

La incidencia en el debido proceso del principio verdad sabida y buena fe guardada en la investigación y juzgamiento del daño fiscal



Sandra Milena Sánchez Londoño*

Resumen

Este artículo hace un análisis de la incidencia que tiene en el debido proceso la aplicación del principio verdad sabida y buena fe guardada para solicitar la suspensión de un servidor público investigado por un presunto daño fiscal. En primer lugar, reconstruyo los principales elementos del debido proceso, a saber, imparcialidad, presunción de inocencia y derecho de defensa. En segundo lugar, analizo el contenido y alcance del principio verdad sabida y buena fe guardada en el ordenamiento jurídico colombiano. Sostengo que el principio *debido proceso* es vulnerado cuando se otorga potestad a un funcionario para exigir la destitución de otro con fundamento en su íntima convicción, pues crea condiciones de desventaja para el ejercicio pleno del derecho de defensa.

Sumario

Introducción. 1. Las principales garantías de defensa en el proceso de responsabilidad fiscal. 1.1. Imparcialidad. 1.2. Presunción de inocencia. 1.3. Derecho de defensa. 2. La verdad sabida y buena fe guardada en el ejercicio potestades conferidas al ente de control fiscal. 2.1 Contenido y alcance del principio verdad sabida y buena fe guardada en la jurisprudencia constitucional. 2.2. Críticas al principio verdad sabida y buena fe guardada. Conclusiones. Bibliografía.

Palabras clave

Responsabilidad fiscal, debido proceso y verdad sabida buena fe guardada.

* Integrante del semillero de investigación Derecho Público y estudiante del pregrado de Derecho en la Universidad Cooperativa de Colombia – Sede Medellín. Trabajo presentado para optar por el título de abogada. Correo: sandra.sanchezlo@campusucc.edu.co

Introducción

La realización de los fines del Estado contemporáneo exige la administración y disposición de recursos públicos. El desarrollo de una sociedad, en cierta medida, depende de la prestación de algunos servicios y de la redistribución de los bienes como consecuencia de la participación de las autoridades administrativas en la actividad económica. La responsabilidad fiscal es una manera de garantizar que tales recursos públicos sean gestionados de manera adecuada, pues los daños que se causen al patrimonio público deben ser reparados (Gómez, 2016, p. 7). Sin medidas de protección para que la gestión fiscal se ajuste a los principios de eficiencia, economía, eficacia, transparencia, entre otros, no sería posible que el Estado cumpliera su función frente al bienestar de la sociedad.

En la sentencia T-297/06, la Corte Constitucional señaló las principales características que tiene el proceso de responsabilidad fiscal. En términos generales, planteó que este trámite posee cinco rasgos, a saber: (1) la responsabilidad que se declara a través del procedimiento fiscal es eminentemente administrativa, pues recae sobre la gestión y manejo de los bienes públicos; (2) tiene un carácter subjetivo en cuanto exige la indagación acerca de si el investigado actuó con dolo o con culpa; (3) es patrimonial ya que su declaratoria acarrea el resarcimiento del daño causado por la gestión irregular; (4) es autónoma e independiente porque opera sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad y, finalmente, (5) indicó que el trámite para su declaratoria debe ceñirse a las garantías del debido proceso.

En virtud de lo señalado anteriormente, las garantías sustanciales y procesales consagradas en artículo 29 de la Constitución Política son aplicables al proceso de responsabilidad fiscal. En este sentido, debe velarse por una sujeción estricta a los principios inherentes al debido proceso como la legalidad, el juez natural (autoridad administrativa competente), la favorabilidad, la presunción de inocencia y el derecho de defensa. Este último derecho comporta la posibilidad que tiene el investigado por un presunto daño fiscal de ser oído e intervenir en el proceso. Por tanto, puede presentar y controvertir pruebas, solicitar la nulidad de la actuación administrativa e interponer recursos. Un investigado tiene derecho a

que el proceso se desarrolle sin dilaciones injustificadas y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (Cfr. sentencia T-297/06).

El proceso de responsabilidad fiscal persigue el resarcimiento de los daños causados al patrimonio público. Aunque se trata de un fin valioso, esto no debe alcanzarse a costa de vulnerar las garantías al debido proceso de los investigados. El artículo 268.8 de la Constitución Política de 1991 faculta al ente de control fiscal para solicitar la suspensión inmediata de funcionarios investigados por un presunto daño fiscal con fundamento en el principio verdad sabida y buena fe guardada. La potestad de adoptar medidas según verdad sabida y buena fe guardada en el marco de un proceso de responsabilidad fiscal parece entrar en conflicto con el derecho de defensa de un investigado, pues disminuye notoriamente la posibilidad de controvertir lo solicitado.

El propósito de esta investigación es analizar la incidencia que tiene sobre el derecho de defensa de un servidor público investigado la potestad del ente de control para exigir su suspensión inmediata con fundamento en la verdad sabida y buena fe guardada en el marco de un proceso de responsabilidad fiscal. A fin de alcanzar este propósito, (i) explicaré las principales garantías que tiene un investigado para el ejercicio de su derecho de defensa en el proceso de responsabilidad fiscal, (ii) reconstruiré el alcance que tiene el principio verdad sabida y buena fe guardada tanto en la doctrina administrativa como en la jurisprudencia constitucional y, por último, (iii) analizaré la incidencia que posee la verdad sabida y buena fe guardada en el debido proceso de un servidor público investigado.

La sistematización jurisprudencial y doctrinal de los principios debido proceso y verdad sabida y buena fe guardada en materia de responsabilidad fiscal es la metodología utilizada. La investigación de carácter dogmático que aquí se emprende no solo centra su atención en la regulación del derecho vigente sino que plantea algunas críticas a las instituciones jurídicas objeto de estudio (Courtis, 2009, p. 118 y ss.), sobre todo porque están relacionadas con un aspecto central del Estado de derecho. Con el análisis de estos materiales se busca determinar si la potestad del ente de control para exigir la suspensión de servidores investigados genera un conflicto con el debido proceso como una garantía

fundamental en un Estado de derecho. A partir de estos presupuestos se podrá determinar cuál es el contenido y alcance de la verdad sabida buena fe guardada y el debido proceso en el derecho colombiano.

En términos generales, sostendré que el principio *debido proceso* es vulnerado cuando se otorga potestad a un funcionario para exigir la destitución de otro con fundamento en su íntima convicción legal. Una decisión fundamentada en la verdad sabida y buena fe guardada no está exenta de errores e impide la controversia de las razones de una decisión, pues las pruebas se orientan no a la demostración de los hechos sino a cambiar un estado mental del sujeto que ejerce las competencias de un ente de control. En este sentido, la íntima convicción entra en conflicto con el debido proceso del investigado y crea condiciones de desventaja para el ejercicio pleno del derecho de defensa.

1. Las principales garantías de defensa en el proceso de responsabilidad fiscal

La Corte Constitucional, en la sentencia SU-620 de 1996, examinó las principales características de los procesos por responsabilidad fiscal. En resumidas cuentas, destacó que en el proceso de responsabilidad fiscal se deben observar las garantías del debido proceso. La investigación y el juicio de responsabilidad fiscal también están permeados por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, los cuales están consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política de 1991.

Las garantías que componen el debido proceso deben ser respetadas al investigado, a saber, legalidad; juez natural o legal –autoridad administrativa competente–; favorabilidad; presunción de inocencia y el derecho de defensa. El derecho de defensa incluye la posibilidad de ser oído e intervenir en el proceso, de presentar y controvertir pruebas, promover nulidades por violación al debido proceso e interponer recursos contra las decisiones que se adopten. Finalmente, un investigado tiene derecho a un proceso público sin dilaciones injustificadas y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

A continuación, reconstruiré al contenido y alcance que tienen los principios más relevantes en el proceso de responsabilidad fiscal con fundamento en la jurisprudencia constitucional. En estos términos, se podrá advertir si el diseño procedimental del proceso de responsabilidad fiscal que incluye el principio verdad sabida y buena fe guardada para exigir la suspensión del servidor público investigado es compatible con el principio constitucional del debido proceso. Las garantías de este principio deben informar las actuaciones de la investigación y el juicio fiscal como una condición para la protección de todos los administrados sin distinción alguna.

En la sentencia SU-620 de 1996, anteriormente citada, se puede reconocer que el debido proceso fiscal está sujeto a los principios consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política. Haré una breve caracterización de los principios que pueden ser vulnerados por la aplicación de la verdad sabida y buena fe guardada. Aunque el debido proceso tiene un carácter transversal y abarca una multiplicidad de garantías (Bernal, 2006), para efectos de esta investigación sólo serán consideradas las más relevantes de cara al principio objeto de investigación. Por tanto, serán analizadas la imparcialidad, la presunción de inocencia y el derecho de defensa. Con estos presupuestos, posteriormente podrá determinarse la incidencia de la verdad sabida buena fue guardada en el debido proceso de un investigado por un presunto daño fiscal.

1.1. Imparcialidad

Este principio se refiere a que la autoridad competente para adoptar una decisión debe dejar de lado la subjetividad, es decir, el funcionario competente no debe tener ningún tipo de interés dentro del proceso y debe estar alejado de prejuicios y demás situaciones que afecten su decisión. La sentencia C-450 de 2015 plantea que la garantía de imparcialidad se encamina a evitar que el juzgador sea “juez y parte”, así como que sea “juez de la propia causa”. La imparcialidad también tiene como efecto el mantenimiento de la confianza en el Estado de derecho a través de decisiones que gocen de credibilidad social y legitimidad democrática. Este principio tiene un carácter imprescindible en un Estado democrático de derecho ya que garantiza a todo ciudadano un juicio justo y con respeto al debido proceso.

Así, las actuaciones judiciales y administrativas se ajustan a los principios de equidad, rectitud, honestidad y moralidad sobre los cuales descansa el ejercicio de la función pública.

La imparcialidad exige “que el encargado de aplicar la ley no haya tenido un contacto previo con el tema a decidir y que por lo tanto se acerque al objeto del mismo sin prevenciones de ánimo” (Cfr. C-450 de 2015). Sin duda, esta garantía se materializa en el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, lo cual se extiende al proceso de responsabilidad fiscal a fin de hacerlo más garantista.

1.2. Presunción de inocencia

La presunción de inocencia se encuentra consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política, en el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad. La Corte Constitucional, en sentencia C-003-17, establece que la presunción de inocencia es un derecho en virtud del cual la persona deberá ser tratada como inocente mientras no se demuestre lo contrario a través de un proceso judicial adelantado con todas las garantías. La presunción de inocencia hace parte del debido proceso y tiene carácter fundamental. Por tanto, debe aplicarse no solo a actuaciones penales sino administrativas. Al respecto, la jurisprudencia ha reafirmado lo siguiente:

“En este orden de ideas, con la consagración de la presunción de inocencia como derecho fundamental constitucional extensivo a toda disciplina sancionatoria se busca vincular a las autoridades que, en ejercicio de sus funciones, impongan sanciones de cualquier índole. De esta forma, se quiere evitar la presencia de actuaciones arbitrarias, en la cual el funcionario unilateralmente imponga la sanción, y que la presunción de inocencia que establece la Constitución sólo sea desvirtuada a través de un proceso en donde el sindicado tenga la posibilidad de ejercer su derecho a la defensa de la debida forma” (Cfr. sentencia T-581/1992).

La presunción implica suponer que algo existe aunque no se encuentre probado (Bernal, 2006). La presunción de inocencia hace que la carga de probar recaiga en quien acusa, es decir, alguien debe demostrar, sin que quede duda alguna, la responsabilidad del investigado. Solo una responsabilidad debidamente probada hace merecer la sanción que se encuentra estipulada en la ley. La presunción de inocencia es una presunción legal que se desvirtúa con una decisión en firme. Por tanto, para el investigado se traduce en un derecho. La presunción de inocencia no solo es un principio del debido proceso, sino una garantía de la dignidad humana, la libertad, la honra y el buen nombre (Bernal, 2006).

1.3. Derecho de defensa

El derecho de defensa consiste en una garantía para que el investigado ejerza sus facultades de controvertir pruebas, realizar alegatos, concurrir al proceso y hacerse parte del mismo. Este derecho se divide en el derecho de contradicción y el derecho de defensa técnica. Cualquier investigado con un proceso en su contra, tiene derecho a intervenir en el mismo, a aportar pruebas y controvertir las que se aduzcan en su contra. En términos generales, consiste en un derecho irrenunciable en el que el investigado toma posición frente a los reproches formulados en su contra (Tiedemann, 1989, p.184).

El derecho de defensa se materializa en la garantía de presentar pruebas, controvertirlas, lograr que sean tenidas en cuenta y puestas en favor del investigado. La sentencia SU-087 de 1999 expresa que el derecho de defensa es una garantía universal, encaminada a controvertir las pruebas que pretenden desvirtuar la presunción de inocencia. Así mismo, presupone que se tengan en cuenta al momento de adoptar una decisión. La sentencia T-504 de 1998 plantea que se vulnera ostensiblemente el derecho de defensa cuando no se tienen en cuenta o no se hace una valoración exhaustiva de las pruebas aportadas al proceso, o lo que es peor, cuando se ignora su existencia.

En términos generales, el proceso de responsabilidad fiscal, como todo proceso judicial o administrativo, debe ceñirse a las garantías propias del debido proceso, las cuales se

encuentran estipuladas en el artículo 29 de la Constitución Política. Además, debe regirse por las garantías propias de todo proceso administrativo que se encuentran estipuladas en el artículo 209 ibídem. El principio de imparcialidad está encaminado a evitar que el encargado de tomar una decisión sea juez y parte (Cfr. C-450 de 2015). El fallador debe acercarse al proceso sin prevenciones de ánimo que puedan afectar su decisión, pues debe estar alejado de toda subjetividad.

El principio de presunción de inocencia es una garantía que integra el bloque de constitucionalidad y asegura que el implicado conserva su calidad de inocente o no responsable mientras que no se demuestre lo contrario. El proceso debe adelantarse con todas las garantías. El ente fiscalizador tiene la tarea de desvirtuar la presunción de inocencia del investigado mediante pruebas debidamente aportadas al proceso y haciendo un análisis minucioso de las mismas. En el proceso deben valorarse tanto las pruebas aportadas por el ente fiscalizador como las aportadas por el investigado. De lo contrario, se vulneraría gravemente el debido proceso.

El derecho de defensa se desglosa en derecho de contradicción y el derecho de defensa técnica. Este se materializa en la facultad de participación en el proceso encaminada a controvertir pruebas. Como puede notarse, son principios que parecen interconectarse, pues al vulnerarse el principio de presunción de inocencia, se vulnera el derecho de defensa al no permitirle al implicado aportar pruebas o contradecirlas en la toma de una decisión.

2. La verdad sabida y buena fe guardada en el ejercicio potestades conferidas al ente de control fiscal

El artículo 268.8 de la Constitución Política otorga a las contralorías la potestad de solicitar al nominador la suspensión de un funcionario público mientras culminan las investigaciones fiscales o los respectivos procesos fiscales, penales o disciplinarios. La misma disposición constitucional señala que, el ente de control fiscal, podrá fundamentar su solicitud en el principio *verdad sabida buena fe guardada*. A continuación, (2.1) explicaré cómo ha sido entendido el principio *verdad sabida y buena fe guardada* y (2.2) analizaré

las críticas que pueden formularse contra este estándar de justificación para la solicitud de suspensión de un funcionario. En estos términos, mostraré el alcance y los problemas que origina el principio *verdad sabida y buena fe guardada* en el derecho positivo.

2.1 Contenido y alcance del principio verdad sabida y buena fe guardada en la jurisprudencia constitucional

Las contralorías son órganos de control fiscal que cumplen un rol fundamental para el cumplimiento de los fines del Estado. Las funciones principales consisten en velar por la adecuada gestión de los recursos públicos, investigar y juzgar posibles hechos constitutivos de daño al patrimonio público. Entre las competencias de las contralorías, está la facultad para solicitar la suspensión del funcionario investigado mientras se adelanta la investigación o el juzgamiento. Esta potestad se caracteriza porque tiene (1) rango constitucional, (2) persigue proteger la investigación o el juzgamiento, (3) es vinculante para el nominador, (4) tiene una naturaleza cautelar y (5) puede fundarse en el principio verdad sabida y buena fe guardada.

1. La posibilidad de solicitar la suspensión del cargo a los funcionarios investigados es una facultad atribuida al contralor por la constitución vigente. El rango constitucional de esta potestad le imprime un carácter especial, debido a que como sabemos, la Constitución es norma de normas, es decir, en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otras normas jurídicas, prevalecerán las disposiciones constitucionales (art. 4, Constitución Política). El rango constitucional de la medida le otorga legitimidad y primacía sobre cualquier régimen probatorio estipulado en leyes de carácter fiscal (Cfr. Sentencia C-415-12). Sin embargo, la posición jerárquica de la fuente de derecho no autoriza el desconocimiento de otras garantías constitucionales.

El rango constitucional que ostenta la aplicación del principio *verdad sabida y buena fe guardada* puede generar tensiones con valores, principios y derechos constitucionales. No es infrecuente la existencia de conflictos entre las normas jurídicas de carácter constitucional o los cambios de los contenidos constitucionales en el tiempo (Celis Vela,

2010, p. 317). La articulación de los principios puede conducir a que se concreten de modos diversos e incompatibles entre sí (Guastini, 2016); por esta razón, el principio *verdad sabida y buena fe guardada* puede ser especificado en otras normas legales o decisiones judiciales con el adecuado respeto por las garantías constitucionales del implicado. Lo anteriormente indicado supone que la constitución mantiene una rigidez formal (Ferrajoli, 2009, p.105-114.) pero su contenido normativo está sujeto a mutaciones interpretativas (Bernal, 2018, p. 67; Celis Vela, 2015, p. 147) y a desacuerdos razonables a nivel constitucional (Buriticá Arango, 2019, p. 871).

Las normas constitucionales tienen diversos grados de rigidez. Las normas que establecen el principio de igualdad, dignidad de la persona y los derechos fundamentales tienen una rigidez absoluta. Lo mismo podría afirmarse de principios como la separación de poderes y representación política, cuyo alcance podrían reformarse pero no reducirse (Ferrajoli, 2009, p. 100-101). El carácter restrictivo de la potestad que puede ejercerse a partir del principio *verdad sabida buena fe guardada* exige una interpretación restrictiva de la misma. Por tanto, se trata de un principio que cede cuando hay otros intereses relevantes en juego. En normas legales o decisiones judiciales no puede concretarse maximizando su contenido en detrimento de valores que involucran el debido proceso y el derecho de defensa.

2. El propósito de esta potestad es garantizar que los posibles investigados no impidan que el contralor investigue o juzgue conductas constitutivas de daño fiscal. En términos hipotéticos, es posible que un investigado obstruya la investigación, siga generando un detrimento patrimonial al Estado con su indebida gestión fiscal o afecte la moralidad pública; por tanto, la suspensión se comporta como una garantía para la investigación y juzgamiento. El Consejo de Estado, en sentencia del 14 de noviembre de 2013, planteó que la finalidad es asegurar la transparencia de las investigaciones penales, fiscales o disciplinarias que se adelantan en contra de servidores públicos.

En la sentencia T-416/2016, la Corte Constitucional decidió un caso por vulneración de los principios acceso a la administración de justicia, debido proceso, seguridad jurídica y confianza legítima como consecuencia de la aplicación del principio *verdad sabida y buena*

fe guardada. Un contralor solicita la suspensión de una funcionaria porque tenía abiertos cinco procesos de responsabilidad fiscal en su contra. El ente de control asumió que era responsable; sin embargo, los procesos fueron archivados porque no se configuraron los elementos necesarios para establecer la responsabilidad fiscal. Una vez archivados los procesos, la funcionaria no pudo ser restituida en su cargo porque ya había finalizado el período para el cual fue designada. La Corte Constitucional amparó sus derechos y ordenó la indemnización en abstracto por los perjuicios ocasionados.

El caso planteado permite ilustrar que la solicitud de suspensión del funcionario investigado solo responde a la necesidad de proteger la investigación fiscal o el patrimonio público. Dadas las consecuencias que puede tener una suspensión es indispensable que el contralor tenga motivos fuertes que le permitan determinar que esta suspensión es necesaria para proteger el patrimonio del Estado o para proteger la investigación y el proceso de responsabilidad fiscal; todo esto, para ejercer un correcto funcionamiento de los fines del Estado protegiendo tanto el patrimonio público, como los derechos del investigado.

3. La solicitud de suspensión tiene carácter vinculante para el nominador. El principio de separación de poderes exige una definición estricta de funciones para cumplir los fines esenciales del Estado (Marín Castillo & Trujillo González, 2016, p. 66). El nominador tiene la potestad de suspender al funcionario investigado por un daño fiscal. Sin duda, la posibilidad de rechazar la solicitud de suspensión podría constituirse como una manera de interferir en las funciones de control que ejerce la contraloría.

La fuerza vinculante de la solicitud de suspensión que eleva el contralor supone la existencia de una obligación para el nominador. Si el contralor determina que el funcionario implicado en un presunto daño fiscal puede afectar la investigación, generar más detrimento patrimonial o afectar la moralidad pública, entonces existe un deber genuino de ejecutar la suspensión. El nominador y el contralor deben tener un trabajo articulado. El contralor, quien pertenece al órgano de control de los recursos públicos y, el nominador, quien sería el superior jerárquico del implicado, deben colaborar armónicamente para el cumplimiento de los fines del Estado. No puede haber excusa para que el nominador ignore

la obligación de cumplir lo ordenado por el contralor referente a la suspensión provisional del funcionario público implicado en una investigación fiscal cuando sea necesario.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-246-04, plantea que *“si bien es cierto que el principio de separación de poderes es el fundamento para el reconocimiento de la necesaria independencia y autonomía de los diferentes órganos del Estado, a fin de que puedan cumplir cabalmente sus funciones, también lo es que dicho principio debe ser interpretado en función de su vinculación con el modelo trazado en el artículo 113 Superior, según el cual, cada uno de los órganos del poder público debe colaborar armónicamente para la consecución de los fines estatales. Colaboración armónica que no implica que determinada rama u órgano llegue a asumir la función de otro órgano, pues no debe olvidarse que cada uno de ellos ejerce funciones separadas”*. No ejecutar la solicitud de suspensión violaría el deber de colaboración entre los poderes públicos al momento de perseguir la protección y recuperación del patrimonio público.

En la sentencia C-603/00, la Corte Constitucional expresa que cuando una suspensión es exigida al funcionario nominador por parte del contralor, el nominador tiene la obligación de acatar la solicitud. Por esta razón, el requerimiento tiene efectos vinculantes para el nominador. La misma sentencia plantea que esta suspensión se trata de una exigencia; ya que la Constitución Política utiliza en término “exigir” cuando se refiere a esta; por lo tanto, al ser una exigencia tiene connotación imperativa, lo que hace forzosa la ejecución de lo exigido por parte del nominador (Cfr. Sentencia C-603/00).

4. La solicitud de suspensión no tiene carácter sancionatorio, pues no conlleva las consecuencias que se derivan de una sanción. La suspensión debe entenderse como una medida cautelar, que va encaminada a proteger cada etapa del proceso de responsabilidad fiscal, manteniendo el buen funcionamiento, y por lo tanto la transparencia en las investigaciones; por esta razón, el contralor y el funcionario nominador deben ejercer un trabajo mancomunado que permita la ejecución de los fines del Estado. En este sentido, la medida cautelar tiene un carácter preventivo y provisional. La Corte Constitucional aclaró, en la sentencia C-603/00, que los servidores públicos involucrados no se suspenden

definitivamente, puesto que la presunción de inocencia aún no ha sido desvirtuada. No debe confundirse con una sanción. La sanción es un acto coactivo que tiene por objeto la privación de un bien ejercido por una autoridad y como consecuencia de la conducta ilícita de un individuo (Moreso & Vilajosana, 2004, p. 131)

5. El artículo 268.8 de la Constitución Política establece que es suficiente fundar la solicitud en el principio *verdad sabida y buena fe guardada*. En la sentencia T-416/16, la Corte Constitucional planteó que las decisiones en conciencia o verdad sabida y buena fe guardada remiten a la esfera interna del fallador quien actúa no necesariamente inspirado en la justicia o la equidad. Una decisión fundada en el principio verdad sabida y buena fe guardada no exige hacer explícitos los hechos que la sustentan, tampoco demanda justificar con razones sus conclusiones. Esto no significa que la decisión en conciencia o verdad sabida y buena fe guardada pueda ser arbitraria. Si bien quien decide en conciencia no tiene que hacer expresas sus razones, el contenido de lo decidido también tiene que respetar unos límites mínimos externos como los hechos básicos del caso. Un Estado constitucional debe estar alejado de ciertos males característicos de las dominaciones políticas que afectan el Estado social de derecho; males como la arbitrariedad, que afecta la seguridad jurídica de los administrados, el autoritarismo, la exclusión política y la exclusión social (Aguiló, 2008, p.71)

El uso del principio *verdad sabida y buena fe guardada* no puede ser arbitrario, es necesario que el contralor señale algunas razones que sustentan su solicitud. En general, se ha planteado que el contralor debe temer que la permanencia del funcionario implicado en el ejercicio del cargo puede afectar las investigaciones, dificultar la tarea de fiscalización o comprometer todavía más el patrimonio público. El ente de control debe basar su decisión en hipótesis con pruebas debidamente practicadas que logren determinar que este funcionario, con la permanencia en su cargo va entorpecer la investigación o va comprometer aún más el patrimonio público y la moralidad pública. Las pruebas deben ser autónomas y encaminadas solamente a determinar el motivo de la suspensión; por lo tanto, no deben tenerse en cuenta para determinar la responsabilidad del implicado.

La sentencia T-416 de 2016 dice al respecto que la verdad sabida y buena fe guardada “*se basa en el concepto intelectual de la evidencia, que no puede despreciarse como elemento en la adopción de las conductas humanas*”. De otro lado, la misma sentencia expresa que la mención de este principio produce múltiples reacciones entre los juristas porque “*parece ser incompatible con el rigor epistemológico de los sistemas de prueba. La verdad fáctica, como uno de los fines –entre otros–, de mecanismos modernos de juzgamiento choca con decisiones cuyos hechos no han sido suficientemente probados. No se podría despreciar o contrariar la evidencia para tomar una decisión*” (Cfr. T-416 de 2016).

En términos probatorios, no existen los mismos estándares de prueba para la solicitud de suspensión de funcionario investigado y para establecer la responsabilidad fiscal. En materia de pruebas, el procedimiento fiscal está encaminado a definir una situación jurídica. La suspensión del funcionario público va encaminada a facilitar la labor de investigación y juzgamiento. Aunque en ambos escenarios hablamos de pruebas, tienen una connotación diferente; sin embargo, deben sujetarse a los principios generales de la prueba. De un lado, deben respetarse el principio de necesidad de la prueba, esto es, resulta necesario basarse en pruebas debidamente allegadas y aportadas al proceso. De otro, la responsabilidad fiscal debe determinarse únicamente con pruebas que establezcan con certeza los elementos de la responsabilidad fiscal.

Las pruebas deben ser analizadas en su conjunto y las decisiones tomadas deben sujetarse a los principios de la sana crítica. La sana crítica es aplicada en las decisiones que implican la responsabilidad del investigado. La solicitud de suspensión del funcionario público no se basa en la sana crítica porque el ente de control decide con base en el principio verdad sabida y buena fe guardada. La posibilidad de controvertir se haya reducida en la suspensión del funcionario público, pues estas decisiones no parecen, en absoluto, controvertibles. Al parecer, el régimen probatorio de la suspensión esta sustentado en una concepción persuasiva de la prueba.

En resumen, la verdad sabida y buena fe guardada es un principio de rango constitucional que puede utilizar el contralor al ejercer su facultad de solicitar la suspensión de un

funcionario público inmerso en una investigación de carácter fiscal. Con esta medida se pretende evitar que, con su actuar, entorpezca el proceso o, en su defecto, siga generando un detrimento patrimonial al Estado. Como se trata de un principio constitucional, goza de toda legitimidad, es decir, el contralor tiene toda la autoridad de aplicarlo a fin de imponer la medida de suspensión. Sin embargo, debe respetar las demás garantías constitucionales del implicado.

Este principio puede generar tensiones con otros principios constitucionales. Por tanto, es necesario desarrollarlo en normas legales o reglas jurisprudenciales que respeten las garantías procesales del implicado. Los principios se hallan jerarquizados en el ordenamiento jurídico, pues existen principios que abarcan derechos fundamentales y principios que sustentan reglas de menor rango. Aunque el principio verdad sabida y buena fe guardada ostenta rango constitucional, puede entrar en colisión con otros principios constitucionales que tienen mayor importancia axiológica. Su aplicación no puede ir en detrimento de las garantías constitucionales.

La orden de suspensión que adopte el contralor tiene carácter vinculante para el nominador, quien es el superior jerárquico del funcionario implicado. El nominador debe cumplir dicha orden para que pueda existir colaboración entre el ente de control y la entidad pública que está sufriendo el detrimento patrimonial. Aunque nuestra Constitución consagra el principio de separación de poderes, esto no puede ser una excusa para abstenerse de la aplicación de dicho principio por parte del nominador. Las instituciones públicas tienen que cooperar entre sí para cumplir los fines del Estado.

La aplicación de dicho principio no es de carácter sancionatorio y no conlleva las consecuencias de una sanción. En realidad, se trata de una medida cautelar encaminada a proteger el procesos fiscal o el patrimonio público. Las pruebas que se practican para determinar la responsabilidad del investigado están sujetas a los principios generales de la prueba. Estos no parecen determinar los motivos que utiliza el contralor para solicitar la suspensión del investigado lo que refleja el punto débil del principio verdad sabida y buena fe guardada.

2.2. Críticas al principio verdad sabida y buena fe guardada

Ferrer plantea que existen dos concepciones de la prueba: una concepción persuasiva y una racionalista. La persuasiva de la prueba se fundamenta (1) en la íntima convicción del juez como único criterio de decisión. Además, presupone (2) la defensa de una versión muy fuerte del principio de inmediación, pues demanda una valoración de la prueba exclusivamente al juez de primera instancia. (3) Las exigencias de motivación son muy débiles o inexistentes respecto de la decisión sobre los hechos y (4) el sistema de recursos dificulta mucho el control o revisión de las decisiones adoptadas. La finalidad de la prueba es generar convicciones en el órgano decisor (2017, pp. 2-3).

En el uso común, la palabra convicción alude a una idea profundamente arraigada en el pensamiento o la conducta de una persona. Como ya se ha señalado, la aplicación del principio verdad sabida y buena fe guardada remite a la esfera interna del fallador. Quien decide en verdad sabida y buena fe guardada no tiene que hacer explícitos los hechos en que se funda ni justificar con razones sus conclusiones (Cfr. Sentencia T-416/16). En definitiva, este principio avala que el contralor se fundamente en su convicción para tomar la decisión de suspender al implicado. La convicción de que el implicado va entorpecer la investigación o va generar un detrimento patrimonial al Estado remite a un estado mental que presupone una concepción persuasiva de la prueba. Al basarse en una convicción, el contralor automáticamente cierra la posibilidad de controvertir los motivos por los cuales se tomó la determinación de suspender al implicado. Además, si su decisión carece de motivación, se vulnera claramente el debido proceso del investigado por un presunto daño fiscal.

En la concepción racionalista de la prueba, la actividad probatoria se fundamenta (1) en el método de la corroboración y refutación de hipótesis. Por tanto, (2) colleva una versión débil o limitada del principio de inmediación y exige (3) una fuerte motivación de la decisión en materia de hechos. (4) El sistema de recursos ofrece un campo amplio para el control de la decisión y su revisión en instancias superiores. La concepción racionalista de

la prueba busca que las decisiones se tomen con base en hipótesis (Ferrer, 2017, pp. 2-3). Esto hace que el funcionario decida con independencia de sus convicciones y prejuicios o con una incidencia menor y controlable intersubjetivamente. Por tanto, previene la vulneración al debido proceso en la valoración de las pruebas.

Sin duda, se vulnera el debido proceso al permitirle al funcionario competente de la contraloría determinar, mediante el principio de verdad sabida y buena fe guardada, que decida sobre la continuidad o no del funcionario investigado en el cargo. La íntima convicción como fundamento para decidir sobre la suspensión del funcionario investigado no permite controvertir la decisión del contralor. Los motivos y los estados mentales de convicción no son refutables.

La aplicación de este principio en el proceso de responsabilidad fiscal pone un marcado acento en una concepción persuasiva de la prueba. Incluso en materia de suspensión de funcionarios investigados, las decisiones deberían adoptarse con fundamento en hipótesis probatorias y no a partir de convencimientos internos. Aunque el principio verdad sabida y buena fe guardada ostenta rango constitucional, su aplicación no puede vulnerar garantías que se deben respetar en todo proceso tanto judicial como administrativo. El desarrollo de este principio en el ordenamiento jurídico colombiano exige una interpretación estricta y una mayor exigencia probatoria. Las pruebas que se demanden deben efectivamente evidenciar que la permanencia en el cargo pone el riesgo el proceso o el patrimonio público. Las eventuales pruebas de la responsabilidad fiscal no necesariamente constituyen razones para la suspensión. Así las cosas, el contenido del principio en cuestión se debe armonizar con las garantías consagradas en el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Conclusiones

En todos los procesos judiciales y administrativos se falla con base en los principios de la sana crítica que incluye tres reglas básicas, a saber: la lógica, la experiencia y los principios técnicocientíficos. Que una solicitud de suspensión de un funcionario pueda fundarse en la

íntima convicción legal, evidencia problemas de garantías en el proceso de responsabilidad fiscal. La facultad otorgada por la Constitución Política al contralor para solicitar la suspensión de un funcionario público debe combinarse con una concepción más garantista en la práctica de pruebas. Todas las decisiones que se adopten en el marco del proceso de responsabilidad fiscal deben fundarse en hipótesis probatorias y no mediante convicciones internas que permitan la arbitrariedad. Aunque el principio verdad sabida y buena fe guardada ostenta rango constitucional, también se debe tener en cuenta que la aplicación de este principio puede vulnerar las garantías del debido proceso.

Bibliografía citada

Aguiló, J. (2008). Tener una constitucion, darse una constitucion y vivir en constitucion. *Isonomía*, 28.

Bernal, C. (2006). *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Buriticá Arango, E. (2019). Interpretación constitucional, control judicial de la ley y desacuerdos. *Revista Chilena de Derecho*, 46(3), 869–891.

Celis Vela, D. (2010). El (neo)constitucionalismo colombiano: una representación ideológica del derecho. *Revista Estudios de Derecho*. V. 67 No. 150 (2010). pp. 303-328

Celis Vela, D. (2015). Prácticas discursivas y justiciabilidad de los derechos sociales. *Revista Estudios de Derecho*. Vol. 71. No. 160. Jul. – Dic. 2015.

Celis Vela, D. (2019). Enunciaciones normativas y límites conceptuales. En: Sierra, D. (Editor). *Notas al margen sobre derecho y lenguaje*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Courtis, C. (2009). El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática. En *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid, Trotta.

Ferrajoli, L. (2009). Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la constitución y sus garantías. En Ferrajoli, L., Moreso, J.J. & Atienza, M. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Ferrer, J. (2017). El control de la valoración de la prueba en segunda instancia. *Revus* [Online], 33.

Gómez, I. (2016). Responsabilidad fiscal y gerencia de recursos públicos. Marcos normativos y preventivos. El proceso de responsabilidad fiscal y sus procedimientos. Bogotá, Legis.

Guastini, R. (2016). La sintaxis del derecho. (A. Núñez Vaquero, Trad.). Madrid, Marcial Pons.

Marín Castillo, J. & Trujillo González, S. (2016). El Estado Social de Derecho: un paradigma aún por consolidar. Revista Jurídica Derecho, 3(4), 53 – 70.

Moreso, J.J. & Vilajosana, J.M. (2004). Introducción a la teoría del derecho. Madrid, Marcial Pons.

Tiedemann, K. (1989). Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal, Barcelona, Ariel.

Jurisprudencia citada

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia con radicación número 25000-23-25-000-2006-00393-01(1734-13), CP Bertha Lucía Ramírez de Páez

Corte Constitucional, sentencia C-003/17 MP Aquiles Arrieta Gómez

Corte Constitucional, sentencia C-246/2004 MP Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, sentencia C-450/15 MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Corte Constitucional, sentencia C-603/2000 MP José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, sentencia SU-087/1999 MP José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, sentencia SU-620/96 MP Antonio Barrera Carbonell

Corte Constitucional, sentencia T-297/06. MP Jaime Córdoba Triviño

Corte Constitucional, sentencia T-416/16 MP Jorge Iván Palacio Palacio

Corte Constitucional, sentencia T-504/1998 MP Alfredo Beltrán Sierra.