicitudes de nulidad cuando el proceso es verbal de única instancia y qué recursos si el proceso es ordinario de única instancia.

No cabe duda que se presenta una dificultad a la hora de decidir sobre las solicitudes de nulidad interpuestas por los sujetos procesales, ya que no hay claridad cuando de con-ceder los recursos se trata, pues se presenta una aparente incoherencia entre las normas que regulan el trámite verbal y ordinario del proceso de responsabilidad fiscal.

De allí surge el problema hermenéutico que direcciona la presente investigación, porque no se sabe concretamente cómo es que se va a aplicar el otorgamiento de recursos en los procesos de única instancia adelantados por el procedimiento verbal y qué recursos les proceden a los procesos ordinarios de única instancia, en tratándose de las solicitudes de nulidad.

En consecuencia, se ha hecho necesario profundizar acerca de la coherencia del sistema jurídico, como se evidencia en los textos que preceden, a fin de determinar las herramientas hermenéutica y argumentativas que garanticen una alternativa fundada saliendo al paso de la posible antinomia.

Por ejemplo, Ricardo Guastini (2014:117) determina que las antinomias están dadas o se configuran cuando dos normas regulan de forma diferente una situación fáctica e infringiendo o determinando consecuencias diversas e incompatibles entre ellas, observándose así un conflicto en la aplicación del derecho, el cual no es posible aceptar, teniendo en cuenta que a donde se llega es

un asunto de irracionalidad.

Y esto se ha establecido, en la medida en que la era ilustrada del derecho o la modernidad, atribuyendo a los sistemas jurídicos la plenitud o plenitud, no concibe un margen de posibilidad a la incertidumbre.

Guastini concibe la antinomia en relación a la decisión judicial, pues piensa que un caso en concreto es susceptible de dos soluciones distintas y opuestas. Así, un caso puede ser decidido de dos formas que en la realidad jurídica es posible, pero inadmisibles desde los principios de igualdad y certeza del derecho, cosa que en los estados de derecho contemporáneos el juez a través de su razonamiento está abocado a salir adelante y airoso cuando se encuentra en estas circunstancias.

Igualmente, para este autor, las antinomias pueden ser en *abstracto y concreto*; las primeras vistas desde el campo conceptual, mientras que las segundas se estructuran desde los acontecimientos del mundo.

Ahora bien, las dos normas que conforman la antinomia, pueden superponerse total o parcialmente. Es decir, como se afirmó en precedencia, las primeras se excluyen totalmente, mientras que las segundas guardan cierta capacidad para conciliar algunos aspectos que no son excluidos totalmente. Las antinomias parciales pueden ser parciales unilaterales o parciales bilaterales.

Lo interesante en este autor es que determina que las antinomias pueden crearse a través de la interpretación, y esto tendría sentido en cuanto se concibe que el producto de la interpretación es la creación de una norma, que al fin y al cabo puede ser incompatible con otra norma y dar origen a la antinomia, pero que en ningún momento puede ser la solución de las mismas el proceso interpretativo, pues de un caso pueden construirse variadas interpretaciones que tienen consecuencias diferentes.

Entonces, ¿cómo se puede solucionar una antinomia? Lo primero que anota Guastini, es la imposibilidad de la hermenéutica para dar solución a este fenómeno jurídico, pues en cierto sentido, la solución se ha planteado desde la normatividad positiva, la ley trae criterios o puntos específicos que se deben tener en cuenta para solucionar un asunto cuando esta mediado por una antinomia. Si bien es cierto, la interpretación crea antinomias, no es quien esté llamado a solucionarlo.

Por ejemplo, los caminos empleados para solucionar la cuestión de las antinomias, pueden verse enmarcados en la aplicación del principio *cronológico*, *principio jerárquico*, *criterio de especialidad*. En estos se busca dar aplicación a cuestiones prácticas para salir de la situación dificultosa, por ejemplo, la ley posterior deroga la anterior, la ley superior se aplica con prelación a la inferior, cuando existe una norma especial para regular un caso determinado, se debe preferir en relación con una norma general, por ejemplo, que mencione el asunto, pero que no sea de directa aplicación.

Si bien como se ve, estas son posibilidades que se van estableciendo a fin de lograr una concreción en relación al problema que se ha planteado, pues se piensa que desde estos criterios y porque no, desde la interpretación se establezcan pautas que repercutan en la posible alternativa.

Hay algo interesante en el pensamiento de Guastini por ejemplo, y lo constituye el caso de las antinomias entre principios constitucionales (136), las cuales las determina el autor como reales, y cuya solución no está dada por el derecho positivo, sino que es un asunto de construcción jurídica, piénsese en el proceso de la hermenéutica y la argumentación para crear un argumento que permita encontrar a través o mediado por el razonamiento, una posible solución o alternativa, pues como se dijera, la interpretación crea antinomias y no es posible que esta las solucione, sin embargo lo diferente, es la fuente donde se produce el

conflicto, ya no es desde una regla o norma, sino desde lo establecido por la constitución, la fuente del conflicto es la constitución, y se piensa que sea esta la misma quien presente las alternativas, pues no se concibe que una norma positiva entre a dar salida a posibles soluciones entre las incompatibilidades, entre principios constitucionales, cosa que sí podría pensarse desde el precedente jurisprudencial, por tener fuente directa en la constitución y que el mismo es considerado como un derecho fundamental de los asociados que esperan de sus jueces, la razonabilidad en la construcción del derecho.

Pero la situación, va un poco más allá, y fue lo expresado en precedencia relacionado con la norma de coherencia, que como quedara evidenciado, prohíbe la presencia de las antinomias en los ordenamientos jurídicos, haciendo del mismo una perfección en cuanto a la regulación.

Bobbio (2005) piensa que la norma de la coherencia, que en últimas es una prohibición, va dirigida, por un lado, a quien crea la regla y por el otro lado a quien la aplica. Al respecto, *dirigida la prohibición a los creadores de normas, diría así: "No debéis crear normas que sean incompatibles con otras normas del sistema". Dirigida a los aplicadores, la prohibición asumiría esta otra forma: si encontráis antinomias debéis eliminarlas*".

Y esto tiene sus efectos, pues una cosa es la antinomia desde los creadores de las normas y otra muy distinta, desde aquellos que la aplican, por decirlo así el juez, y se piensa también en la posibilidad que tienen los litigantes y quienes además producen actos administrativos, donde deciden teniendo en cuenta las reglas y que en algunas situaciones deben también eliminar las antinomias obedeciendo a la prohibición de la coherencia.

Teniendo en cuenta el trabajo de investigación que se viene desarrollando, frente a las posibles incompatibilidades de normas en el desarrollo de un proceso de

responsabilidad fiscal, y ante la incertidumbre de cuál puede ser el recurso que se utilice cuando se está en desacuerdo con la decisión adoptada, o en el peor de los casos, establecer si existe o no la posibilidad de tal recurso, se opta por evitar o aplicar la prohibición de las antinomias, no desde quienes la crean, sino de quienes la aplican.

Y es que el artículo 119 de nuestra Constitución Política establece que “La Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración.” De ahí se desprende que ésta entidad es la encargada de efectuar control posterior y selectivo en las entidades del orden nacional.

Como bien lo ha dicho la Corte Constitucional, el cometido central de la Contraloría es el de verificar el correcto cumplimiento de los deberes asignados a los servidores públicos y a las personas de derecho privado que manejan o administran recursos o fondos públicos, en el ejercicio de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, 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, labor que ejerce a través del Plan General de Auditoría – PGA, dentro del cual programa y realiza auditoría a las entidades de conformidad con la competencia asignada en el artículo 267 de la Constitución Política de Colombia.

El producto final de la auditoría tiene que ver con la formulación de hallazgos que pueden tener connotación administrativa, penal, disciplinaria y fiscal, éstos últimos trasladados al Grupo de Investigaciones Fiscales para que se adelante el respectivo proceso de responsabilidad, cuyo marco jurídico está determinado por la Ley 610 de 2000 y el Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011).

Este Estatuto, en el capítulo VIII determina las medidas para la eficiencia y eficacia del control fiscal en la lucha contra la corrupción y en su sección primera menciona las modificaciones al proceso de responsabilidad fiscal – procedimiento verbal de responsabilidad fiscal, es decir, esta ley establece un nuevo trámite dentro del proceso de responsabilidad fiscal que anteriormente sólo se llevaba por el trámite ordinario.

Y estos dos trámites, el uno ordinario y el otro verbal, es lo que en cierto momento ha llevado a establecer que existen recursos diferentes para atacar una decisión que es diferenciada dependiendo, del tipo de trámite en que se encuentre el investigado, cosa que, de sí, insinúa un tratamiento diverso.

Ante una situación como esta, se pregunta, si el ordenamiento jurídico es pleno, es decir, el ordenamiento comporta la característica de la plenitud que reputa que siempre y en todo momento, en el ordenamiento jurídico existe una norma reguladora de toda situación o hecho que se presente para ser tratada indistintamente. Siempre existe una solución para tal o cual problema.

En el momento en que no exista la norma para cada caso, simplemente aparecen, lo llamado por Bobbio (208) como laguna. En el ordenamiento jurídico no existen lagunas, por la presencia de una norma que regula cada caso, y es así como aparece lo denominado como plenitud del ordenamiento jurídico.

Puede pensarse que, ante la imposibilidad de un recurso en alguno de los trámites de responsabilidad fiscal, lo que implica la incompatibilidad de normas, es decir la existencia de una antinomia, si el ordenamiento jurídico goza de plenitud, no hay cuestión que inquiete, a sabiendas de la presencia de una norma para cada caso, para el caso en concreto que nos ocupa.

La cuestión es plantear la posibilidad de cómo encontrar esa norma que decide el

caso, si existe, o como se crea la norma sino existe, o simplemente se aplican unos criterios establecidos positivamente. El asunto es que tanto pueden servir estos últimos cuando se habla en los sistemas jurídicos contemporáneos de la complejidad y de la incertidumbre o de la probabilidad; es del caso plantear cómo se logra llegar a la solución cuando estamos frente a un situación que nos exige decidir de un sentido determinado que implique coherencia y plenitud del sistema jurídico, donde se evidencia el problema pero al mismo tiempo, se avizora la solución, porque el ordenamiento jurídico lo posibilita dando parte activa a quien aplica el derecho.

Ahora bien, frente a esta serie de pensamientos, se establece el discurrir de Patricia Cuenta Gómez (2010:2), en cuanto al tema de la unidad, la coherencia y la plenitud del Ordenamiento jurídico, desde el pensamiento de Bobbio, advirtiendo que se hace extensa la citación, por la fuerza que le da a la construcción de este documento. Así es el pensamiento de la autora:

A la hora de exponer la concepción de Bobbio en torno al problema de la unidad del Ordenamiento jurídico, puede resultar útil diferenciar dos puntos de vista: un punto de vista interno – que tiene su límite en la norma constitucional y que se relaciona con el problema de la validez de las normas individualmente consideradas – y un punto de vista externo que trasciende la Constitución y que se relaciona con el problema de la validez del Ordenamiento jurídico en su conjunto.

En el primero de estos puntos de vista, Bobbio siempre asumió la teoría kelseniana de la elaboración gradual del Ordenamiento jurídico, que reconstruye la unidad a través del principio de jerarquía normativa. En las coordenadas de la construcción gradual, las normas las inferiores dependen de las superiores y esa relación de dependencia es definida por Bobbio, siguiendo la concepción

dinámica del orden jurídico manejada por Kelsen, como una relación de regulación de la producción.

En este ámbito, la aportación más relevante del pensamiento de Bobbio consiste en clarificar el significado de la estructura jerárquica del Ordenamiento.

Señala Bobbio, que esta estructura puede ser contemplada desde la relación producción-ejecución, desde la dualidad poder-deber y desde la conexión norma-poder.

Así, si miramos la pirámide desde arriba hacia abajo veremos una serie de “actos de producción jurídica” que son “expresión de un poder”, esto es, veremos una cadena de poderes “que crean normas”. Y si la contemplamos de abajo arriba veremos “una serie de procesos de ejecución jurídica” que suponen “el cumplimiento de un deber”, esto es, veremos una serie de normas que producen poderes y delimitan su actuación.

En estas coordenadas la solución del problema de la unidad, suministra el concepto de validez jurídica utilizado por Kelsen y que Bobbio recoge: la validez será la pertenencia de una norma al Ordenamiento porque ha sido producida de conformidad con los límites establecidos por las normas superiores del mismo.

Conviene señalar, aunque sobre ello se volverá con posterioridad cuando se trate la exigencia de coherencia, que, según Bobbio, los límites que las normas superiores establecen para la creación de normas inferiores pueden ser tanto formales como materiales. Esta consideración puede entenderse como una corrección de la

interpretación más difundida – y, a mi juicio, errónea – de la concepción kelseniana del orden jurídico como sistema dinámico, que afirma que para el profesor austriaco las normas superiores establecen únicamente criterios formales de producción o, en todo caso, que estos aspectos formales son los únicos relevantes para la cuestión de la validez jurídica.

Trasladando la reflexión al punto de vista externo, cabe señalar que en un primer momento Bobbio acepta la teoría de la norma fundamental kelseniana que sitúa como “principio unificador” y “fundamento de la validez de todas las normas del sistema”.

Ahora bien, Bobbio, incluso en este momento, no deja de reconocer la incidencia de la eficacia garantizada por el poder coactivo en la cuestión de la validez del Ordenamiento.

Aunque también Kelsen admite esta influencia, la asunción de la epistemología neokantiana – que impone como postulado central la separación tajante entre ser y deber ser – explica su empeño por mantener la norma fundamental como expediente necesario para traducir en términos normativos la realidad fáctica del poder. Sin embargo, Bobbio, libre de los condicionamientos neokantianos, terminará abandonando con carácter definitivo la teoría de la norma fundamental, que considerará “superflua”, y afirmando, ya sin velos ni ficciones, que “la validez de la norma última”, y, por tanto, del Ordenamiento jurídico en su conjunto “se funda en la efectividad del poder último”.

La sustitución de la base ficticia de la norma fundamental por la base empírica del poder, en la terminología del profesor Peces-Barba por

el poder como Hecho Fundante Básico, constituye uno de “los méritos más celebrados de la teoría del Derecho de Bobbio respecto de la de Kelsen”.

En relación con los rasgos de la coherencia y de la plenitud Bobbio rechaza la comprensión dogmática de estas exigencias manejada por el positivismo tradicional admitiendo la presencia de antinomias y lagunas en el Derecho. En relación con el rasgo de la plenitud Bobbio se ocupa de refutar, además, las versiones críticas representadas por la teoría del espacio jurídico vacío y por la doctrina de la norma general excluyente.

En este sentido, suele afirmarse que Bobbio considera la coherencia y la plenitud no como rasgos reales de los Ordenamientos jurídicos, sino como ideales morales acerca de cómo debe ser un buen Ordenamiento. Aunque es cierto que en algunos textos Bobbio califica la coherencia y la plenitud como valores morales o exigencias de justicia, de otros de sus trabajos y del conjunto de su obra es posible extraer una comprensión, a mi juicio más adecuada, del significado de estas exigencias.

En su *Teoría dell'Ordinamento* de 1955 mantiene Bobbio “el principio implícito en todo sistema, es que no debe haber contradicciones, pero eso no quita para que éstas, de hecho, puedan perfectamente subsistir. Si acaso se puede decir: mientras estas contradicciones son limitadas en número, el sistema rige; si en cambio fueran muy numerosas, probablemente el sistema no regiría ya porque no serviría para ordenar las acciones humanas”. En la Voz “Norma” de 1980 se pregunta Bobbio “¿pero puede un ordenamiento jurídico cumplir su función que es la de regular la vida asociada de un grupo

compuesto por muchos individuos si no es ni coherente ni completo?” y advierte “en ambos casos antinomias y lagunas el miembro del grupo social cuyo comportamiento es regulado no sabe cómo comportarse: en el primero porque no puede seguir contemporáneamente dos normas que se contradicen, puede seguir una sola, ¿pero cuál?

En el segundo porque no hay ninguna norma que sirva como guía de la acción. Las dos situaciones son percibidas como insostenibles y por ello los juristas han ideado varios expedientes para encontrar una solución”.

Las anteriores reflexiones permiten afirmar que las exigencias de coherencia y de plenitud se presentan en Bobbio como rasgos del concepto de lo jurídico estructural funcional que maneja el autor, esto es, como rasgos estructurales derivados de la contemplación del Derecho como sistema, y como rasgos funcionales imprescindibles para que el Derecho pueda ser razonablemente eficaz como técnica de regulación de los comportamientos sociales.

Bobbio asumiría, así, lo que puede calificarse como una concepción “relativa” de la coherencia y de la plenitud que considera las lagunas y las antinomias como defectos o males que pueden existir, pero que se deben eliminar arbitrándose para ellos los mecanismos pertinentes. De acuerdo con esta visión, los Ordenamientos jurídicos no serían efectivamente plenos, ni efectivamente coherentes pero sí serían, por necesidades estructurales y funcionales, y no eminentemente morales, tendencialmente plenos y tendencialmente coherentes.

Desde esta clave de lectura, adquiere pleno sentido la existencia en el Ordenamiento jurídico, afirmada por Bobbio, de un deber de coherencia que dirigido a los creadores de normas diría “No debéis crear normas que sean incompatibles con otras normas del sistema”, mientras que referido a los aplicadores asumiría esta otra forma: “Si encontráis antinomias debéis eliminarlas”.

Este deber de coherencia se presenta, en el caso de las normas jerárquicamente ordenadas, como un deber jurídicamente cualificado derivado de la propia estructura del Ordenamiento que afecta tanto a los creadores de normas, como a los aplicadores de normas, operando en esta proyección vertical como un criterio de validez de carácter material. Una norma inferior que sea incompatible con el contenido de una norma superior debe considerarse inválida. Así, para Bobbio, como señala Guastini, los Ordenamientos jurídicos “son sistemas normativos estáticos y dinámicos a un tiempo en la medida en que la validez de las normas jurídicas depende tanto de criterios formales, cuanto de criterios materiales.

A mi modo de ver, partiendo de la aproximación Bobbiana a esta temática, sería posible afirmar también la existencia de un deber de plenitud, que se proyectaría, en primer lugar, sobre los órganos creadores de normas generales, exigiéndoles que contemplen todos los supuestos relevantes desde un punto de vista jurídico y, en segundo lugar, sobre los encargados de aplicar tales normas, imponiéndoles la obligación de eliminar las posibles lagunas acudiendo para ello a los instrumentos que les proporciona el propio sistema jurídico.

Precisamente, otra aportación importante de la Teoría del

Ordenamiento de Bobbio consiste en el análisis de los criterios de resolución de antinomias y lagunas y en el planteamiento de sus posibles conflictos.

Por lo que respecta a los criterios de resolución de antinomias, Bobbio se ocupa del estudio del criterio jerárquico, del criterio cronológico y del criterio de especialidad, subrayando que estos criterios resultan insuficientes para resolver algunas antinomias, que califica como antinomias reales. Y ello por dos razones. En primer lugar, porque existen supuestos – el de las normas de igual jerarquía, contemporáneas y con el mismo grado de generalidad – en los que no es aplicable ningún criterio. Y, en segundo lugar, porque pueden producirse conflictos entre los propios criterios de resolución de antinomias – las llamadas antinomias de segundo grado – sin que – salvo en el caso de conflicto entre el criterio jerárquico y el cronológico – exista un meta-criterio claro preestablecido que indique qué criterio debe prevalecer.

Por lo que se refiere a los criterios de resolución de lagunas, Bobbio privilegia los métodos de autointegración frente a los procedimientos de heterointegración. Entre los métodos de autointegración Bobbio alude a la analogía, considerada expresión de una norma general incluyente, y a los principios generales del Derecho. En todo caso, siguiendo el razonamiento de Bobbio, a estos dos métodos cabría añadir el argumento a contrario, como aplicación de la norma general excluyente. Aunque Bobbio no se refiere explícitamente a los conflictos entre los criterios de resolución de lagunas, de su análisis se desprende que también entre la analogía y el argumento a contrario se produce una “antinomia” – o si se quiere una laguna de segundo grado – en la medida en que salvo en algunos subsistemas

normativos, como es el caso del subsistema penal, no existe una regla que señale cuando debe acudirse a uno o a otro método para resolver las lagunas de primer grado.

De nuevo se ha considerado que el tratamiento de Bobbio de los problemas de la plenitud y de la coherencia mejora el planteamiento Kelsen, al que por cierto Bobbio no alude. Expuesta en un sentido general la Teoría del Ordenamiento de Bobbio, me referiré en la última parte de mi exposición a lo que considero son algunas de sus insuficiencias que marcan, a mi juicio, el camino por el que debe continuarse su obra.

Lo pretendido es evidenciar el tema de las antinomias en relación con el problema que se ha establecido, pues con este marco teórico, por decir de alguna manera, se podrá dar paso al tercer capítulo con el ánimo de mostrar si efectivamente en un proceso de responsabilidad fiscal al momento en que la norma determina que recursos proceden, existen normas incompatibles y así, estructurar una alternativa en relación al conflicto existente.

Como se afirmará, en desarrollo del proceso de responsabilidad fiscal, entendido como ese 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, es cuando pueden aparecer, los conflicto de normas, como por ejemplo, establecer una serie de recursos, que en ocasiones se conceden y otras se niegan, cuando podría haber unidad de criterio al respecto.

Ahora bien, en un artículo académico de investigación presentado por el abogado Edwin Riaño Cortés para optar por el título de “Magister en Derecho”, con énfasis

en Derecho Administrativo, por la Universidad Sergio Arboleda en julio de 2012. Revisado y orientado denominado ¿Cómo entender los recursos procedentes en la vía gubernativa dentro de los procesos de responsabilidad fiscal a la luz de la Ley 1474 de 2011?, aborda un poco el tema planteado en esta investigación, pues lo relevante es el aspecto de como en un proceso de responsabilidad se pueden evidenciar las antinomias cuando de interponer los recursos se trata.

Volviendo al autor que nos precede, en este artículo se planteó el problema jurídico teniendo en cuenta que el control fiscal es entendido como una función pública según la Constitución Política de 1991, la cual contempla dentro de la separación de poderes, la creación de unos organismos autónomos e independientes que tienen a su cargo la vigilancia de las actuaciones del Estado y dentro de ellos se encuentra la Contraloría General de la República, la cual tiene la función de vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado. (Corte Constitucional, 2001).

En sí mismo, el fundamento normativo más importante del proceso de responsabilidad fiscal, dice el autor, es la Ley 610 de 2000 en la que se prevén los recursos de reposición, apelación y de queja dentro del trámite ordinario del proceso y están previstos para garantizar el derecho fundamental a la impugnación y a la doble instancia, además del debido proceso y de la seguridad jurídica de los presuntos responsables.

Recientemente con la expedición de la Ley 1474 de 2011 – Estatuto Anticorrupción-- se buscó la celeridad y eficiencia de los procesos de responsabilidad fiscal y se estableció el trámite verbal. Lo que significa que ahora la Contraloría dentro del nuevo proceso de responsabilidad fiscal puede adelantar dos actuaciones: una denominada verbal y otra denominada ordinaria.

Con esta implementación, manifiesta el autor la necesidad de estudiar

doctrinariamente cómo se encuentran contemplados los recursos de apelación, reposición y queja dentro del nuevo Estatuto para determinar su procedencia, aplicación y la coherencia al respecto entre la norma y el procedimiento.

Concluye el Dr. Riaño que, en el Estatuto Anticorrupción, dentro del procedimiento verbal, se presenta la incongruencia de haber determinado la procedencia del recurso de reposición cuando se niegue la práctica de pruebas (Artículo 100; literal e)) y la interposición del recurso de reposición, en subsidio el recurso de apelación, frente a una misma situación (Art. 102). Lo cual crea una inseguridad jurídica en el proceso por no haber dejado claro cuál sería la mejor forma de aplicar los recursos habidos ante el auto que niegue pruebas.

Pues, no se explica cómo frente a una misma situación, regulada por dos procedimientos diferentes, es decir, por dos normas, se llegue a soluciones distintas cuando se podría haber determinado unidad de criterio en los dos procedimientos a fin de que no se puedan estructurar decisiones en contra vía.

Sin embargo, lo más complejo del asunto, es cuando un sujeto en concreto sienta su derecho vulnerado porque puede suceder, de que se percate que, si su procedimiento se llevara a cabo a través de aquel que lo favorezca, seguramente, exigiría que se le diera la posibilidad de acceder al más garantista, esto es, a aquel que le dé mejores alternativas de que un juez superior pueda estudiar su caso al momento de sentirse inconforme con la decisión del primer juez.

Es menester, evidenciar, el significado o alcance de los dos procedimientos y establecer cómo funcionan, y cuál es la razón por la cual admiten una serie de recursos diferentes, para con ello establecer las posibles antinomias, y así buscar o determinar a través de la argumentación, la posible solución.

Ahora bien, en relación con el proceso de responsabilidad fiscal, y como se

advirtiera en el capítulo primero, al establecer la relación de éste con el ordenamiento jurídico, se tiene que decir que, el ordenamiento jurídico aplicable a este procedimiento, es el establecido en las normas 610 de 2000 y 1474 de 2011, en relación con lo establecido en la Constitución Política de Colombia.

Así, es proclive afirmar que este procedimiento específico, guarda estrecha relación con todo el ordenamiento jurídico vigente, pues existe, bajo el principio de unidad, un solo sistema u ordenamiento jurídico que informa los diferentes subsistemas que lo integran, y que, a la vez, éstos se nutren de ellos.

A manera de conclusión, en el presente capítulo se afirma que las antinomias son una contradicción normativa, consistente en aplicar consecuencias jurídicas incompatibles a un mismo hecho o situación fáctica, la cual espera ser regulada de la misma forma por el ordenamiento jurídico, pero las cuales no son posible por la coherencia y la plenitud del ordenamiento jurídico como sistema.

Esto así, deja entrever la relación directa entre los capítulos primero y segundo, como se afirmó o mencionó al iniciar el presente, pues de la concepción sistemática o del ordenamiento jurídico como sistema integrado por reglas y principios, se imposibilita la presencia de las antinomias en un ordenamiento jurídico. Esta es la forma como el sistema jurídico se protege, encaminándose a su propia comprensión.

3. EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL EN LA LEY 610 DE 2000 Y LA LEY 1474 DE 2011

A manera de introducción, en el presente capítulo se hace una presentación del proceso de responsabilidad fiscal ordinario y verbal, y sus reglas establecidas en las leyes que lo regulan, con el fin de establecer la naturaleza de cada uno y así determinar las posibles contradicciones que puedan existir en el campo de los recursos contra las diferentes providencias que se expiden en desarrollo de los mismos.

Igualmente, se reitera, que en el presente capítulo se entenderá y asumirá por proceso de responsabilidad fiscal, la definición o conceptualización presentada por la normatividad respectiva, como 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. (Art. 1 Ley 610 del 15 de agosto de 2000 y Sentencias T-552 del 7 de octubre de 1992, M.P. Dr. Fabio Morón, SU-620 del 13 de noviembre de 1996 M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell y C-840 del 9 de agosto de 2001, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería.).

Ahora bien, es importante establecer la relación del proceso de responsabilidad fiscal con el ordenamiento jurídico, y se afirma que este proceso es un sistema compuesto por reglas, pero también por principios, como, por ejemplo, la doble instancia, para hacer una interpretación idónea frente a cualquier asomo de duda, como se verá, frente al tema de los recursos.

Una vez establecidas las anteriores proposiciones, a manera de introducción, se

presenta uno de los puntos de partida, tenidos en cuenta como generadores e impulsores a presentar alternativas ante la problemática presentada.

Como antecedente de este trabajo, se menciona un artículo académico de investigación, presentado por el abogado Edwin Riaño Cortés para optar por el título de “Magister en Derecho”, con énfasis en Derecho Administrativo, por la Universidad Sergio Arboleda en julio de 2012, revisado y orientado por el Dr. Caros Ariel Sánchez Torres, llamado “¿Cómo entender los recursos procedentes en la vía gubernativa dentro de los procesos de responsabilidad fiscal a la luz de la Ley 1474 de 2011?” (Riaño, 2012)

En este artículo el autor planteó el problema jurídico teniendo en cuenta que el control fiscal es entendido como una función pública según la Constitución Política de 1991, la cual contempla dentro de la separación de poderes, la creación de unos organismos autónomos e independientes que tienen a su cargo la vigilancia de las actuaciones del Estado y dentro de ellos se encuentra la Contraloría General de la República, la cual tiene la función de vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado. (Corte Constitucional, 2001).

El fundamento normativo más importante del proceso de responsabilidad fiscal, dice el autor, es la Ley 610 de 2000 en la que se prevén los recursos de reposición, apelación y de queja dentro del trámite ordinario del proceso y están previstos para garantizar el derecho fundamental a la impugnación y a la doble instancia, además del debido proceso y de la seguridad jurídica de los presuntos responsables.

Ahora bien, con la expedición de la Ley 1474 de 2011 – Estatuto Anticorrupción se buscó la celeridad y eficiencia de los procesos de responsabilidad fiscal y se estableció el trámite verbal. Lo que significa que ahora la Contraloría dentro del

nuevo proceso de responsabilidad fiscal puede adelantar dos actuaciones: una denominada *verbal* y otra denominada *ordinaria*.

Con esta implementación, manifiesta el autor la necesidad de estudiar doctrinariamente cómo se encuentran contemplados los recursos de apelación, reposición y queja dentro del nuevo Estatuto para determinar su procedencia, aplicación y la coherencia al respecto entre la norma y el procedimiento.

Concluye el Dr. Riaño que,

En el Estatuto Anticorrupción, dentro del procedimiento verbal, se presenta la incongruencia de haber determinado la procedencia del recurso de reposición cuando se niegue la práctica de pruebas (Artículo 100; literal e)) y la interposición del recurso de reposición, en subsidio el recurso de apelación, frente a una misma situación (Art. 102). Lo cual crea una inseguridad jurídica en el proceso por no haber dejado claro cuál sería la mejor forma de aplicar los recursos habidos ante el auto que niegue pruebas.¹¹ (Riaño, 2012)

Si bien es cierto, el tema abordado en el proyecto de investigación del artículo reseñado está relacionado con el problema que se abordará en la presente investigación, resulta importante resaltar que aquel no hace mención a las herramientas hermenéuticas jurídicas, ni a los métodos de investigación que sí tendrán un desarrollo en el presente trabajo, ya que el énfasis que se le otorgó a aquél fue con relación al Derecho Administrativo, mientras que este proyecto tiene como principal énfasis la hermenéutica jurídica.

Y, desde esta perspectiva, usando algunas herramientas o paradigmas de la interpretación o argumentación presentados en los capítulos precedentes,

¹¹ RIAÑO, E. ¿Cómo entender los recursos procedentes en la vía gubernativa dentro de los procesos de responsabilidad fiscal a la luz de la ley 1474 de 2011? Artículo Académico de Investigación. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda

evidenciar de aclarar desde lo establecido como coherencia del sistema jurídico vigente en Colombia, lo relacionado con la interposición de los recursos contra el auto que resuelva las nulidades, son diferentes en los dos procesos de responsabilidad fiscal, establecidos en la ley 610 de 2000 y la ley 1474 de 2011.

Frente a lo anterior, es procedente dilucidar, lo comprendido en cada proceso de responsabilidad fiscal, para posteriormente entrar a establecer, si existe algún tipo de laguna o antinomia en el proceso verbal de responsabilidad fiscal, pues el proceso verbal ordinario, guarda su autonomía y se respetan las reglas del mismo. Por ello, se presenta en detalle cada uno de los procesos de responsabilidad, de la siguiente forma:

3.1 EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD

Como resultado de una indagación preliminar, denuncia ciudadana, hallazgo fiscal o del ejercicio de cualquier acción de vigilancia o sistema de control o de manera oficiosa, se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado o indicios serios de los posibles autores del mismo, el funcionario competente ordena la apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

3.2 APERTURA DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL ORDINARIO

Cuando se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado e indicios serios sobre los posibles autores del mismo, a través de auto se dará apertura al proceso de responsabilidad, identificando en el mismo, la entidad afectada, los presuntos responsables, determinarse el presunto daño patrimonial y la estimación de su cuantía. Dicho auto debe contener el decreto de las pruebas que se estimen conducentes y pertinentes, el decreto de las medidas cautelares

que deben practicarse antes de la notificación, si hay lugar a ello por tener conocimiento de bienes que sean objeto de la medida, tramitándose en cuaderno separado, las cuales se notifican por estado.

Ahora bien, el auto de apertura debe contener como mínimo: la competencia del funcionario de conocimiento, los fundamentos de hecho y de derecho, la identificación de la entidad afectada y de los presuntos responsables fiscales, la determinación del daño patrimonial al Estado y estimación de su cuantía, el decreto de las pruebas que se consideren conducentes y pertinentes, el decreto de las medidas cautelares a que hubiere lugar, la Solicitud a la entidad donde el servidor público esté o haya estado vinculado, para que ésta informe sobre el salario devengado para la época de los hechos, los datos sobre la identidad personal y su última dirección conocida o registrada, igualmente para enterarla del inicio de las diligencias fiscales, la orden de notificar a los presuntos responsables fiscales esta decisión y la vinculación y comunicación a los garantes, si los hubiere . (Art. 40 y 41 Ley 610 del 15 de agosto de 2000, Sentencia C-840 de 2001).

Abierto el proceso de responsabilidad fiscal, de conformidad de lo previsto en la ley 610 de 2000 y del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se enviará dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la expedición del auto, la comunicación a la dirección del implicado a efectos de notificarle personalmente de dicha providencia.

En todo caso, no puede dictarse auto de imputación, si el presunto responsable no ha sido escuchado en versión libre y espontánea, o no está representado por apoderado de oficio. El implicado puede designar apoderado que lo asista y represente durante el proceso, al cual se le debe reconocer personería para actuar.

De conformidad con lo consagrado en el artículo 106 de la Ley 1474 del 12 de

2011, únicamente se notifica personalmente el auto de apertura, el auto de imputación de responsabilidad fiscal y el fallo de primera o única instancia, para éstas providencias se aplica el sistema de notificación personal y por aviso previsto en la Ley 1437 de 2011. Las demás decisiones que se profieran dentro del proceso son notificadas por estado.

Ahora bien, notificado el auto de apertura, el funcionario encargado citará por escrito a los presuntos responsables fiscales a versión libre y espontánea, quienes pueden comparecer a esta diligencia con o sin apoderado; oportunidad en la que pueden aportar, controvertir y solicitar pruebas conducentes y pertinentes como garantía de su defensa. En caso que el presunto responsable fiscal no comparezca el día y hora fijado para llevar a cabo la diligencia se hace una nueva citación la cual se comunica por escrito.

Cuando un sujeto procesal no desea rendir versión libre y presenta un escrito como argumentos defensivos antes de proferirse el auto de imputación, el funcionario deberá resolverlo dentro del auto siguiente a proferir.

Si el presunto responsable no comparece o no puede ser localizado, o si citado no comparece, una vez notificado por aviso, se le declara persona ausente para que ejerza el derecho de defensa del implicado durante el curso del proceso o hasta cuando éste comparezca.

Con el defensor de oficio posesionado, se continúa el trámite del proceso. Este derecho se encuentra estrechamente relacionado con el principio del debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, como una garantía del presunto responsable fiscal de su defensa material y contradicción.

Surtida la notificación del auto de apertura del proceso ordinario de responsabilidad fiscal, el profesional comisionado recepciona la versión libre del

presunto responsable fiscal y practica pruebas conducentes y pertinentes decretadas en el mismo y se deciden mediante auto las solicitadas por el versionado. El abogado asignado realiza la práctica y recepción de pruebas necesarias las cuales pueden ser documentales, testimoniales, portazgos, visitas especiales, ratificación y ampliación de denuncia entre otras, con el fin de determinar la certeza o no de los hechos investigados.

Las pruebas son las razones o fundamentos que permiten llevar al operador jurídico del proceso a la certeza de un hecho, que se surte a través de medios de prueba directos o indirectos como mecanismos para alcanzar la demostración de la verdad.

Ahora bien, la prueba debe ser pertinente, en el sentido que tiene relación con los hechos de un proceso. Si no guarda relación con los mismos se dice que es impertinente. Así mismo deben ser conducentes, pues se mira idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar un hecho determinado. Es decir, se compara el medio probatorio y la ley y de allí obtenemos si existe certeza o no de los elementos de la responsabilidad fiscal.

Además de lo anterior, se debe mirar la idoneidad de la prueba, cuando es útil, presta un servicio, es necesaria o es conveniente para ayudar a obtener certeza de los elementos de la responsabilidad fiscal que se investiga y cuando no lo es toma el nombre de superflua.

La prueba impertinente, inconducente o superflua debe ser rechazada por el operador jurídico in límine o sea desde el momento en el cual se resuelva sobre las solicitudes de pruebas, por razones de economía procesal.

Así mismo, cuando no se usan las oportunidades procesales o no se ejercen las facultades otorgadas, precluye el derecho, o sea que pierde la oportunidad o la

facultad. Por ejemplo, si se deja pasar un término para pedir pruebas, éstas ya no podrán solicitarse. (Literal f art. 100 y art.107 Ley 1474 del 12 de julio de 2011 y art. 183 del C. de P.C., modificado por el art. 18 de la Ley 794 del 8 de enero de 2003).

Dentro de los medios probatorios se pueden emplear de forma variada. Estos, son los elementos o herramientas mediante los cuales se obtienen o se extraen y se llevan al proceso, el conocimiento de los hechos. Sirven como pruebas, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, el informe técnico, visita especial y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del operador fiscal. Arts. 22 al 32 de la Ley 610 del 15 de agosto de 2000 y arts. 116 y 117 de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011.

El investigado o quien haya rendido exposición libre y espontánea puede pedir la práctica de las pruebas que estime conducentes o aportarlas. La denegación total o parcial de las solicitudes o allegadas debe ser motivada y notificarse al peticionario, decisión contra la cual proceden los recursos de reposición y apelación, según la instancia. Art. 24 Ley 610 del 15 de agosto de 2000, en concordancia con el art. 110 de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011.

El funcionario competente puede comisionar para la práctica de pruebas a otro funcionario idóneo. (Art. 27 Ley 610 del 15 de agosto de 2000 y art. 100 de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011).

Las pruebas obrantes válidamente en un proceso judicial, de responsabilidad fiscal, administrativo o disciplinario, pueden trasladarse en copia o fotocopia al proceso de responsabilidad fiscal y se aprecian de acuerdo con las reglas preexistentes, según la naturaleza de cada medio probatorio.

Los hallazgos encontrados en las auditorías fiscales tienen validez probatoria dentro del proceso de responsabilidad fiscal, siempre que sean recaudados con el lleno de los requisitos sustanciales de ley. (Art. 28 Ley 610 del 15 de agosto de 2000).

El funcionario de la Contraloría en ejercicio de las facultades de policía judicial toma las medidas que sean necesarias para asegurar que los elementos de prueba no sean alterados, ocultados o destruidos. Con tal fin puede ordenar entre otras las siguientes medidas: disponer vigilancia especial de las personas, de los muebles o inmuebles, el sellamiento de éstos, la retención de medios de transporte, la incautación de papeles, libros, documentos o cualquier otro texto informático o magnético. (Art. 29 Ley 610 del 15 de agosto de 2000).

Las pruebas recaudadas sin el lleno de formalidades sustanciales o en forma tal que afecten los derechos fundamentales del investigado, se tienen como inexistentes. (Art. 30 Ley 610 del 15 de agosto de 2000).

En la acción de responsabilidad fiscal la carga de la prueba la tiene el Estado a través de las contralorías, en el desarrollo del proceso de responsabilidad fiscal. Es de advertir que frente a las presunciones consagradas en el artículo 118 de la ley 1474 de 2011, la carga de la prueba se invierte.

Las pruebas deben apreciarse en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional. La sana crítica es la operación intelectual realizada por el operador jurídico y destinado a la correcta apreciación del resultado de las pruebas decretadas y practicadas dentro del proceso. En otras palabras, la sana crítica es el método de apreciación de la prueba, donde su valoración debe realizarse de acuerdo a la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Este principio exige al operador jurídico que motive y argumente sus decisiones. Se aplica exclusivamente en

aquellos casos en los que el legislador ha entregado al operador jurídico el poder de valorizar libremente dicho resultado, se opone, en este sentido, al concepto de prueba legal o tasada, donde es la ley la que fija el valor de la prueba. Art. 26 Ley 610 del 15 de agosto de 2000.

El investigado puede controvertir las pruebas dentro de la acción de responsabilidad fiscal, después de la notificación del auto de apertura del proceso ordinario de responsabilidad fiscal, después de diez (10) días contados a partir del día siguiente a la notificación personal o por aviso del auto de imputación, puede presentar los argumentos de defensa frente a las imputaciones efectuadas y solicitar y aportar las pruebas que pretenda hacer valer, vencido el término anterior el funcionario competente ordena mediante auto la práctica de las pruebas solicitadas o decreta de oficio las que considere pertinentes, conducentes y útiles, por un término máximo de treinta (30) días.

El auto que decrete o rechace las pruebas debe notificarse por estado. Contra el auto que rechace la solicitud de pruebas proceden los recursos de reposición y apelación; de acuerdo a la instancia, esta última se concede en el efecto diferido. Es de advertir que el término para practicar las pruebas es de dos años. Arts. 42, 50 y 51 Ley 610 del 15 de agosto de 2000.

En la audiencia de descargos el investigado puede aportar y solicitar pruebas y el funcionario competente decretarlas o denegarlas. En esta audiencia las partes tienen la facultad de controvertir las pruebas incorporadas al proceso en el auto de apertura e imputación, así como las decretadas y practicadas en dicha diligencia. Sobre las pruebas solicitadas dentro de la audiencia, el servidor público competente deberá decretar las que haya a lugar a más tardar dentro del mes siguiente y se deben practicar dentro un término máximo de un año. (Artículos 107 y 108 de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011).

En lo que respecta a la vinculación de otros presuntos, la Ley 610 de 2000 establece que se puede vincular a otros presuntos responsables en cualquier momento del proceso y antes de haberse proferido fallo con responsabilidad fiscal. Esta vinculación se realiza en auto motivado el cual debe ser notificado de manera personal o en su defecto por aviso, conforme lo señala el artículo 106 de la Ley 1474 de 2011 y al implicado vinculado se le notifica en los mismos términos el Auto de Apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal.

Cuando el presunto responsable, el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentre amparado por una póliza de seguros, se vincula al proceso a la compañía de seguros en calidad de tercero civilmente responsable. La vinculación se surte mediante la comunicación del auto de apertura al representante legal o al apoderado designado.

El abogado asignado procede a valorar el acervo probatorio para decidir si se emite Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal el Auto de Cierre de Proceso de Responsabilidad Fiscal y Archivo.

El artículo 48 de la Ley 610 de 2000, señala que el funcionario competente profiere auto de imputación de responsabilidad fiscal cuando esté demostrado objetivamente el detrimento ocasionado al patrimonio del Estado y existan testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados.

El auto de imputación debe contener la identificación plena de los presuntos responsables, de la entidad afectada y de la compañía aseguradora, del número de póliza y del valor asegurado, la indicación y valoración de las pruebas practicadas, la acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado y las

instancias del proceso.

De conformidad con el artículo 106 de la Ley 1474 de 2011, el auto de imputación de responsabilidad fiscal se notifica a los presuntos responsables o a sus apoderados si los tuvieren y a la Compañía de Seguros si la hubiere, de manera personal o en su defecto por aviso, en la forma y términos establecidos en los artículos 67 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

Si la providencia no se hubiere podido notificar personalmente a los implicados que no estén representados por apoderado, surtida la notificación por aviso se les designa apoderado de oficio, con quien se continúa el trámite del proceso, de conformidad con el artículo 43 de la Ley 610 de 2000.

Los presuntos responsables fiscales disponen de un término de diez (10) días contados a partir del día siguiente a la notificación personal del auto de imputación o de la notificación por aviso para presentar los argumentos de defensa frente a las imputaciones efectuadas en el auto y solicitar y aportar las pruebas que se pretendan hacer valer. Durante este término el expediente permanece disponible en la Secretaría Común. En caso que se deba imputar responsabilidad fiscal a unos implicados y a otros no, por no existir mérito para ello, éstos se deben desvincular de la investigación archivando las diligencias en su favor y así se dispone en el auto de imputación. La desvinculación del proceso y archivo de las diligencias de uno o varios implicados, en cualquier etapa del proceso, debe ser consultada de acuerdo a lo indicado en el artículo 18 de la ley 610 de 2000.

Así mismo, el artículo 108 de la Ley 1474 de 2011, estipula que vencido el término para la presentación de los descargos después de la notificación del auto de imputación de responsabilidad fiscal, el servidor público competente de la Contraloría, debe decretar las pruebas a que haya lugar a más tardar dentro del mes siguiente.

El auto que decreta o rechaza las pruebas debe notificarse por estado al día siguiente de su expedición. Contra el auto que rechaza la solicitud de pruebas proceden los recursos de reposición (en procesos de única instancia), y reposición y apelación (en procesos de doble instancia); esta última se concede en el efecto diferido.

El investigado o quien haya rendido exposición libre y espontánea puede pedir la práctica de las pruebas que estime conducentes o aportarlas. La denegación total o parcial de las solicitudes o allegadas debe ser motivada y notificarse al peticionario, decisión contra la cual proceden los recursos de reposición y apelación, según la instancia.

El profesional asignado ordena mediante auto de pruebas, la práctica de las pruebas solicitadas o decreta de oficio las que considere pertinentes y conducentes por un término máximo de treinta (30) días. El auto que decreta o rechaza las pruebas debe ser notificado por estado al día siguiente de su expedición.

Este auto de pruebas se puede proferir, dependiendo de las diferentes solicitudes de pruebas dentro del expediente, antes del auto de imputación, evento en cual se utiliza el mismo. Contra el auto que rechaza la solicitud de pruebas proceden los recursos de reposición y apelación y una vez notificada personalmente o en su defecto por edicto esta providencia se envía mediante oficio remisario al Despacho del Contralor para surtir recurso de apelación en el efecto diferido y una vez notificada personalmente o en su defecto por edicto esta providencia se devuelve a primera instancia mediante oficio remisario.

Habrá lugar a tomar esta determinación cuando se pruebe, como lo contempla el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, una de las siguientes causales o circunstancias: el hecho no existió, el hecho no es constitutivo de detrimento patrimonial al

Estado, el hecho no comporta el ejercicio de gestión fiscal, cuando se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio al patrimonio del Estado, cuando se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado el fenómeno de la caducidad o la prescripción del proceso. Si se emite Auto de Archivo se notifica a los implicados por estado y luego se envía al Despacho del Contralor mediante oficio remisorio para surtir grado de consulta, quien podrá confirmar o revocar la decisión, a través de providencia denominada auto por medio del cual se resuelve el grado de consulta, notificándose dicha decisión a los investigados. En caso que, en grado de consulta, se decida revocar la decisión, esta instancia proferirá la providencia sustituta.

Finalmente, y después de surtido todo el procedimiento respectivo, se profiere el fallo. Éste fallo es la motivación, en términos de justificación lógica y jurídica, de una decisión que acredita su racionalidad. Dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento del periodo probatorio ordenado por el artículo 51 de la ley 610 de 2000, se profiere por parte del funcionario comisionado decisión de fondo, la cual puede ser fallo sin o con responsabilidad, el que se debe notificar personalmente a los vinculados y/o apoderados y a la compañía de seguros.

En el Fallo con responsabilidad fiscal la decisión debe contener certeza de la existencia del daño al patrimonio público y su cuantificación, la individualización y actuación con culpa grave del gestor fiscal, la existencia de una relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario. Se debe determinar en forma precisa la cuantía del daño causado actualizándolo a valor presente al momento de la decisión según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los períodos correspondientes.

En el evento en que sobrevenga la muerte del presunto responsable fiscal, antes de proferirse el fallo con responsabilidad fiscal debidamente ejecutoriado se cita y emplaza a sus herederos con quienes se seguirán el trámite del proceso y quienes

responden hasta la concurrencia con su participación en la sucesión.

Se notifica personalmente el contenido del fallo con o sin responsabilidad fiscal y por aviso conforme a la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

En caso que se dicte fallo sin responsabilidad fiscal el cual se emite cuando en el proceso se desvirtúen las imputaciones formuladas o no exista prueba que conduzca a la certeza de uno o varios de los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal, procede el grado de consulta.

3.3 DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL VERBAL Y SU ADECUACIÓN

De acuerdo al párrafo tercero del artículo 97 de la Ley 1474 de 2011, preceptúa la forma de adecuar un proceso ordinario a verbal, señalando que:

... en los procesos de responsabilidad fiscal en los cuales no se haya proferido auto de imputación a la entrada en vigencia de la presente ley, los órganos de control fiscal competentes, de acuerdo con su capacidad operativa, podrán adecuar su trámite al procedimiento verbal en el momento de la formulación del auto de imputación, evento en el cual así se indicará en este acto administrativo, se citará para audiencia de descargos y se tomarán las provisiones procesales necesarias para continuar por el trámite verbal ... (Congreso de Colombia, 2011)

El Grupo de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, tramita por el procedimiento verbal que creó la ley 1474 de 2011, 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. El procedimiento verbal se somete a las normas generales de responsabilidad fiscal previstas en la Ley 610 de 2000 y en especial por las disposiciones de la presente ley 1474 de 2011.

De conformidad con el reparto, el funcionario competente expide un auto de apertura e imputación de responsabilidad fiscal, el cual debe cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 41 y 48 de la Ley 610 de 2000 y contener además la formulación individualizada de cargos a los presuntos responsables y los motivos por los cuales se vincula al garante.

El auto de apertura e imputación indica el lugar, fecha y hora para dar inicio a la audiencia de descargos. Al día hábil siguiente a la expedición del auto de apertura se remite la citación para notificar personalmente esta providencia. Luego de surtida la notificación se cita a audiencia de descargos a los presuntos responsables fiscales, a sus apoderados, o al defensor de oficio si lo tuviere y al garante.

El proceso para establecer la responsabilidad fiscal se desarrolla en dos (2) audiencias públicas, la primera denominada de Descargos y la segunda denominada de Decisión. En dichas audiencias se pueden utilizar medios tecnológicos de comunicación como la videoconferencia y otros que permitan la interacción virtual remota entre las partes y los funcionarios investigadores.

Una vez reconocida la personería jurídica del apoderado del presunto responsable fiscal, las audiencias se instalan y son válidas, aun sin la presencia del presunto responsable fiscal. También se instalan y son válidas las audiencias que se realicen sin la presencia del garante. La ausencia injustificada del presunto responsable fiscal, su apoderado o del defensor de oficio o del garante o de quien

este haya designado para que lo represente, a alguna de las sesiones de la audiencia, cuando existan solicitudes pendientes de decidir, implica el desistimiento y archivo de la petición. En caso de inasistencia a la sesión en la que deba sustentarse un recurso, este se declara desierto.

En el momento pertinente se da inicio a la audiencia de descargo, presidida en su orden por el Contralor provincial de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva o en ausencia de este, por el funcionario designado para la sustanciación y práctica de pruebas. Debe iniciarse en la fecha y hora determinada en el auto de apertura e imputación del proceso. La audiencia de descargos tiene como finalidad que los sujetos procesales puedan intervenir, con todas las garantías procesales, y que se realicen las siguientes actuaciones: 1. Ejercer el derecho de defensa. 2. Presentar descargos a la imputación. 3. Rendir versión libre. 4. Aceptar los cargos y proponer el resarcimiento del daño o la celebración de un acuerdo de pago. 5. Notificar medidas cautelares. 6. Interponer recurso de reposición. 7. Aportar y solicitar pruebas. 8. Decretar o denegar la práctica de pruebas. 9. Declarar, aceptar o denegar impedimentos. 10. Formular recusaciones. 11. Interponer y resolver nulidades. 12. Vincular nuevo presunto responsable. 13. Decidir acumulación de actuaciones. 14. Decidir cualquier otra actuación conducente y pertinente.

En esta audiencia las partes tienen la facultad de controvertir las pruebas incorporadas al proceso en el auto de apertura e imputación, las decretadas en la Audiencia de Descargos y practicadas dentro o fuera de la misma.

La audiencia de descargos se tramita conforme a las siguientes reglas: a. El funcionario competente para presidir la audiencia, la declara abierta con la presencia de los profesionales técnicos de apoyo designados; el presunto responsable fiscal y su apoderado, si lo tuviere, o el defensor de oficio y el garante, o a quien se haya designado para su representación. b. Si el presunto

responsable fiscal no acude a la audiencia, se le designa un defensor de oficio. c. Si el garante en su calidad de tercero civilmente responsable, o su apoderado previa citación, no acude a la audiencia, se allana a las decisiones que en la misma se profieran. d. Cuando exista causa debidamente justificada, se pueden disponer suspensiones o aplazamientos de audiencias por un término prudencial, señalando el lugar, día y hora para su reanudación o continuación, según el caso. e. Solamente en el curso de la audiencia de descargos, los sujetos procesales pueden aportar y solicitar pruebas. Las pruebas solicitadas y las decretadas de oficio son practicadas o denegadas en la misma diligencia. Cuando se denieguen pruebas, procede el recurso de reposición, el cual se interpone, sustenta y resuelve en la misma audiencia. f. La práctica de pruebas que no se pueda realizar en la misma audiencia es decretada por un término máximo de un (1) año, señalando término, lugar, fecha y hora para su práctica; para tal efecto se ordena la suspensión de la audiencia.

En un momento posterior se da trámite de la audiencia de decisión, la cual es presidida por el Contralor provincial de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva y se tramitará conforme a las siguientes reglas: a. El funcionario competente para preside la audiencia de decisión, la declara abierta con la presencia del funcionario investigador fiscal, los profesionales técnicos de apoyo designados, el presunto responsable fiscal o su apoderado, si lo tuviere, o el defensor de oficio y el garante o a quien se haya designado para su representación. b. Se concede el uso de la palabra a los sujetos procesales para que expongan sus alegatos de conclusión sobre los hechos que fueron objeto de imputación. c. El funcionario realiza una exposición amplia de los hechos, pruebas, defensa, alegatos de conclusión, determina si existen pruebas que conduzcan a la certeza de la existencia o no del daño al patrimonio público; de su cuantificación; de la individualización y actuación del gestor fiscal a título de dolo o culpa grave; de la relación de causalidad entre la conducta del presunto responsable fiscal y el daño ocasionado, y determina también si surge una obligación de pagar una suma

líquida de dinero por concepto de resarcimiento. d. Terminadas las intervenciones el funcionario competente declara que el debate ha culminado, y profiere en la misma audiencia de manera motivada, fallo con o sin responsabilidad fiscal. Para tal efecto, la audiencia se puede suspender por un término máximo de veinte (20) días, al cabo de los cuales la reanuda y se procede a dictar el fallo correspondiente, el cual se notifica en estrados. El responsable fiscal, su defensor, apoderado de oficio o el tercero declarado civilmente responsable, deberán manifestar en la audiencia si interponen recurso de reposición o apelación según fuere procedente, caso en el cual lo sustentará dentro de los diez (10) días siguientes. e. La cuantía del fallo con responsabilidad fiscal es indexada a la fecha de la decisión. La providencia final se entiende notificada en estrados en la audiencia, con independencia de si el presunto responsable o su apoderado asisten o no a la misma.

De otra para, es de relevancia para la presente investigación, el tema de los recursos. En el proceso verbal de responsabilidad fiscal, proceden los siguientes recursos: El recurso de reposición procede contra el rechazo a la petición de negar la acumulación de actuaciones. El recurso de reposición en subsidio el recurso de apelación procede contra la decisión que resuelve las solicitudes de nulidad, la que deniegue la práctica de pruebas y contra el auto que decreta medidas cautelares, en este último caso el recurso se otorga en el efecto devolutivo. Contra el fallo con responsabilidad fiscal proferido en audiencia proceden los recursos de reposición o apelación dependiendo de la cuantía determinada en el auto de apertura e imputación. El recurso de reposición procede cuando la cuantía del presunto daño patrimonial estimado en el auto de apertura e imputación, sea igual o inferior a la menor cuantía para contratación de la entidad afectada con los hechos y tendrá recurso de apelación cuando supere la suma señalada. Estos recursos se interponen en la audiencia de decisión y son resueltos dentro de los dos (2) meses siguientes, contados a partir del día siguiente a la sustentación del mismo.

Una vez notificado el fallo, proceden los recursos de ley (reposición - apelación) con el fin de obtener la revocación, aclaración, reforma o modificación de ésta decisión administrativa. El recurso es uno de los principales medios de impugnación, el cual ha sido definido como una pretensión o un acto procesal mediante el cual el sujeto procesal o quien tenga la legitimación para actuar solicita la revisión, dentro del mismo proceso, de una resolución o un acto que le ha sido adverso, para que le sea sustituido por otro que le beneficie.

El artículo 74 de la Ley 1437 de 2011, modificó la denominación de “Recursos en vía gubernativa” a que se refería el artículo 50 del Decreto 01 de 1984, y en su lugar los llamó recursos contra los actos administrativos. Por regla general, contra los actos definitivos procederán los recursos de reposición, apelación y queja.

El recurso de reposición se presenta ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque. El Contralor provincial de Responsabilidad Fiscal y de Jurisdicción Coactiva adopta la decisión y las consecuencias de la decisión puede ser que el proceso puede seguir con conocimiento de primera de instancia o se envía el expediente mediante oficio remisorio al Despacho del Contralor para resolver el recurso de alzada.

El recurso de apelación procede así: Recibido el proceso, si no se observan causales insaneables de nulidad, el funcionario de segunda instancia profiere auto donde resuelve el recurso de apelación y debe confirmar, modificar o revocar (formato 600.02.51) dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes, este a su vez puede decretar de oficio la práctica de las pruebas que considere necesarias para decidir la apelación, por un término máximo de diez (10) días hábiles, libres de instancia, y puede comisionar para su práctica (formato 600.02.50). En caso de que la decisión sea revocada se debe proferir la decisión sustituta.

Una vez se surta la notificación mediante oficio remisorio se devuelve el

expediente a primera instancia para que se inicie el proceso de jurisdicción coactiva o se envíe al archivo de gestión y se hagan las desanotaciones correspondientes.

Frente al recurso de queja, es pertinente afirmar que se presenta cuando se rechace el de apelación. Es decir, que esta clase de recurso, se hace viable si el recurso de apelación es rechazado, de lo contrario, se quedará sin ninguna posibilidad para ser instaurado.

De la misma forma, es importante afirmar que no hay recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa.

Así mismo en el proceso verbal de responsabilidad fiscal, los recursos deben presentarse en la respectiva audiencia de descargos y decisión y sustentarse en la misma Audiencia, sin embargo, de acuerdo al literal d) del artículo 101 de la Ley 1474 de 2011, los recursos contra el fallo con responsabilidad fiscal se deben presentar en la audiencia, caso en el cual lo sustentaran dentro de los 10 días siguientes de la misma.

Frente a la vigencia y transitoriedad que contempla el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, en los procesos abiertos con anterioridad a la mencionada ley, en cuanto a los recursos deben interponerse dentro de los cinco (5) días hábiles después de surtida la notificación.

En tanto, que los procesos que iniciaron a partir de la Ley 1437 de 2011 la regla general es de diez (10) días hábiles, salvo para los autos que niegan la práctica de pruebas, que se cuenta con un término de cinco (05) días, de conformidad con el artículo 51 de la Ley 610 de 2000.

Por regla general los recursos se interponen por escrito, que no requiere de presentación personal, si quien lo presenta ha sido reconocido en la actuación. Igualmente, pueden presentarse por medios electrónicos.

Contra los actos que se profieran en el proceso de responsabilidad fiscal, proceden los siguientes recursos: Contra el rechazo a la petición de negar la acumulación de actuaciones procede recurso de reposición. Contra la decisión que resuelve las solicitudes de nulidad, proceden los recursos de reposición y apelación, dependiendo de la instancia, tal como se detalla en el numeral de nulidades. Contra la decisión que deniegue la práctica de pruebas, proceden los recursos de reposición y apelación, dependiendo de la instancia, tal como se detalla en el numeral de pruebas. Contra el auto que decrete medidas cautelares, proceden los recursos de reposición y apelación, dependiendo de la instancia, tal como se detalla en el numeral de medidas cautelares. Contra el fallo con responsabilidad fiscal proceden los recursos de reposición o apelación, dependiendo de la instancia del proceso.

Ahora bien, al momento de interponer los recursos dentro del proceso de responsabilidad fiscal, estos deben cumplir con los siguientes requisitos: 1. Interponerse dentro del plazo legal, por el interesado o su apoderado debidamente constituido. 2. Sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad. 3. Solicitar y aportar las pruebas que se pretende hacer valer. 4. Indicar el nombre y la dirección del recurrente, así como la dirección electrónica si desea ser notificado por este medio.

Estos recursos pueden ser rechazados, si el escrito con el cual se formula el recurso no se presenta con los requisitos expresamente previstos en los numerales 1, 2 y 4 mencionados anteriormente, el funcionario competente debe rechazarlo. Contra el rechazo del recurso de apelación procede el de queja.

Al interponer el recurso de apelación se pueden dar los siguientes efectos: En el efecto suspensivo, la competencia del inferior se suspende desde la ejecutoria del auto que la concede hasta que se notifique el de obediencia a lo resuelto por el superior. Efecto devolutivo, no se suspende el cumplimiento de la providencia apelada, ni el curso del proceso. Efecto diferido, se suspenderá el cumplimiento de la providencia apelada, pero continuará el curso del proceso ante el inferior en lo que no dependa necesariamente de ella.

Frente a la expedición de los actos administrativos, es posible que se dé la revocatoria directa de los mismos. Esta es la atribución concedida al funcionario que expide el acto o a su superior inmediato para que de oficio o a petición de parte, revoque un acto administrativo contrario a la Constitución o a la ley, al interés público o social, o cuando éste cause un agravio injustificado a una persona.

Las causales de revocación, improcedencia, oportunidad y efectos se encuentran regulados de manera expresa en la Ley 1437 de 2011, en cuyo trámite se deben garantizar los derechos de audiencia y defensa.

Ahora bien, dentro del proceso de responsabilidad fiscal, puede operar el grado de consulta, como una instancia que procede de oficio cuando se presenta, el fallo sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio, con el fin de garantizar el ordenamiento jurídico, el interés público, las garantías y derechos fundamentales.

El Contralor Provincial Ponente o el funcionario comisionado que haya proferido decisión de primera instancia envía mediante oficio remisorio el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del respectivo auto al Contralor Departamental, con el fin de proferir auto que resuelve grado de consulta.

Si transcurrido un mes de recibido el expediente por el Contralor Departamental, no se hubiere proferido la respectiva providencia, quedará en firme el fallo o auto materia de la consulta.

El artículo 18 la Ley 610 de 2000, aplica tanto al proceso ordinario, como al verbal de responsabilidad fiscal, porque la Ley 1474 de 2011, no introdujo cambios a esta figura jurídica. El Contralor Departamental al pronunciarse acerca del asunto sometido al grado de consulta, no tiene límites en su pronunciamiento, confiriéndole competencia para conocer las actuaciones surtidas y en tal virtud, confirmar, modificar o revocar la decisión de primera instancia. Es preciso señalar que las providencias no quedan ejecutoriadas hasta que no se surta el Grado de Consulta. Si el Contralor Departamental revoca o modifica la decisión de primera instancia, el funcionario comisionado elabora el auto de obediencia.

La procedencia del grado de consulta se da cuando, cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal, cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio.

Si transcurrido un mes de recibido el expediente por el Contralor Departamental y no se hubiere proferido la respectiva providencia, queda en firme el fallo o auto materia de consulta, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria del funcionario moroso. Inciso 3 del art. 18 Ley 610 de 2000.

Cuando se trate de autos mixtos, donde se encuentren vinculados varios sujetos, y a favor de uno o varios se profiera archivo, aplica el Grado de Consulta en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 610 de 2000.

En el proceso de responsabilidad fiscal ordinario de única instancia, procede únicamente el recurso de reposición y en el proceso de doble instancia, el recurso

de apelación. En el Proceso de responsabilidad fiscal verbal de única instancia solo procede el recurso de reposición y en el de doble instancia procede el recurso de reposición y en subsidio apelación. Cuando la nulidad es decretada de oficio no procede ningún recurso.

En cualquier etapa del proceso en que el Contralor provincial de Responsabilidad Fiscal o funcionario comisionado advierta que existe alguna de las causales previstas en el artículo 36 de la Ley 610 de 2000, decreta la nulidad total o parcial de lo actuado desde el momento en que se presentó la causal y ordena que se reponga la actuación, que dependa del acto declarado nulo, para que se subsane lo afectado. Las pruebas practicadas legalmente conservan su plena validez, pero debe quedar expreso en el acto que declare la nulidad.

Bueno, luego de presentar en su integralidad el contenido del proceso de responsabilidad fiscal en sus dos modalidades, desde lo establecido en la ley, se presentan una serie de inconsistencia en el procedimiento fiscal, que dan razón de ser del trabajo académico que se ha emprendido.

Así, en lo relacionado con las nulidades, en el proceso ordinario de responsabilidad fiscal procede el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, de acuerdo a lo establecido en el Art. 38 de la ley 610 de 2000, mientras que en el procedimiento verbal procede el recurso de apelación, de acuerdo a lo establecido en el Art. 109 de la Ley 1474 de 2011.

Ahora bien, en relación al auto que decide sobre la nulidad y la práctica de pruebas, dentro del procedimiento verbal se ha establecido cuestiones carentes de claridad al analizar la normatividad pertinente.

En cuanto a la negación de la práctica de prueba, según el literal e de artículo 100 procede el recurso de reposición, sin embargo, en el artículo 102 procede tanto el

recurso de reposición como el de apelación para dirimir la misma situación y la solicitud de nulidad.

Así, el artículo 102 de la Ley 1474 de 2011 establece la procedencia del recurso de reposición y apelación contra el auto que decide la nulidad y la práctica de pruebas. En cuanto a la negación de la prueba, según el literal e de artículo 100 procede el recurso de reposición.

Si se mira un poco el artículo 109 de la Ley 1474 de 2011, se ve que ante la solicitud de nulidad sólo opera el recurso de apelación, cuando la misma es negada a través de la providencia respectiva.

De otra parte, es relevante establecer que en cuanto al auto que decreta las medidas cautelares dentro del proceso verbal de responsabilidad fiscal, establecido en la Ley 1474 de 2011, se pueden establecer cierta confusión, o como se dijera en precedencia, poca claridad frente al tema de los recursos que proceden contra la providencia del caso.

En concreto, el artículo 102 de la Ley en mención, preceptúa frente al auto que decreta las medidas cautelares, la procedencia del recurso de reposición y en subsidio el de apelación, sin embargo, al abordar el artículo 103, la misma normatividad establece que contra el auto que ordena las medidas cautelares sólo procede el recurso de reposición.

Es así, como se evidencian una serie de contradicción en las reglas que rigen el tema de los recursos, en el proceso verbal de responsabilidad fiscal, el cual será necesario establecer y encontrar un camino o posibilidad hermenéutica que nos brinde luces para una adecuada interpretación.

Lo anterior, será punto de reflexión en las conclusiones, y se tendrá en cuenta, por

ejemplo, lo establecido en el artículo 110 de la Ley 1474 de 2011, una interpretación sistemática, que apunto al tema de una posible antinomia, como se estableciera en capítulo precedentes, pues, con ello se podrá concretar el camino iniciado y desarrollado en el problema planteado de la investigación.

Ahora, todo lo anterior, y la controversia generada, giran en torno al proceso verbal de responsabilidad, pues otra cuestión es el proceso ordinario, el cual como se deja evidencia en párrafos anteriores, que son dos regulaciones diferentes que ameritan supuestos diferentes.

Entonces, se puede afirmar que lo anterior no es indicador de que existan en el proceso de responsabilidad fiscal, algún tipo de antinomia, pues como se ha establecido, bajo el criterio de interpretación sistemática, si se hace un estudio de las reglas que conforman este sistema, se tendrá en cuenta que las mismas establecen las pautas precisas para conceder ciertos recursos, por ejemplo, si se aplica el principio de la doble instancia.

El mismo sistema jurídico y ordenamiento de responsabilidad fiscal, en su conjunto, tiene la ocasión de alejar toda pretensión de antinomias, otra cosa sería, si no se analiza el sistema jurídico en su conjunto. El problema aparente en el proceso de responsabilidad fiscal, encuentra solución al interior del mismo sistema.

Pues, lo evidenciado en el desarrollo del documento, consistió en ubicar el proceso de responsabilidad fiscal, en sus modalidades, ordinario y verbal, dentro del sistema jurídico colombiano, aún siendo, éste mismo, un sistema con sus propias reglas y principios, que permiten una interpretación sistemática a la hora de dirimir alguna situación, con el ánimo de despejar cualquier problema de interpretación.

Sin embargo, lo afirmado en el desarrollo del texto, es la no presencia de antinomias en el sistema de responsabilidad fiscal, el cual hace parte de un sistema mucho más amplio, donde es casi imposible, detectar antinomias, pues el derecho siendo dinámico, es al mismo tiempo, creador de posibilidades de construir soluciones en momentos complejos.

Como conclusión de las afirmaciones en precedencia, se evidencia la claridad como de mostró el proceso de responsabilidad fiscal en sus dos modalidades, ordinario y verbal, las reglas que lo regulan, las aparentes contradicciones en este sistema al momento de determinar cuál es el recurso que se aplica en cada caso, y como se puede zanjar cualquier duda frente a la interposición de los mismos., si se implemente una interpretación sistemática, con el fin de proteger los derechos fundamentales de los asociados y de los procesados, en dicho sistema.

4. CONCLUSIONES

De lo pretendido en el desarrollo de la investigación, era establecer una posible incoherencia entre las reglas establecidas en el desarrollo del proceso verbal de responsabilidad fiscal, y en ese sentido se formuló el siguiente interrogante a saber: ¿Cómo funcionan las herramientas hermenéuticas y argumentativas que garantizan la coherencia del Sistema Jurídico Colombiano en el proceso verbal de responsabilidad fiscal?

Lo evidenciado en el desarrollo de la investigación, se concreta, afirmando que, en el contexto de las reglas del proceso de responsabilidad fiscal, y específicamente en lo referente al tema de los recursos, no existe antinomia ni mucho menos lagunas jurídicas, teniendo en cuenta, como se afirmará en adelante, la interpretación sistemática y el uso, por ejemplo, del principio de la doble instancia, que permite encontrar un único sentido a la normatividad en su conjunto, cuando de recursos se trate.

Ahora bien, ante la pregunta de investigación presentada, se hizo el siguiente razonamiento, a fin de contextualizar la problemática que se venía dando o que una persona que aborde el tema puede evidenciar.

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.

En estos términos de la Ley 610 de 2000, por un lado, ha establecido un

procedimiento ordinario para los procesos de responsabilidad fiscal. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011, se estableció el procedimiento verbal, en aras de agilizar su trámite y combatir efectivamente la corrupción.

Por pertinencia del trabajo, se indicó que frente a los procesos de responsabilidad fiscal, el proceso ordinario, es autónomo y tiene su propia reglamentación bien definida, tal como se evidencia en el capítulo tercero, y que a la vez no deja ambigüedad frente a los recursos que procede, pues tanto en el artículo 38 y 51 de la Ley 610 de 200 se especifica la procedencia del recurso de reposición o el de apelación, dándose las condiciones fácticas del caso y los supuestos respectivos, frente al auto que deniega la solicitud de nulidad o la solicitud de pruebas.

Es decir, frente al proceso ordinario de responsabilidad, no se evidencia reparos en relación a la interposición de los recursos, teniendo en cuenta su claridad en el momento de concederlos, permitiendo así, o dejando en evidencia la coherencia que guarda con el sistema jurídico.

Como bien se observa, en el primer capítulo de la investigación, se estableció lo que es un ordenamiento jurídico, y cómo el mismo está constituido por normas o principios, y como está mediado por un proceso de argumentación, que, en algún momento, permite ser interpretado, por algún problema frente al contenido del mismo.

En armonía con lo expresado al iniciar las presentes conclusiones, se reitera, en el caso del proceso ordinario de responsabilidad fiscal, no se da un problema de interpretación, dado la claridad del caso, frente a los recursos que proceden en el caso de la negación de la solicitud de nulidades y de la solicitud de pruebas.

No así, sucede con la entrada en vigencia de la ley 1474 de 2011. Ésta, trae

consigo una serie de aparentes incongruencias entre el procedimiento ordinario y el procedimiento verbal del proceso de responsabilidad fiscal, con respecto a los recursos que proceden frente al auto que deniega la solicitud de nulidad, el auto que deniega pruebas, así como el recurso que procede frente al auto que decreta medidas cautelares.

Lo anterior no lleva a establecer, en esta modalidad del proceso de responsabilidad fiscal la existencia de antinomias ni lagunas jurídicas, y si no existen tales, tampoco se puede afirmar que se deba presentar alguna técnica para solucionarlas. Lo sostenido es la forma como el intérprete debe abordar el estudio de las normas en su conjunto, y no aisladamente, con el ánimo de tomar la mejor decisión, en el tema de los recursos, se reitera.

Así, dentro de las nulidades frente al proceso de responsabilidad fiscal encontramos como causales, las señaladas en el artículo 36 de la ley 610, así: *Falta de competencia, La violación del derecho de defensa del implicado, La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.*

Los recursos que proceden en el procedimiento ordinario contra el auto que deniega la solicitud de nulidad, son el de reposición y apelación, cuestión que evidencia una claridad y coherencia del sistema jurídico, y que al mismo tiempo brinda todo el respaldo a los postulados constitucionales, cuestión que es garante de un debido proceso a quien se vea inmerso dentro del referido proceso.

Ahora bien, si en realidad el proceso de responsabilidad fiscal es uno solo con dos modalidades, los postulados de las dos normas en comento, deben guardar armonía entre sí, y frente al tema de los recursos señalados en el párrafo precedente lo hacen.

Esto está corroborado por lo señalado en el artículo 102 de la Ley 1474 de 2011 en el sentido que procede el recurso de reposición y en subsidio apelación contra las decisiones que resuelven las solicitudes de nulidad, las que denieguen la práctica de pruebas y contra el auto que decreta medidas cautelares.

Hasta aquí no se evidencia ningún tipo de incongruencia en relación a las dos modalidades de un mismo proceso, sin embargo, el artículo 100 numeral e) y el artículo 103 de la ley 1474 sólo contemplan el recurso de reposición contra el auto que deniegue pruebas y contra el auto que decrete medidas cautelares y el artículo 109 ibídem establece que frente al auto que deniegue solicitud de nulidad sólo procede el recurso de apelación, lo que hace entender que en los procesos ordinarios de única instancia, no proceden recursos.

Una de las primeras afirmaciones que se hace frente al problema evidenciado, está construida en el sentido de apreciar cada modalidad en su propia naturaleza, es decir, el proceso de responsabilidad fiscal ordinario tiene sus propias reglas y el proceso verbal tiene las suyas, que responden todas a una materia jurídica definida por el legislador, la cual no es dable, aplicar y confundir las reglas de cada uno de los procesos. Es decir, concretamente, el problema o la falta de claridad no son las reglas del proceso de responsabilidad fiscal ordinario, sino las reglas establecidas para el proceso de responsabilidad fiscal verbal, tal como se verá enseguida.

De lo anterior se podría colegir con una actitud facilista que la parte final del artículo 38 de la ley 610 de 2000 ha sido derogado por el artículo 109 del Estatuto Anticorrupción, teniendo en cuenta que le asiste la facultad de derogar las normas que le sean contrarias.

Frente a lo anterior, se afirma su imposibilidad si se recurre a una interpretación sistemática de la ley 1474 de 2011 en la relacionado con el proceso de

responsabilidad fiscal, pues no se está frente al caso de una antinomia como se trabajó en el segundo capítulo de la presente investigación o lagunas jurídicas que den al traste con la coherencia del sistema jurídico, específicamente en lo relacionado con el proceso de responsabilidad fiscal, ordinario y verbal.

Sin embargo, veamos un poco el panorama presentado por las reglas del proceso de responsabilidad fiscal verbal en relación con los recursos, con la pretensión de establecer alguna incoherencia o antinomia, o si por el contrario existe posibilidad de ver la claridad desde diferentes normas o reglas que contenga la Ley 1474 de 2011.

En este momento de la discusión es dable hacerse la siguiente pregunta: ¿Qué recursos le proceden frente al auto que deniega la solicitud de nulidad dentro del proceso de responsabilidad fiscal ordinario o verbal de única instancia? La respuesta es que sólo procede el recurso de reposición, más no el de apelación, y así para todas las situaciones, siempre que se encuentre en un proceso de única instancia, la técnica jurídico – procesal, ha establecido que no proceden recursos, diferentes al mencionado.

Lo anterior, no significa que el encartado esté desprotegido frente al juez o autoridad administrativa que desconozca sus derechos fundamentales, no, el sistema jurídico, permite otras acciones que son posibles dentro de un proceso o procedimiento para restablecer o darle paso al derecho vigente.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, la ley 1474 de 2011, en el artículo 110 establece que el proceso de responsabilidad fiscal será de única instancia cuando la cuantía del presunto daño patrimonial estimado en el auto de apertura e imputación o de imputación de responsabilidad fiscal, según el caso, sea igual o inferior a la menor cuantía para contratación de la respectiva entidad afectada con los hechos y será de doble instancia cuando supere la suma señalada.

Esto lleva a plantear lo siguiente, no es posible hacer una interpretación aislada de los artículos de la Ley 1474 de 2011 que se refieren a los recursos que proceden en el proceso de responsabilidad fiscal, sin verse quien lo haga, inmerso en una antinomia, pues cierto es que aisladamente proceden unos recursos, pero en su conjunto, por ejemplo, vemos que se determina el recurso de apelación, queriendo indicar con ello que en la mente del legislador está presente la doble instancia, siempre que la naturaleza del proceso, puesto en conocimiento, así lo amerite.

Sin embargo, veamos más de cerca las posibles inconsistencias que se pueden extraer de la Ley 1474 de 2011, en cuanto a la procedencia de los recursos, a fin de contextualizarlo en precedencia, así.

¿Existe contradicción normativa entre los artículos 38 de la ley 610 de 2000, que establece que contra el auto que resuelve las nulidades procederán los recursos de reposición y apelación y el artículo 100 numeral e)¹² y 103 de la ley 1474¹³ y el artículo 109 de ésta última¹⁴? ¿Existe contradicción normativa entre los artículos 102¹⁵ y 109 de la ley 1474 de 2011? ¿Se presenta una vulneración al derecho fundamental del debido proceso?

Al estructurarse el anterior interrogante, el cual se ha convertido para la investigación en su horizonte del quehacer académico, el cual, a la vez ha provocado una respuesta sin la pretensión de ser la definitiva del mismo, utilizando las herramientas hermenéuticas y argumentativas en aras de verificar la coherencia del sistema jurídico colombiano.

¹² COLOMBIA. Ley 1474 de 2011, artículo 100 numeral e): Cuando se denieguen pruebas, procede el recurso de reposición, el cual se interpondrá, sustentará y resolverá en la misma audiencia;

¹³ *Ibíd*em, artículo 103: (...) El auto que decreta medidas cautelares, se notificará en estrados una vez se encuentren debidamente registradas y contra él sólo procederá el recurso de reposición, que deberá ser interpuesto, sustentado y resuelto en forma oral, en la audiencia en la que sea notificada la decisión.

¹⁴ *Ibíd*em, artículo 109: (...) Contra el auto que decida sobre la solicitud de nulidad procederá el recurso de apelación, que se surtirá ante el superior del funcionario que profirió la decisión.

¹⁵ *Ibíd*em, artículo 102: (...) El recurso de reposición en subsidio el recurso de apelación procede contra la decisión que resuelve las solicitudes de nulidad, la que deniegue la práctica de pruebas y contra el auto que decreta medidas cautelares, en este último caso el recurso se otorgará en el efecto devolutivo.

En el proceso de responsabilidad fiscal, y al interior de la Contraloría, entre los abogados sustanciadores se está presentando una ambigüedad de criterios, al no tener claro qué recursos les proceden a los sujetos procesales cuando interponen solicitudes de nulidad o cuando si el proceso es verbal de única instancia y qué recursos si el proceso es ordinario de única instancia.

No cabe duda que se presenta una dificultad a la hora de decidir sobre las solicitudes de nulidad interpuestas por los sujetos procesales, ya que no hay claridad cuando de conceder los recursos se trata, pues se presenta una aparente incoherencia entre las normas que regulan el trámite verbal y ordinario del proceso de responsabilidad fiscal.

Sin embargo, como se dijera en precedencia, de una lectura sistemática de la norma, la autoridad administrativa correspondiente, puede extraer de las normas en comento, qué tipo de recursos el sistema jurídico vigente, le permite conceder para salvaguardar los derechos fundamentales de cada procesado.

Por ejemplo, es pertinente, y para la respuesta al interrogante formulado en la investigación, se puede emplear, aplicar el principio de la doble instancia consagrado en el artículo 110 de la Ley 1474 de 2011, ya mencionado en párrafos anteriores.

Es decir, estableciendo la naturaleza de cada uno de las modalidades del proceso de responsabilidad fiscal, ordinario y verbal, y teniendo pleno conocimiento y de la instancia a la cual pertenece, para la autoridad administrativa se le impone la interpretación de darle trámite al recurso pertinente, dependiendo de si está enfrente a un proceso de única instancia o doble instancia.

Lo anterior, se convierte en un criterio interpretativo y argumentativo, pues quien tenga la potestad de decidir en el asunto del momento, no va a encantarse con

tantas controversias hermenéuticas, sino que va más allá de la mera interpretación literal, desplazándose hacia la interpretación sistemática, por ejemplo.

De lo anterior, puede que surjan problemas hermenéuticos, porque teniendo en cuenta las reglas de las leyes estudiadas, de forma aislada, no se sabe concretamente cómo es que se va a aplicar el otorgamiento de recursos en los procesos de única instancia adelantados por el procedimiento verbal y qué recursos proceden a los procesos ordinarios de única instancia, en tratándose de las solicitudes de nulidad.

Sin embargo, se hace necesario profundizar acerca de la coherencia del sistema jurídico, las herramientas hermenéuticas y argumentativas que la garantizan y los efectos de los mecanismos que buscan salvaguardarla, en cada caso concreto, a fin de que la autoridad administrativa, escoja el mejor camino para asegurarle al procesado, se reitera, sus derechos fundamentales.

Y es muy cierto, la Ley 1474 de 2011, no es clara a la hora de establecer los recursos que proceden cuando se niegan las nulidades, las pruebas, o lo relacionado con las medidas cautelares.

Sin embargo, lo fundamental es tener claro, por ejemplo, que el proceso de responsabilidad fiscal ordinario es independiente al proceso de responsabilidad fiscal verbal, y, en consecuencia, si bien es cierto comparte algunas reglas, cada modalidad, tiene su propia reglamentación, tiene su propia naturaleza, es menester acudir al principio de la especificidad de la norma a aplicar, en este caso, la Ley 610 de 2000.

En cuanto al proceso de responsabilidad fiscal verbal, en sus aparentes contradicciones, se debe hacer una lectura en conjunto de las reglas que lo regulan, a fin de establecer, por ejemplo, los principios que llevan a la autoridad

administrativa a darle trámite a los recursos que proceden.

En otro sentido, cabe la posibilidad de recurrir al criterio interpretativo de acogerse a la regla posterior, por ejemplo, se tendría como punto de partida el artículo 109 o 110 de la normatividad, sin embargo, la propuesta que se encuentra a lo largo de todo el texto que se presenta, es la lectura sistemática del mismo, aunado al principio de la doble instancia, presentado por la normatividad, en comentario.

Así, en lo relacionado con las nulidades, en el proceso ordinario de responsabilidad fiscal procede el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, de acuerdo con lo establecido en el Art. 38 de la ley 610 de 2000, mientras que en el procedimiento verbal procede el recurso de apelación, de acuerdo a lo establecido en el Art. 109 de la Ley 1474 de 2011.

Ahora bien, en relación al auto que decide sobre la nulidad y la solicitud de pruebas, dentro del procedimiento verbal se ha establecido cuestiones carentes de claridad al analizar la normatividad pertinente.

En cuanto a la negación de la solicitud de pruebas, según el literal e) del artículo 100 procede el recurso de reposición, sin embargo, en el artículo 102 procede tanto el recurso de reposición como el de apelación para dirimir la misma situación y la solicitud de nulidad.

Así, el artículo 102 de la Ley 1474 de 2011 establece la procedencia del recurso de reposición y apelación contra el auto que decide la nulidad y la práctica de pruebas. En cuanto a la negación de la prueba, según el literal e) del artículo 100 procede el recurso de reposición.

Si se mira un poco el artículo 109 de la Ley 1474 de 2011, se ve que ante la solicitud de nulidad sólo opera el recurso de apelación, cuando la misma es

negada a través de la providencia respectiva.

De otra parte, es relevante establecer que en cuanto al auto que decreta las medidas cautelares dentro del proceso verbal de responsabilidad fiscal, establecido en la Ley 1474 de 2011, se puede establecer cierta confusión, o como se dijera en precedencia, poca claridad frente al tema de los recursos que proceden contra la providencia del caso.

En concreto, el artículo 102 de la Ley en mención, preceptúa frente al auto que decreta las medidas cautelares, la procedencia del recurso de reposición y en subsidio el de apelación, sin embargo, al abordar el artículo 103, la misma normatividad establece que contra el auto que ordena las medidas cautelares sólo procede el recurso de reposición.

Es así, que toda la reglamentación determinada para el tema de los recursos aquí presentada, se evidencia una serie de contradicción, a la cual se le da el nombre de aparente, pues la misma normatividad brinda el piso hermenéutico dentro del proceso de responsabilidad fiscal verbal.

En las reglas que rigen el tema de los recursos, en el proceso verbal de responsabilidad fiscal, el cual se ha tratado de indicar encontrar un camino o posibilidad hermenéutica que nos brinde luces para una adecuada interpretación.

Lo anterior, es lo que ha ocupado la reflexión en las presentes conclusiones, y por ejemplo, se reitera, de mucha importancia, lo establecido en el artículo 110 de la Ley 1474 de 2011, una interpretación sistemática, que apuntó al tema de una posible antinomia, como se estableciera en capítulos precedentes, pues, con ello se podrá concretar el camino iniciado y desarrollado en el problema planteado de la investigación.

Ahora, todo lo anterior, y la controversia generada, gira en torno al proceso verbal de responsabilidad, pues otra cuestión es el proceso ordinario, el cual como se deja evidencia en párrafos anteriores, son dos regulaciones diferentes que ameritan supuestos diferentes.

En consecuencia, a fin de reafirmar la coherencia del sistema jurídico y la no presencia de antinomias, en el proceso de responsabilidad fiscal en Colombia, se debe observar la independencia de cada una de las modalidades del proceso de responsabilidad fiscal, de una parte, por la otra, realizar una interpretación sistemática de las normas, al mismo tiempo, por ejemplo que se propenda por la aplicación del principio de doble instancia, establecido en la misma normatividad, a fin de salvaguardar los derechos fundamentales de los procesados, entre ellos, uno de mucha relevancia constitucional, como lo es el debido proceso constitucional.

De lo anterior, y como conclusión sólida, no con el ánimo de cerrar la problemática planteada, sino por el contrario, abrir una pauta interpretativa para generar inquietud y conocimiento, se afirma categóricamente, que en el proceso de responsabilidad fiscal ordinario o verbal, *no existen antinomias, ni contradicciones*, pero si la exigencia de hacer una interpretación sistemática del sistema jurídico que las establece a fin de garantizar los derechos fundamentales de los procesados.

La anterior conclusión tiene su fundamento, en cuanto el proceso de responsabilidad fiscal, en sus dos modalidades, es un sistema coherente, compuesto por reglas y principios, constituyente de un ordenamiento.

Así, se reitera lo mostrado en el contenido del presente documento, no es posible hablar de antinomias o lagunas jurídicas, en el sentido de que todas las reglas del procedimiento fiscal forman un sistema, el cual debe asumirse de esa forma y no

aisladamente, más aún para el caso específico de los recursos, asumir y aplicar, como se dijera el principio de la doble instancia.

Con el presente proyecto, además de ser un ejercicio académico, pretende presentar una posible solución en cuanto a lo que se presenta con las presuntas normas incompatibles al interior de la Ley 1474 de 2011 que le son aplicables al Proceso de Responsabilidad Fiscal adelantado por el trámite verbal, la cual consiste en realizar una interpretación sistemática de la misma, como ya se ha dicho, dejando claro que con ello, no se da solución definitiva al debate, sino que se presenta una propuesta inmediata o más bien temporal sobre el asunto, ya que es el legislador quien tiene la potestad para corregir, aclarar o compilar dichas normas.

Finalmente se deja entrever que la presente propuesta de solución busca principalmente garantizar o favorecer los derechos fundamentales a los investigados o presuntos responsables fiscales que se encuentren inmersos en algún proceso de responsabilidad fiscal.

BIBLIOGRÁFICAS

ATIENZA, M., ET. AL. (s.f.). *Las piezas del derecho*. España: Ariel, p. 199.

BOBBIO, N. *Teoría General del Derecho* (Segunda Edición). Bogotá: Editorial Temis S.A.2006

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 610, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Bogotá: Diario Oficial No. 44.133 2010.

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1474 (julio 12), 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. Bogotá, Diario Oficial No. 48.128. 2011.

CORDERO, I. La finalidad del proceso. En: *Revista Electrónica Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de Antioquia*. No. 8. Medellín, p. 1-11. 2011.

CORREA, E. & PINZÓN, H. Responsabilidad Fiscal en Colombia. En: *Revista Prolegómenos – Derechos y Valores*. Volumen XV – No. 29. Enero – Junio. Bogotá, p. 173-188. 2012.

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-716*. Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra. 2002.

CUENCA, P. La concepción del Ordenamiento jurídico de Norberto Bobbio: En: *Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid. Número 2.* Madrid, España. 2010.

DWORKIN, R. *Los derechos en serio.* Ariel. 1977

GARZÓN, E. & LAPORTA, F. J. (s.f.). *El Derecho y la Justicia. Consejo Superior de Investigaciones Científicas.* Bogotá: Editorial Trotta.

GOMEZ, L. *Hermenéutica Jurídica. La interpretación a la luz de la Constitución.* Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.2008.

HART, H.L.A. *El concepto de derecho.* Argentina: Abeledo-Perrot. 1963.

HERNÁNDEZ, R.; FERNÁNDEZ, C. & BAPTISTA, P. (2010). *Metodología de la Investigación.* México: Mc Graw Hill. 2010.

LONDOÑO, M. Deberes y derechos procesales en el Estado Social de Derecho. En: *Revista Opinión Jurídica. Universidad de Medellín - Colombia. Ene-jun, Vol. 6 Issue 11.* Medellín, p 69-86. 2007.

NINO, C.S. *Introducción al análisis del Derecho.* Barcelona: Ariel.2001

PAVLOVICH J, G. Concepciones del Sistema Jurídico. En: *Justicia Juris, ISSN 1692-8571, Vol. 8.* Cartagena, p. 9-17. 2009.

PRIETO, L. *Apuntes de Teoría del Derecho.* Editorial Trotta. 2006.

RIAÑO, E. *¿Cómo entender los recursos procedentes en la vía gubernativa dentro*

de los procesos de responsabilidad fiscal a la luz de la ley 1474 de 2011? Artículo Académico de Investigación. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda. 2012.

ROBERT, A. *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica.* Lima, Perú: Palestra. 1998

RODRÍGUEZ, M. Métodos de interpretación, hermenéutica y derecho natural. En: *Dikaion. Universidad de la Sabana. Volumen 19 No. 2.* Bogotá, p. 319-347.2010.