

EL DOLO Y SU PRESUNCIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Cristina Arbeláez Ceballos. *

RESUMEN:

El propósito de este es analizar y determinar la presunción de dolo reglamentada en el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, estatuto anticorrupción, y sus implicaciones posteriores a sentencias en materia penal y sanciones en materia disciplinaria imputados a este título. El trabajo se orienta a la determinación y valoración de los elementos constitutivos del dolo y su aplicación en materia de responsabilidad fiscal. Se pretende desvirtuar la presunción de dolo traída de los otros estatutos sancionatorios hacia el proceso de responsabilidad fiscal para demostrar que la sola ocurrencia del dolo en cualquiera de las dos disciplinas citadas, no es indicio grave de responsabilidad fiscal.

PALABRAS CLAVE: Dolo. Presunción. Procesos. Sanciones. Responsabilidad

* Abogada de la Fundación Universitaria Luis Amigó. Especialista en Derecho Procesal de la Universidad de Antioquia. Profesional de Apoyo Jurídico de la Secretaría de Hacienda del Municipio de Medellín. arbelaez.abogada5@gmail.com. El artículo se presenta para optar por el Título de Especialista en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DOLO EN MATERIA PENAL. 3. DOLO EN MATERIA DISCIPLINARIA 4. DOLO EN EL MATERIA FISCAL 5. CONCLUSIÓN. 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN:

Lo primero que se debe de tener en cuenta es como a través de la historia los tratadistas han definido lo que es el dolo, y lo hacen de la siguiente manera: “cuando se realiza una conducta activa u omisiva con conocimiento y voluntad” (Urbano, 2011, p.242)

Para todos los efectos es importante tener en cuenta la definición del dolo en el Código Penal Colombiano de la siguiente manera:

Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar (Ley 906, 2004. Art. 22)

A partir de esta definición en nuestra legislación se han desarrollado suficientes teorías sobre el concepto de dolo, básicamente tratadas como teoría de la representación y de la voluntad. Las teorías de la representación fundamentan el dolo solo a partir del conocimiento: es decir, el sujeto conoce que con su acción se materializa el tipo penal. De otro, lado las teorías de la voluntad exigen además del conocimiento la aceptación del mismo y su realización.

Además de lo ya dicho es importante resaltar como se ha tratado desde la doctrina de elaborar un concepto unificado del dolo que logre abarcar todos los supuesto que bien por razones materiales o legales se deben incluir en la definición y que establezca límites y diferencias frente a la culpa.

Es así como en nuestra normatividad se concibe la culpa de la siguiente manera:

Culpa. La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo (Ley 906, 2004. Art. 23)

Para tratadistas como Claus **Roxin**, cuando el sujeto conoce la realización del tipo penal sin abstenerse de su comisión no significa otra cosa que una decisión en contra del bien jurídico protegido por el mismo tipo, esta decisión es la que diferencia al dolo directo del dolo eventual y esta a su vez se ve reflejada en la imprudencia consciente lo que justifica una mayor pena.

Tiene por objeto este artículo la valoración y determinación del dolo demostrado en los procesos disciplinarios o penales cifrado por las Leyes 734 de 2000 y 906 de 2004, al señalar que este solo hecho no puede ser una presunción o un indicio de responsabilidad fiscal.

Para la construcción de esta teoría se debe realizar un análisis que lleve a demostrar la independencia de cada uno de los instrumentos del poder punitivo y sancionador estatal, es así como no se puede desconocer que comparten elementos en común sobre todo en materia penal y disciplinaria, situación que de alguna manera se aparta un poco de la responsabilidad fiscal. Ahora bien, es importante resaltar que todos ellos comparten principios tales como, tipicidad, legalidad y sobre todo el debido proceso elemento fundante de garantías constitucionales.

Es importante hacer una relación en materia de responsabilidad de cada uno de los instrumentos sancionadores en estudio; como bien se mencionó conservan su independencia. Es claro que en el proceso penal la sentencia del mismo tiene por objeto además de las accesorias una pena privativa de la libertad; por su parte en las actuaciones disciplinarias unas sanciones derivadas de la falta al deber funcional legal o constitucional asociadas con destitución, inhabilidad, multa y/o suspensión en el ejercicio funcional. En el caso de la responsabilidad fiscal, se pretende una sanción eminentemente resarcitoria y accesoriamente sancionatoria con la inscripción en el boletín de responsables fiscales hasta tanto no se produzca el pago derivado de un fallo con responsabilidad fiscal.

El propósito de este trabajo es realizar un análisis del artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, el cual en su párrafo segundo expresa lo siguiente:

DETERMINACIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL. El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con dolo cuando por los mismos hechos haya sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito o una falta disciplinaria imputados a ese título (Ley 1474, 2011. Art. 118)

Se busca con este escrito tratar de desvirtuar la presunción de dolo en el proceso de responsabilidad fiscal por el solo hecho de las condenas y/o sanciones impuestas en los procesos disciplinarios o penales. De tal forma que la figura del dolo sea automáticamente trasladada sin hacerse previamente un análisis de su estructuración, valoración e intención.

Varios interrogantes conviene plantear como propósito fundante del tema objeto de análisis, los cuales puede ser:

¿Por qué el solo hecho de ser sancionado dolosamente en las otras dos disciplinas es una presunción de haber obrado con dolo en materia de responsabilidad fiscal?

¿Por qué se traslada el dolo a los procesos de responsabilidad fiscal; y no se evalúa si el agente obro a título de culpa la cual pudiera ser leve y de paso no constituiría un elemento de responsabilidad fiscal?

¿Por qué no se demuestra el dolo sino que simplemente se presume por el solo hecho de haber sido sancionado penal o disciplinariamente?

La metodología que se utilizará será la del tipo cualitativa, basada primordialmente en la investigación y el análisis y la intención de desvirtuar la presunción que del dolo se hace en la correspondiente ley y los artículos citados con anterioridad.

2. EL DOLO EN MATERIA PENAL

Como se mencionó anteriormente, el dolo es la intención de causar daño, a su vez el dolo involucra una finalidad la cual es típica. El dolo tiene un aspecto cognoscitivo o intelectual y un aspecto conativo o volitivo, los cuales se pueden determinar como los elementos fundantes del mismo.

Para Zaffaroni, E.R (2009) el dolo se puede definir de la siguiente manera: El núcleo central del tipo subjetivo es el dolo. Dolo es la voluntad realizadora del tipo guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo sistemático. El conocimiento del tipo objetivo conglobante es materia de la culpabilidad. El dolo implica el requerimiento de una finalidad típica y, por lo tanto, junto con la culpa importan una limitación al poder punitivo, pues excluyen cualquier posibilidad de responsabilidad objetiva (p. 104)

Antes de entrar a analizar el dolo, sus características, su estructura, y su valoración, se hace necesario traer a colación un poco acerca de la teoría del delito, toda vez que para que se configure este en el derecho penal colombiano, se debe tener en cuenta que la estructura descansa sobre una conducta típica, antijurídica y culpable, pues el mismo es una conducta humana.

Para que se configure la tipicidad debe existir y estar consagrada en algún código o norma como delito, lo que hace que se convierta en una conducta típica. La antijuridicidad, es el acto voluntario que contraviene el presupuesto de la norma penal, lesionando o poniendo en peligro bienes e intereses tutelados por el Derecho. Esta es un juicio impersonal objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico. Y la culpabilidad, es la situación en que se encuentra una persona imputable y responsable, que pudiendo haberse conducido de otra manera no lo hizo.

Es así que para la caracterización conceptual del dolo, se resalta la necesidad de los aspectos antes mencionados, toda vez que el agente tiene conocimiento del acontecer del hecho.

Para Urbano J. J (2012), los elementos constitutivos del dolo son de tal relevancia que deben de tener los siguientes elementos:

Estos elementos hacen referencia, principalmente, a la cualificación del sujeto activo, al sujeto pasivo, el objeto material, la conducta, los ingredientes subjetivos y normativos del tipo, y las circunstancias tanto de agravación como de atenuación; además de los presupuestos de la imputación objetiva (p.246)

Dentro de los elementos del dolo se pueden encontrar los siguientes:

Elemento Intelectual. El sujeto debe saber lo que hace y esperar un resultado y a su vez debe tener:

Conocimiento de la ilicitud. No exige un saber jurídico, basta que el sujeto sepa, en el momento de ejecución, que su conducta es contraria al Derecho. No es preciso que conozca que su conducta esté conminada con pena criminal. El sujeto debe ser consciente del acto ilícito que va a cometer.

Antijuridicidad de la conducta. Basta que el sujeto activo sepa que su conducta antijurídica está sancionada con una pena de carácter criminal. No tiene que conocer el ordenamiento jurídico, debe conocer el curso causal, para eso bastará que la acción que realiza o el medio que utiliza, normalmente provoque el resultado del cual se trate.

Elemento Volitivo. El elemento volitivo del dolo es el querer. Tiene que actuar la voluntad. El individuo tiene que querer hacer. El querer es el deseo de llevar a la realidad el resultado planeado, el autor ha de querer la realización de la conducta típica cuya significación antijurídica realmente conoce.

La doctrina descubre varios tipos de dolo, dolo directo, dolo indirecto y dolo eventual

El dolo directo es la concurrencia de la voluntad "querida" y la representación, busca el resultado producido. Prevé como seguro la producción del resultado típico.

El dolo indirecto es aquel en que el sujeto activo desea el resultado pero no se representa las consecuencias dañosas que necesariamente podrían producirse sobre terceros.

El dolo eventual es la voluntad que acepta el resultado criminal representado en la mente del sujeto solo como posible. Acepta como posible la realización del resultado típico. No busca expresamente el resultado.

La culpa en materia penal

Desde la concepción que de culpa tiene la Corte Constitucional conviene analizar lo que la misma expresa:

La culpabilidad hace parte de la dogmática penal y junto con la tipicidad y la antijuridicidad, constituye un elemento estructural de la responsabilidad penal. Así las cosas, para BACIGALUPO la culpabilidad constituye “[...] el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica y antijurídica sea criminalmente responsable de la misma.

La culpabilidad es aquel juicio de reproche sobre la conducta del actor que permite imponer una sanción penal a su acción típica y antijurídica. Tiene como fundamento constitucional la consagración del principio de presunción de inocencia y el avance hacia un derecho penal del acto, conforme al artículo 29 Superior. En ese sentido, el desvalor se realiza sobre la conducta del actor en relación con el resultado reprochable, más no sobre aspectos internos como su personalidad, pensamiento, sentimientos, temperamento entre otros. Conforme a lo anterior, está proscrita cualquier forma de responsabilidad objetiva, pues la base de la imputación es el juicio de reproche de la conducta del sujeto activo al momento de cometer el acto. Por último, la culpabilidad permite graduar la imposición de la pena de manera proporcional, puesto que el análisis no se agota en la verificación del dolo, la culpa o la preterintención, sino que además, debe tenerse en cuenta el sentido específico que a la acción u omisión le imprime el fin perseguido por el sujeto.

El fundamento constitucional de la culpabilidad se encuentra en el artículo 29 de la Constitución y el principio de presunción de inocencia, conforme al cual “Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable.”. Al respecto, esta Corporación en sentencia C-626 de 1996 consideró que el artículo 29 de la Constitución consagró que ni el Legislador ni los jueces pueden presumir la culpabilidad de nadie, puesto que toda persona se presume inocente mientras no se demuestre lo contrario en el escenario de un juicio regido por el debido proceso. En tal sentido, la aplicación de las sanciones previstas en la ley esta condicionada a la certeza de la responsabilidad subjetiva del procesado por el hecho punible que dio lugar al juicio, lo que implica la proscripción de cualquier forma de responsabilidad objetiva.

Posteriormente en sentencia C-239 de 1997[37], la Corte expresó que conforme al artículo 29 de la Constitución, el carácter político del Estado Social de Derecho y el respeto a la dignidad humana, se consagró el principio de que no hay delito sin conducta, pues “(...) nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”, por lo que el constituyente avanzó hacia el establecimiento de un derecho penal del acto y no de autor. Esta exigencia Superior implica:

i) Que el acontecimiento objeto de punición no puede constituirse ni por un hecho interno de la persona, ni por su carácter, sino por una exterioridad. Por lo tanto, el derecho represivo solo puede castigar al hombre por lo que efectivamente realizó y no por lo pensado, propuesto o deseado, como tampoco por su temperamento o por sus sentimientos, o por su personalidad. En resumen, se castiga al hombre por lo que hace, por su conducta social, no por su ser, deseo, pensamiento o sentimientos.

ii) La adscripción de la conducta al actor, de ahí que además de la existencia material de un resultado, la voluntad del sujeto debe estar dirigida a la observancia de la misma. En otras palabras: “(...) el principio de que no hay acción sin culpa, corresponde a la exigencia del elemento subjetivo o psicológico del delito; según dicho principio, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción sino es el fruto de una decisión; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer. De ahí que sólo pueda imponerse pena a quien ha realizado culpablemente un injusto.”

iii) La culpabilidad permite graduar de manera proporcional la pena que debe imponerse, con fundamento en el juicio de exigibilidad. Así “La ilicitud de muchos hechos no depende únicamente de su materialización y realización consciente y voluntariamente, sino que debe tenerse en cuenta el sentido específico que a la acción u omisión le imprime el fin perseguido por el sujeto. Tales componentes psicológicos pueden ser tenidos en cuenta únicamente cuando es el propio tipo el que de modo expreso los acoge, ya sea para fundamentar el injusto, su agravación, atenuación o exclusión.”

En resumen, la jurisprudencia de esta Corporación estableció que la culpabilidad en materia penal debe interpretarse a la luz del artículo 29 de la Constitución, que establece un tránsito hacia el derecho penal del acto y no de autor. En ese entendido, la valoración de la culpabilidad recae sobre actos exteriores del ser humano y no sobre aspectos de su fuero interno, el juicio de reproche debe ser adscrito a la conducta del actor y constituye el fundamento de la proporcionalidad de la pena a imponer. (Corte Constitucional, 2016, Sentencia C-181)

Es importante concluir que la diferenciación anterior, es decir dolo vs culpa cobra diametral importancia a fin de acoger las mismas como elementos esenciales para predicar una responsabilidad fiscal.

3. EL DOLO EN MATERIA DISCIPLINARIA

La principal característica del derecho disciplinario es sancionar el comportamiento del servidor público; que trasgrede o infringe la norma en tres ámbitos a saber:

- Infracción o falta al deber funcional
- Infracción o falta al deber legal
- Infracción o falta al deber constitucional

Además de los anteriores, también se consagran como elementos constitutivos de sanción disciplinaria, la extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses.

La Corte Constitucional define el derecho disciplinario de la siguiente manera:

Constituye elemento básico de la organización estatal y de la realización efectiva de los fines esenciales del Estado social de derecho, la potestad del mismo de desplegar un control disciplinario sobre sus servidores, dada la especial sujeción de éstos al Estado, en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de una función pública; de manera que, el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades se efectúe dentro de una ética del servicio público y con sujeción a los principios de moralidad, eficacia y eficiencia que caracterizan la actuación administrativa y el cabal desarrollo de la función pública.

“En el cumplimiento de esos cometidos estatales y durante el ejercicio de las correspondientes funciones o cargos públicos, los servidores públicos no pueden distanciarse del objetivo principal para el cual fueron instituidos, como es el de servir al Estado y a la comunidad en la forma establecida en la Constitución, la ley y el reglamento; por lo tanto, pueden verse sometidos a una responsabilidad pública de índole disciplinaria, cuando en su desempeño vulneran el ordenamiento superior y legal vigente, así como por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (C.P., arts. 6o. y 123) (Corte Constitucional, 2002, Sentencia C-155)

Es importante en primer lugar destacar que, tanto el derecho penal, el fiscal y el disciplinario están en cabeza del Estado como regímenes punitivos sancionatorios y con elementos comunes entre sí, sobre todo en lo que tiene que ver con el penal y el disciplinario.

Se debe tener en cuenta que aun guardando similitudes o peculiaridades ambos conservan su carácter de independencia, ahora bien en cuanto a las similitudes que conservan se puede afirmar que, principalmente lo hacen en materia de tipicidad, legalidad y el principio constitucional del debido proceso.

Como bien lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, establece lo siguiente:

El principio de legalidad: (i) otorga certidumbre normativa sobre la conducta y la sanción a imponer; (ii) exige que el texto predeterminado tenga fundamento directamente en la ley, sin que sea posible transferir tal facultad al Gobierno o a las autoridades administrativas, por ser una competencia privativa del legislador (iii) constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos; (iv) protege la libertad individual; (v) controla la arbitrariedad judicial y administrativa; y (vi) asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo y sancionador del Estado (Consejo Estado, Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00127-00(0977-10)

De igual forma frente al grado de relación y similitud que guardan el derecho penal y el disciplinario se ha pronunciado Consejo de Estado, de la siguiente manera:

Así las cosas, cuando se adelanta un proceso disciplinario y uno penal contra una misma persona, por unos mismos hechos, no se puede afirmar válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, pues la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, los bienes jurídicamente tutelados también son diferentes, al igual que el interés jurídico que se protege. En efecto, en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcance propios. En el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de éstos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública; en el proceso penal las normas buscan preservar bienes sociales más amplios.

Si bien es cierto que entre la acción penal y la disciplinaria existen ciertas similitudes puesto que las dos emanan de la potestad punitiva del Estado, se originan en la violación de normas que consagran conductas ilegales, buscan determinar la responsabilidad del imputado y demostrada ésta imponer la sanción respectiva, siguiendo los procedimientos previamente establecidos por el legislador, no es menos cierto que ellas no se identifican, ya que la acción disciplinaria se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la Administración en el ámbito de la función

pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o exlimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc., y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo. Dichas sanciones son impuestas por la autoridad administrativa competente o por la Procuraduría General de la Nación, ente que tiene a su cargo la vigilancia de la conducta oficial de los servidores estatales. (Consejo de Estado, 1996, Sentencia C – 244)

Por medio de la jurisprudencia se ha manifestado claramente sobre la particularidad que poseen ambos dispositivos punitivos en el sentido de que se pueda castigar sin con ello incurrir en la violación del principio fundamental del *non bis in ídem*; esto es imponer una sanción en materia disciplinaria y una sentencia en materia penal sin con ello estar trasgrediendo el citado principio.

Es así como en el desarrollo constitucional se contempla el principio en mención de la siguiente forma:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.
[...] Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. (Constitución Política. 1991. Art 29)

Es importante distinguir y mencionar los presupuestos sobre los cuales se fundamenta el principio constitucional *non bis in ídem*: Identidad de sujeto, identidad de objeto e identidad de causa o, como se les conoce por su expresión latina, *eadem persona, eadem res y eadem causa*.

El dolo y la culpa en materia disciplinaria

Expresa la Procuraduría Primera Delegada ante el Consejo de Estado (Concepto, N° 013 del 4 de febrero) lo siguiente:

El dolo corresponde a un reproche a la conducta del servidor público, en tanto implica un comportamiento contrario a derecho y dirigido a causar daño o cuando menos producto de una negligencia ajena a toda justificación. Es necesario entonces una valoración de la conducta que no solo demuestre descuido, sino una negligencia en el manejo de los asuntos que no admite comparación (2016).

Se puede afirmar, además, que disciplinariamente el dolo se compone por los elementos de conocimiento de los hechos, conocimiento de la conducta y representación del resultado, que aunado al conocimiento de la prohibición ya son suficientes para atribuir al sujeto una conducta a título doloso.

El derecho disciplinario se dirige más a la propia protección de su organización y funcionamiento, buscando salvaguardar el interés público amenazado, representando en la función estatal.

De otro lado, conviene considerar los conceptos que en materia civil existen sobre la culpa, es decir grave, leve y levísima, los cuales son estándar y asociados directamente al derecho disciplinario entendiendo que ni la culpa leve ni la levísima ostentan el carácter de punibilidad; ahora bien, se remite al artículo 44 de la Ley 734 de 2002 para definir la culpa gravísima y la culpa grave.

Es así que, si la conducta está enmarcada como falta gravísima dolosa o con culpa grave, acarrea una destitución e inhabilidad general. Si la conducta es una falta grave dolosa o gravísima culposa se da una suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial. Si es una falta grave se da una suspensión, para las faltas leves comporta multa y para las faltas leves culposas una amonestación escrita de acuerdo a lo proscrito en el artículo enunciado.

Conviene ahora observar la definición que de culpa se tiene en la Ley 734 de 2002 en su artículo 13, ahora bien el mismo será derogado a partir del 1 de julio de 2021 con la entrada en vigencia de la Ley 1952 de 2019, es así como el artículo en comento establece la culpabilidad en materia disciplinaria:

ARTÍCULO 13. CULPABILIDAD. <Artículo derogado a partir del 1 de julio de 2021, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019> En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa.

Vemos como este simplemente enuncia las modalidades de responsabilidad, caso contrario sucede con el artículo 29 de la Ley 1952 de 2019 que entrará a regir a partir del 1 de julio de 2021 en el cual se hace una descripción y ponderación de la culpa en todas sus modalidades en aras de imponer una sanción de acuerdo a como se cometió la falta disciplinaria.

ARTÍCULO 28. DOLO. La conducta es dolosa cuando el sujeto disciplinable conoce los hechos constitutivos de falta disciplinaria, su ilicitud y quiere su realización.

ARTÍCULO 29. CULPA. La conducta es culposa cuando el sujeto disciplinable incurre en los hechos constitutivos de falta disciplinaria, por la infracción al deber objetivo de cuidado funcionalmente exigible y cuando el sujeto disciplinable debió haberla previsto por ser previsible o habiéndola previsto confió en poder evitarla.

La culpa sancionable podrá ser gravísima o grave. La culpa leve no será sancionable en materia disciplinaria.

Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento.

La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.

PARÁGRAFO. Las faltas señaladas en el artículo 65 de este Código podrán ser sancionadas a título de culpa, siempre y cuando la modalidad del comportamiento así lo permita. (Ley 1952. Art 28-29. 2019)

4. EL DOLO EN MATERIA FISCAL Y SU RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 118 DE LA LEY 1474 DE 2011.

En varias manifestaciones bien de la Corte Constitucional o bien de la normatividad que reglamenta el proceso de responsabilidad fiscal encontramos que este cumple una función pública de vigilar la gestión fiscal bien sea de los servidores públicos, de los particulares, o entidades que administren bienes o fondos públicos; en el entendido de dineros provenientes del erario público, dentro de los propósitos esenciales tenemos, proteger el patrimonio público, garantizar la transparencia y el acatamiento de los principios de moralidad administrativa en las operaciones relacionadas con el manejo y el uso de estos bienes y los recursos públicos y verificar la eficiencia y eficacia de la administración para cumplir los fines esenciales del Estado.

Se hace claridad en que el objeto de responsabilidad fiscal es netamente administrativo; por medio de este se busca determinar y establecer la responsabilidad de los presuntos responsables que hubiesen podido causar en razón de su actuar un detrimento patrimonial en el entendido de daño al Estado. No se debe dejar de lado que accesoriamente este procedimiento comporta paralelamente unas sanciones entre las cuales tenemos:

Ley 610 de 2020:

ARTICULO 60. BOLETIN DE RESPONSABLES FISCALES. La Contraloría General de la República publicará con periodicidad trimestral un boletín que contendrá los nombres de las personas naturales o jurídicas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado y no hayan satisfecho la obligación contenida en él.

Para efecto de lo anterior, las contralorías territoriales deberán informar a la Contraloría General de la República, en la forma y términos que esta establezca, la relación de las personas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal, así como de las que hubieren acreditado el pago correspondiente, de los fallos que hubieren sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y de las revocaciones directas que hayan proferido, para incluir o retirar sus nombres del boletín, según el caso. El incumplimiento de esta obligación será causal de mala conducta.

Los representantes legales, así como los nominadores y demás funcionarios competentes, deberán abstenerse de nombrar, dar posesión o celebrar

cualquier tipo de contrato con quienes aparezcan en el boletín de responsables, so pena de incurrir en causal de mala conducta, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 6o. de la ley 190 de 1995. Para cumplir con esta obligación, en el evento de no contar con esta publicación, los servidores públicos consultarán a la Contraloría General de la República sobre la inclusión de los futuros funcionarios o contratistas en el boletín.

ARTICULO 61. CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL. Cuando en un proceso de responsabilidad fiscal un contratista sea declarado responsable, las contralorías solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado. (Ley 610. Art 60 -61. 2010)

Ley 734 de 2011

ARTÍCULO 38. OTRAS INHABILIDADES. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

[...]

4. Haber sido declarado responsable fiscalmente.

PARÁGRAFO 1o. Quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente. Esta inhabilidad cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o, si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales.

Si pasados cinco años desde la ejecutoria de la providencia, quien haya sido declarado responsable fiscalmente no hubiere pagado la suma establecida en el fallo ni hubiere sido excluido del boletín de responsables fiscales, continuará siendo inhábil por cinco años si la cuantía, al momento de la declaración de responsabilidad fiscal, fuere superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por dos años si la cuantía fuere superior a 50 sin exceder de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por un año si la cuantía fuere superior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes sin exceder de 50, y por tres meses si la cuantía fuere igual o inferior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes. (Ley 734. Art 38. 2011)

Constitución Política de 1991:

ARTICULO 122. <Artículo corregido por Aclaración publicada en la Gaceta No. 125> No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

[...]

<Inciso modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 1 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño. (Constitución Política. Art. 122. 1991)

Dentro de las características esenciales del proceso de responsabilidad fiscal se tienen: (i) es un proceso administrativo que tiene por objeto establecer la responsabilidad patrimonial que corresponde a los servidores públicos o particulares por su conducta tramitado por los órganos de control fiscal, valga decir Contraloría General, Departamentales y Municipales; (ii) la responsabilidad que se declara es administrativa porque se juzga la conducta de personas que administran bienes o recursos públicos y que con su actuar lesionan el fisco, y es patrimonial pues su carácter eminentemente resarcitorio obliga a una suma de dinero; (iii) la declaración de responsabilidad fiscal no es en estricto sentido una sanción pero como se enunció en acápites anteriores conlleva algunas restricciones no monetarias, es además una responsabilidad ciertamente independiente de cualquiera de los otros mecanismos estatales de sanción, valga decir disciplinario o penal; y (iv) en este proceso se debe observar las garantías sustanciales y adjetivas propias del debido proceso de manera acorde con el diseño constitucional del control fiscal.

De acuerdo con el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, que nos habla de los requisitos de la responsabilidad fiscal encontramos, que uno de los elementos fundantes es que la conducta sea dolosa o culposa, artículo que fue modificado por el Decreto Ley 403 del 16 de marzo de 2020 en el siguiente sentido:

Artículo 5o. Elementos de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

- Una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal o de quien participe, concurra, incida o contribuya directa o indirectamente en la producción del daño patrimonial al Estado.

- Un daño patrimonial al Estado.
- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores (Ley 403. Art 5. 2020)

De donde se puede concluir con facilidad que para que exista detrimento patrimonial y su consecuente sanción en materia de responsabilidad fiscal deben presentarse indefectiblemente tres situaciones una conducta dolosa, un daño y un nexo de causalidad entre los anteriores.

Dicho esto, se tiene que los elementos determinantes para poder predicar un fallo con responsabilidad en materia fiscal deben ser el dolo o la culpa grave.

Ahora bien, como el objeto de estudio y análisis lo comporta el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011 inciso primero

ARTÍCULO 118. DETERMINACIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL. El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con dolo cuando por los mismos hechos haya sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito o una falta disciplinaria imputados a ese título [...] (Ley 1474. Art 118. 2011)

Las presunciones y su clasificación

En relación con las presunciones la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente:

La ley puede prever que, a partir de ciertos antecedentes o circunstancias ciertas y conocidas, es posible deducir un hecho, a modo de presunción. Si la presunción admite prueba en contrario será iuris tantum y si no la admite será iuris et de iure. Además de las dos presunciones anteriores, que son legales, existen también otras presunciones, a las que se califica como simples, de hombre o judiciales, aplicadas por el juez al resolver casos concretos.

Las presunciones tienen una relación directa con la carga de la prueba en el proceso. Quien las invoca, debe demostrar los antecedentes o circunstancias a partir de las cuales sea posible deducir el hecho objeto de la presunción. Si se está frente a una presunción iuris et de iure, quien la pretende desvirtuar

debe demostrar la inexistencia de dichos antecedentes o circunstancias, para hacer imposible la deducción. Si se está frente a una presunción iuris tantum, quien la pretende desvirtuar puede demostrar la inexistencia de estos antecedentes o circunstancias o la inexistencia del hecho. Y esto es posible porque en la presunción iuris tantum, aunque los antecedentes o circunstancias sean ciertos y conocidos, la deducción no es necesaria, sino que obedece a una relación lógica posible, comúnmente aceptada y de usual ocurrencia. (Corte Constitucional Sentencia C-153/2013).

Después del análisis relativo a las presunciones y su consecuente responsabilidad en materia fiscal no se encuentra ajustado a derecho que por el solo hecho de haber recibido una sanción en materia disciplinaria y la imposición de una pena en materia penal se concluya de contera que habrá responsabilidad fiscal a titulo de dolo; de esta manera se estaría violentando la presunción de inocencia y el principio de la buena fe, lo que de paso llevaría a que se estuviera dictando un fallo de responsabilidad fiscal vulneratorio de derechos y garantías constitucionales y legales ; sin una mínima posibilidad de análisis de los elementos objetivos que constituyen el dolo, a pesar de los pronunciamientos que frente a tal norma y en sentencia C-512 del 2013 la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011.

CONCLUSIÓN

Posterior al discurrir analítico y normativo de algunos de los estatutos punitivos estatales, valga decir responsabilidad penal, responsabilidad disciplinaria y responsabilidad fiscal es importante concluir en estrecha relación con lo preceptuado en el artículo objeto del trabajo, que el elemento del dolo para determinar la responsabilidad fiscal no puede ser tomado de manera imprevista y con poca valoración por el solo hecho de provenir de los otros instrumentos sancionatorios; es decir que no solo se deberá tener en cuenta el traslado de responsabilidad fiscal y el dolo como elemento estructural al proceso sino que además deberá de existir un análisis riguroso de la estructura del mismo, situación esta que lleve a un eventual caso a un verdadero y consciente fallo de responsabilidad fiscal que contenga la valoración de todos los elementos que deben confluir en el mismo para poder determinarla, de otra manera el solo hecho de presumir el dolo en las otras disciplinas estaría vulnerando principios esenciales como el de la buena fe, presunción de inocencia y el debido proceso.

Además de lo anterior y a manera personal se puede concluir que fue un ejercicio de conocimiento y crecimiento en materia no solo de responsabilidad fiscal de las otras disciplinas sancionatorias que el Estado tiene para prevenir el fenómeno de la corrupción y además para procurar la moralidad y ética de los funcionarios públicos y de los particulares que ejerzan funciones públicas con dineros del erario público.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Atanguren (2012). Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00127-00(0977-10)

Constitución Política de Colombia, (1991)

Corte Constitucional, Sentencia C-181 de 2016, Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado

Corte Constitucional, Sentencia C-244 de 1996, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Diaz. Expediente No. D-1058.

Corte Constitucional Sentencia C-153 de 2013, Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Expediente D-9466.

Código Disciplinario Único. Ley 734 de 2002.

Pertuz, A. J (2017) El dolo y sus implicaciones en el derecho disciplinario. Revista Vis Iuris. P 117-138 Enero – Junio. 2018.

Procuraduría Regional Magdalena (2015). 25188.D.2015-63-783474.

Procuraduría Segunda Delegada ante del Consejo de Estado (2016). Concepto N° 013 del 04 de febrero.

Urbano, J. J y otros (2011) Lecciones de derecho penal parte general, segunda edición. Universidad Externado de Colombia.

Sotomayor, J. O (2016) Fundamento del dolo y ley penal: una aproximación crítica
las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso
colombiano. Polít. crim. Vol. 11, N° 22, Art. 10, pp. 675-703

Zaffaroni, E. R (2009) Estructura básica del derecho penal. Editorial Ediar