

# Los sesgos cognitivos en la función de control fiscal: la naturaleza humana, un aspecto a considerar<sup>1</sup>

JUAN CAMILO ROJAS ARIAS<sup>2</sup>

## RESUMEN

Los estudios sobre la influencia de los caminos heurísticos y sesgos cognitivos en el desarrollo de las funciones públicas, específicamente en el desarrollo del control y vigilancia fiscal, son de desarrollo ínfimo en Colombia. En consecuencia, el objetivo del presente artículo es realizar un análisis descriptivo sobre los principales hallazgos que marcan el estudio sobre la arquitectura de las decisiones humanas, en el marco del control y vigilancia fiscal en Colombia. Para este objetivo, se realizará especial énfasis en decantar la estructura del control y vigilancia fiscal y algunos resultados de su gestión que permitan detectar los efectos invisibles de algunos caminos heurísticos y sesgos sobre el proceso de adopción de decisiones en desarrollo del control fiscal.

**Palabras clave:** Control fiscal; Sesgos cognitivos; Gestión fiscal.

- 1 Fecha de recepción: 29 de abril de 2020. Fecha de aceptación: 19 de mayo de 2020. Para citar el artículo: Rojas Arias, J.C. (2020). "Los sesgos cognitivos en la función de control fiscal: la naturaleza humana, un aspecto a considerar", en *Revista Con-Texto*, n.º 53, pp. 103-126. DOI <https://doi.org/10.18601/01236458.n53.06>
- 2 Abogado egresado de la Universidad de La Sabana, candidato a doctor por la Universidad de Salamanca (España), con maestría en Derecho Internacional y en Análisis Económico del Derecho y Políticas Públicas y especialización en Derecho Comercial. Ha sido profesor de cátedra de la asignatura Fundamentos de Derecho Comercial y de la Empresa en la Universidad de La Sabana y de Hacienda Pública en la Universidad Sergio Arboleda. En el ámbito profesional se ha desempeñado en el sector público como asesor externo de los ministerios de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones, Comercio, Industria y Turismo; Hacienda y Crédito Público, Relaciones Exteriores, Federación Nacional de Departamentos y como director jurídico de los patrimonios autónomos Procolombia y Fondo Nacional del Turismo (Fontur) y Secretario General de iNNpulsa Colombia, entre otros cargos. Correo-e: [camilor99@hotmail.com](mailto:camilor99@hotmail.com)

## ABSTRACT

Studies on the influence of heuristic pathways and cognitive biases in the development of public functions, specifically in the development of fiscal control and surveillance are underdeveloped in Colombia. Consequently, the objective of this article is to carry out a descriptive analysis on the main findings that mark the study on the architecture of human decisions, demarcating them within the framework of fiscal control. For this objective, special emphasis will be placed on settling the structure of fiscal control and surveillance and some results. This analysis will detect the invisible effects of some heuristic paths and biases on the decision-making process in development of fiscal control.

**Keywords:** Fiscal Control; Cognitive Biases; Fiscal Management.

## I. INTRODUCCIÓN. LA IMPORTANCIA DE EVALUAR LA FUNCIÓN ESTATAL A TRAVÉS DE LA NATURALEZA HUMANA

Sea oportuno dar como punto de partida que la vida política de un país gira en torno a las decisiones y efectos que emanan del funcionamiento cotidiano de los Estados, aunque está claro que su alcance y concepción depende de la postura ideológica y organización económica que haya asumido. En este marco, los países occidentales en términos homogéneos son del tipo de lo que podríamos denominar como economías mixtas, lo cual quiere decir que algunas actividades son realizadas por el sector privado, otras por el sector público y en algunas ocasiones realizan sinergias temporales público-privadas para este efecto.

Esta visión económica actual del Estado y sus efectos recoge el conocimiento y experiencias acuñadas desde el siglo XVIII como la mercantilista —*teoría intervencionista según la cual el Estado debe tener un papel activo en cuanto al fomento del comercio y la industria*<sup>3</sup>—, la renombrada *laissez faire*<sup>4</sup>, en la que la libertad económica es el sustrato para la no intervención del Estado en la economía atribuyéndole al mercado la capacidad de equilibrarse<sup>5</sup>, y todas aquellas opuestas que equilibraban visiones y pugnaban por una reasignación de la propiedad y de los medios de producción, tales como Karl Marx y Robert Owen, entre otros.

Así las cosas, y sin distingo de la postura económica o doctrinal adoptada, todos los Estados occidentales adoptan posturas e intervenciones bajo diferentes instrumentos

3 Beuve Jean, Brousseau Eric, Sgard Jerome (2015). *Mercantilism and Bureaucratic Modernization in Early Eighteenth-Century France*. Instituto de Estudios Políticos de París. Disponible en: [https://www.sciencespo.fr/ceri/sites/sciencespo.fr.ceri/files/Mercantilism%20Paper,%20apr2015\].pdf](https://www.sciencespo.fr/ceri/sites/sciencespo.fr.ceri/files/Mercantilism%20Paper,%20apr2015].pdf)

4 Teoría económica que tuvo como génesis el pensamiento de Adam Smith en *La riqueza de las naciones*, en el que recalca el papel limitado que debía tener el Estado.

5 La suma de pensamientos a lo largo del tiempo en esta materia dio lugar a la construcción ideal de mercados que han servido como punto de medición de los mercados actuales. Al efecto se puede revisar el primer y el segundo teorema de la economía del bienestar.

y propósitos<sup>6</sup> a fin de incentivar los mercados, generar mecanismos de redistribución de la renta y asistencia social, protecciones de bienes con alto valor social –*ambientales, culturales*–, impuestos, medidas para asegurar la eficiencia, promover las externalidades positivas, cerrar brechas sociales y educativas mediante 3 líneas generales: (i) la regulación –*en donde se establecen los marcos de funcionamiento social, estatal, legal y económico, expresándose en sentido lato al principio de legalidad, atribuyendo competencias, estableciendo derechos y obligaciones y asignando funciones*–, (ii) la inspección –*una actividad derivada de la gran potestad del Estado de vigilar y controlar los procesos que se reglaron a través de la regulación*– y (iii) como agente económico y social a través de la participación en los mercados o con la creación de programas o entidades que ejecutan recursos públicos para cumplir alguna finalidad establecida en la regulación<sup>7</sup>.

En esta visión y bajo los conceptos tradicionales de la economía pública moderna, se ha argumentado que la intervención Estatal en la economía se fundamenta en el concepto de falla de mercado<sup>8</sup>, y en esta labor se han identificado algunas incapacidades sistémicas de responder idealmente bajo el concepto de fallo de Estado<sup>9</sup>, siendo estos últimos de relevancia para la presente investigación, ya que tradicionalmente se ha argüido la incapacidad sistemática del Estado de corregir satisfactoriamente los fallos del mercado, frente a lo cual, de forma concomitante, se han establecido criterios racionales para medir el impacto y la gestión pública, estableciendo sus contenidos sobre el uso de indicadores de desempeño con el objetivo de evaluarlos bajo la pertinencia de la planificación estratégica en cumplimiento de los parámetros dados por la regulación preexistente.

La exigencia por optimizar los niveles de eficiencia y eficacia en el uso de los recursos, así como generar y fortalecer los mecanismos de rendición de cuentas hacia los ciudadanos y los grupos de interés que rodean la acción pública son los fundamentos básicos que han tenido los gobiernos para impulsar el desarrollo de indicadores de desempeño en las instituciones públicas, así como la creación de entes de control y vigilancia.

En este hilo conductor se ha justificado que los Estados hayan creado instancias autónomas e independientes, bien sea bajo la forma de tribunales de cuentas o entes especializados con la función de vigilar la gestión pública –*control fiscal, disciplinario*–, la cual debe estar encaminada al cumplimiento de su finalidad empleando el uso de los

6 Rojas Arias, Juan Camilo (2016). "Sistema Financiero: Un análisis de mercado desde la perspectiva del derecho económico", *Revista Derecho Privado*, n.º 56. Universidad de los Andes.

7 *Ibidem*.

8 De acuerdo con Krugman, Wells y Grady (2015), por fallos del mercado podemos entender la forma en la que la persecución individual del propio interés genera malos resultados para la sociedad en su conjunto (p. 16).

9 En términos generales, se atribuye al concepto de fallas de Estado a la incapacidad técnica de acometer de forma eficiente y eficaz de sus funciones debido a asimetrías en la información, a la imposibilidad de calcular de forma exacta la respuesta del sector privado ante la acción estatal y al proceso político propio del ciclo de las políticas públicas.

recursos públicos de forma transparente, eficiente<sup>10</sup> y enmarcando su obrar en la ética y los parámetros de una función pública fijada en la ley.

Ahora bien, dentro de las dimensiones de control, la eficiencia y eficacia del gasto público, reviste de la mayor importancia su revisión, en el entendido de que es a través de este que se genera el principal mecanismo de redistribución de la riqueza, de incentivos en los mercados o como herramienta de movilización económica.

En consecuencia, la función de control fiscal ha tenido históricamente gran importancia, debido a que resulta ser la herramienta por excelencia para el control de los excesos de quien detenta el poder y la ejecución de recursos públicos, de forma que esta función simboliza la veeduría legal sobre todas las ramas que ejecuten recursos públicos<sup>11</sup>.

El concepto de responsabilidad derivado de la ejecución de recursos públicos es un efecto indispensable en este análisis y uno de los efectos principales que pueden derivar de las acciones de inspección sobre la ejecución de recursos públicos. Efecto y acción indispensable para un funcionamiento estatal eficiente, eficaz y económico, lo cual es de esperarse conlleve una mejor administración pública, mejores decisiones, más comprensión y mayor grado de compromiso y responsabilidad por parte de quienes detentan el poder de disponer los recursos del erario público.

En este marco de interrelación de potestades, por un lado de disposición de recursos y por otra de veeduría sobre estas acciones, racionalmente se ha implementado una serie de herramientas a fin de asegurar una coordinación óptima de actores y asegurar los resultados a través de la incorporación de instrumentos de desarrollo organizacional; para el caso de Colombia, se ha implementado el MECI – SGC como resultado de la regulación expedida –*Ley 872 de 2003, Decreto 4110 del 2004, NTCGP 1000/2004, modificada con la versión 2009*–. En este marco de atribuciones y acciones, la posibilidad de pérdida de recursos públicos por corrupción o gestión ineficiente justifica la necesidad de un control fiscal a la gestión pública, como mecanismo transversal que ayude a la materialización del bienestar social<sup>12</sup>. Es en este escenario en donde se espera un marco de atribuciones especiales para atribuir responsabilidades a la gestión ineficiente o corrupta.

La legitimidad del que realiza el control fiscal se ve afectada cuando el desempeño de la labor no arroja los resultados esperados; de esta forma, en el camino de la búsqueda de un mejor desarrollo de la actividad de vigilancia y control se une entrañablemente el concepto de revisión de los factores que lo afectan, y para este efecto, se deben emplear criterios más allá de los establecidos en la regulación, pudiendo identificar, dada la naturaleza humana y el funcionamiento del cerebro, sesgos cognitivos que afecten puedan estar afectando esta importante labor.

10 En los precisos términos de O'Donnell (1998), estas instituciones se justifican así: "La existencia de instituciones estatales que tienen autoridad legal y están fácticamente dispuestas y capacitadas para emprender acciones que van desde el control rutinario hasta sanciones penales o incluso *impeachment*, en relación con actos u omisiones de otros agentes o instituciones del estado que pueden, en principio o presuntamente, ser calificados como ilícitos".

11 SÁCHICA, Luis Carlos (1976). *Exposición y glosa del constitucionalismo moderno*, Editorial Temis, p. 130.

12 Para profundizar la visión constitucional colombiana de la importancia y finalidad del control fiscal y de la entidad de control se pueden revisar las Sentencias C-529 de 1993 y C-167 de 1995.

Es así como desde la década del setenta, a partir de la reflexión y el empirismo se empieza a desvirtuar la premisa fundamental sobre la cual se erigió el arquetipo de funcionamiento económico y público moderno: la racionalidad del ser humano no es infalible. Con esta moldura se estructuró toda una escuela de pensamiento hoy denominada *economía conductual* y base del Estado libertario paternalista, llevando las temáticas de estudio y atención hacia aquellos procesos mentales automáticos<sup>13</sup>, alojados en el subconsciente que generan mecanismos de simplificación –heurística– de un mundo complejo, generando tanto razonamientos intuitivos indispensables en el día a día como errores y sesgos a la hora de procesar información y tomar decisiones<sup>14</sup> y su consecuencia a diferentes niveles de la realidad económica, social y política.

A la luz de lo anterior, se sistematizarán los principales sesgos cognitivos que se pudieren presentar en el proceso de control fiscal colombiano a fin de enriquecer las fuentes de su análisis sobre la materia; de esta forma, se expondrán hechos basados en evidencia de resultados y estructura que han podido estar permeados por caminos heurísticos y sesgos que a su vez han podido afectar su eficiencia, y se realizarán algunas referencias de estructuras extranjeras que han buscado incrementar la racionalidad del proceso de control fiscal.

## II. CAMINOS HEURÍSTICO Y SESGOS COGNITIVOS: UNA INFLUENCIA IMPERCEPTIBLE

A la luz de la literatura existente sobre el comportamiento humano existen determinadas situaciones que pueden llevar a una toma de decisiones no óptima, que no se gestan bajo un proceso de estricta racionalidad, sino que se ejecutan de forma automática en los diferentes momentos de las decisiones humanas –*heurística y sesgos*–, en virtud de lo cual conviene entender el proceso de la toma de decisiones humanas.

La travesía por el entendimiento del funcionamiento social-racional del ser humano puede remontarse al aforismo del filósofo René Descartes de "*cogito ergo sum*" – "pienso, luego existo"– como una verdad fundamental y estructural de la prioridad lógica, epistemológica y ontológica del ser, entendiendo como inherente lo racional y lo irracional algo exógeno y ajeno a la naturaleza humana consciente y activa. Esta visión, acompasada de la visión primigenia del *homo economicus* conforme la cual las teorías económicas individualistas han asignado una serie de factores intrínsecos al funcionamiento humano en donde se asume que los individuos, en expresión de su racionalidad, conocen y procesan de forma impecable toda la información disponible sobre determinada materia y, por lo tanto, eligen el mejor curso de acción disponible en cada decisión que deben tomar en el día a día, lo cual supone, de plano, que cada decisión humana va seguida de un proceso racional impecable.

13 Zajonc, Robert (1980). "Feeling and thinking: Preferences need no inferences", *American Psychologist*, 35(2), 151–175.

14 Tversky Amos, Kahneman Daniel (1974). "Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases", *Science*, vol. 185.

Lo anterior, si bien se constituyó como un criterio fundante de la Economía y del Derecho, no tiene una aceptación universal dada la evolución de las disciplinas hacia el análisis conductual del ser –*Behavioural Law and Economics*–.

La cuestión radica en que los seres humanos tienen una racionalidad limitada por cuestiones evolutivas, sociales y emocionales<sup>15</sup>, por lo que entender cómo funciona el cerebro y los caminos heurísticos resulta indispensable para dimensionar la capacidad humana y la toma de decisiones<sup>16</sup>. Bajo este paradigma y como primer punto de aproximación debemos concebir el funcionamiento lógico humano desde dos perspectivas<sup>17</sup>: (i) una automática o inconsciente y otra (ii) reflexiva o consciente.

A efectos de ejemplificar este funcionamiento se presenta la siguiente gráfica:



Fuente: Elaboración propia.

Estos dos sistemas confluyen de forma variada y múltiple, pudiéndose identificar dos clases de situaciones en las cuales la heurística como operación inconsciente permite de forma simple y eficiente al cerebro la formación de juicios, el procesamiento de la información y la toma de decisiones rápidas, y habilitar la interacción humana de forma sencilla en la realidad –*regla de simplificación*–. El proceso heurístico se aplica

- 15 Akerlof, Shiller (2009). *Animal Spirits: How human Psychology Drives the Economy and Why it matters for Global Capitalism*, Princeton, Princeton University Press.
- 16 Sobre el siglo XVIII se dieron los primeros pasos para desarrollar el estudio del inconsciente como una realidad innegable dentro de los procesos racionales del ser humano; es así que autores Sigmund Freud y otros investigadores alertaron sobre las incidencias del inconsciente en el funcionamiento racional de cerebro.
- 17 Gracias al desarrollo tecnológico de las neurociencias y del estudio del cerebro se sabe que los procesos inconscientes como los conscientes utilizan las mismas regiones del cerebro, de manera que, aunque sean dos procesos aislados, funcionan bajo una misma estructura y capacidad, aun cuando sus efectos sean tan variados como impredecibles.

de forma inconsciente y depura la información disponible, guardando parte de ella y desechando otra. Esta realidad instintiva es la base del sistema intuitivo o automático que normalmente se desarrolla en situaciones rápidas, cotidianas o de riesgo.

Por su parte, está el proceso reflexivo o consciente, el cual se emplea para las situaciones de carácter analítico, tales como: operaciones aritméticas, análisis de probabilidades, ejercicios de pro y contras e investigaciones, acciones que se canalizan a través del sistema controlado o racional.

Ahora bien, la importancia de estudio radica en que la demostración empírica trazó los caminos heurísticos que influyen de forma inconsciente al proceso mental reflexivo dando lugar a los errores y a los sesgos, de forma que la decisión racional no resulta siendo óptima debido a la desestimación de datos estadísticos o a la persistencia de decisiones sin justificación racional debido al influjo imperceptible de la heurística<sup>18</sup>.

Así las cosas, resulta de suma importancia analizar los hallazgos encontrados frente a la arquitectura de las decisiones racionales de las personas a fin de comprender este proceso y poder anticipar sus sesgos y riesgos.

### 1. Sesgos cognitivos

Todo proceso racional influido por el contexto y asimilado por el inconsciente, que a su vez influye imperceptiblemente el proceso racional de toma de decisiones, puede dar lugar a los denominados sesgos cognitivos. Al efecto se presentará la sistematización de caminos heurísticos y sesgos presentes en el estado del arte sobre la materia y que resulten relevantes para el presente análisis<sup>19</sup>.

TABLA 1. SISTEMATIZACIÓN DE ATAJOS MENTALES (CAMINOS HEURÍSTICOS) Y SESGOS

Atajo-Camino heurístico <sup>A</sup>	Explicación-Sesgo	Ejemplo-Efecto
Ancla –efecto de anclaje–.	Es un proceso inconsciente en el que intervienen los dos sistemas de elección del cerebro, en donde a partir de una cifra (número) se realiza una estimación a partir de este valor sin que exista racionalmente una justificación para hacerlo <sup>B</sup> . Lo anterior genera de forma frecuente valoraciones sesgadas, ya que el análisis racional (sistema 2) se ve influido de forma imperceptible por el sistema 1, apegando el análisis a números preexistentes al análisis racional que anclan las conclusiones a estos <sup>C</sup> .	<i>Efecto:</i> impulso inconsciente a darle preponderancia a la primera información que recibimos o a una referencia previa. <i>Ejemplo:</i> siempre que se entregue un cifra previa a una persona –relacionada o no– con un análisis de precios o de valores numéricos, el cerebro de forma automática se queda anclado en esa cifra y sobre la misma estima los valores o lo números solicitados.

18 Drew, Westen (2007). *The political brain: The role of emotion in deciding the fate of the nation*, New York, Public Affairs.

19 En la actualidad existe una categoría mucho más amplia de caminos heurísticos y sesgos ya identificados; a efectos de la presente investigación solo se toman los que a juicio del autor son más proclives de existencia en el desarrollo del control y vigilancia fiscal.

Atajo-Camino heurístico <sup>A</sup>	Explicación-Sesgo	Ejemplo-Efecto
Disponibilidad	<p>En este atajo mental, el razonamiento racional y reflexivo acerca de valorar el riesgo, las contingencias o su ocurrencia se ve influido en mayor medida por la facilidad con la que el sujeto puede recordar sucesos similares<sup>D</sup>.</p> <p>En otras palabras, las personas se preocuparán más por la frecuencia de un evento dependiendo de la facilidad con que se vengan a la mente sucesos similares<sup>E</sup> que por su real ocurrencia estadística.</p>	<p><i>Efecto:</i> es la dinámica mental de usar la información disponible para estimar probabilidades o tomar decisiones.</p> <p><i>Ejemplo:</i> es más probable que una persona que califique las probabilidades de muerte en una sociedad establezca como mayor frecuencia aquellas muertes que han tenido cubrimiento mediático.</p> <p>La información ampliamente disponible permite sacar conclusiones rápidas.</p> <p>Si se pregunta en el 2020 cuál es la principal causa de muerte, seguro se dirá que es por efecto del coronavirus<sup>F</sup>, sin atención por ejemplo que en promedio al año se mueren alrededor de 7 millones de personas por cardiopatía isquémica<sup>G</sup>, si se sigue la tendencia de contagio como se tiene al finalizar el año 2020 habrá cerca de 1.3 millones de muertes asociados a este virus, una cifra 6 veces menor que las muertes en promedio por cardiopatía isquémica.</p>
Afectivo – individual y grupal	<p>Es el influjo imperceptible en el raciocinio humano expresado en la toma de decisiones no por razones objetivas sino por sus afectos (simpatías y antipatías)<sup>H</sup>.</p> <p>Este sesgo también se puede representar por identificaciones sectarias (raciales, políticas o religiosas)<sup>I</sup>.</p> <p>Este sesgo puede ser tanto positivo, como negativo de acuerdo con la existencia de emociones o afectos positivos o negativos sobre determinada realidad, o pertenencia o aversión ante determinado grupo humano.</p>	<p><i>Efecto:</i> asignar valores, características a un miembro de un grupo sin evidencia o justificación comprobada alguna.</p> <p><i>Ejemplo:</i> hoy en día es común atribuir características sin justificación alguna por concepciones personales. Por ejemplo, es común pensar que los alemanes son racistas, o que los políticos solo persiguen el beneficio personal.</p>
Exceso de confianza – Confirmación	<p>Es la tendencia inconsciente del ser humano a filtrar la información obtenida de forma directa o indirecta que confirme su propia posición inicial, ignorando información existente –<i>quizás de valor representativo o estadístico</i>– que no respalden su posición.</p> <p>Este sesgo de razonamiento inductivo lleva a las personas a interpretar o recordar información</p>	<p><i>Efecto:</i> es la acción inconsciente de descartar la evidencia en la visión irracional de obtener un resultado en virtud de la propia confianza o capacidades.</p> <p><i>Ejemplo:</i> en diferentes encuestas es estadísticamente predominante que las personas se autoevalúen muy por</p>

Atajo-Camino heurístico <sup>A</sup>	Explicación-Sesgo	Ejemplo-Efecto
	de una forma sesgada con el objetivo de confirmar o soportar las concepciones preconcebidas <sup>J</sup> .	encima del promedio, esta percepción autoinfluida permea decisiones y opiniones a menudo, sobrees-timando las propias cualidades o posibilidades.
Retrospección – Resultado (Disponibilidad) <sup>K</sup>	<p>Cuando se evalúan hechos presentes cuya consecuencia directa está relacionada con hechos o acciones del pasado, de forma inconsciente le resulta imposible al agente evaluador abstraerse de las consecuencias de los mismos, de manera que, a partir del conocimiento de los efectos de las acciones pasadas, se interpreta la postura sobre las mismas, de igual forma se caracteriza su previsibilidad de forma más fehaciente.</p> <p>En otras palabras, el sesgo de retrospección induce al agente evaluador a analizar una medida o acción no por lo adecuada o técnicamente sustentable de la misma, sino por su resultado<sup>L</sup>, poniéndose de presente un cambio de perspectiva del agente organizando la información del pasado en consecuencia del resultado en el presente.</p>	<p><i>Efecto:</i> analizar y decidir sobre un hecho a partir del resultado, descartando toda la información relevante del proceso.</p> <p><i>Ejemplo:</i> si ganas gran cantidad de dinero realizando una actividad ilegal, lo cual no quiere decir que sea una actividad segura y recomendable; no obstante, el ser humano inconscientemente tiende a evaluar las acciones en virtud de sus resultados y sobre esto decide.</p>

- A Los caminos heurísticos son una adaptación de eficiencia del cerebro humano, buscando reducir la complejidad de asimilar mucha información. En otras palabras, es un mecanismo para facilitar el proceso del manejo de la información que recibe de la realidad (mercado, personas, entre otras) generando conclusiones y decisiones intuitivas bajo el halo de presentarse como racionales, por lo cual en muchas ocasiones este proceso de pensamiento involuntario puede conducir a errores serios y sistemáticos de razonamiento y de decisiones, influido por los denominados sesgos cognitivos.
- B Diferentes estudios sobre el efecto anclaje en la mente humana evidencian el anclaje que genera un número previo al análisis racional de una situación, pudiéndose constatar el cambio de resultados de análisis solo modificando el ancla (número).
- C Leboeuf Robyn, Shafir Eldar (2006). "The long and short of it: Physical Anchoring effects", *Journal of behavioral decision making*, 19. pp. 396-406.
- D Kunreuther, Howard; White, Gilbert; Slovic, Paul (1974). *Decision processes, rationality, and adjustment to natural hazards*, Repositorio DSpace, University of Oregon libraries.
- E Tversky Amos, Kahneman Daniel (1973). *Availability: A heuristic for judging frequency and probability cognitive psychology* 5. The Hebrew University of Jerusalem and the Oregon Research Institute.
- F Al finalizar el mes de mayo de 2020 se tienen cerca de 400 mil muertos por efectos del covid-19.
- G Cifras de la Organización Mundial de la Salud disponibles en: <https://www.who.int/features/qa/18/es/>
- H Finucane, Melissa L.; Ali Alhakami; Paul Slovic; Stephen M. Johnson (2000). "The affect heuristic in judgments of risks and benefits", *Journal of behavioral decision making*, vol. 13.
- I Shayo, Moses y Zussman, Asaf (2010). "Judicial Ingroup Bias in the Shadow of Terrorism", *Quarterly Journal of Economics*.
- J Kahneman, Daniel; Lovallo Dan (1993). "Timid choices and bold forecasts. A cognitive perspective on risk taking", *Management Science*, vol. 39.
- K Resulta vital reconocer las incidencias cruzadas entre los caminos heurísticos. En este sentido, el sesgo de retrospección –su resultado se relaciona con el de disponibilidad, en la medida en que los resultados– efectos constatados en el presente, están de forma inconsciente más presentes (disponibles) a la hora de decidir o juzgar respecto de aquellos que nunca se produjeron.
- L Baron, Jonathan; Hershey, John (1988). "Outcome bias in decision evaluation", *Journal of Personality and Social Psychology*, vol 54, pp. 569-579.

### III. LA FUNCIÓN DE CONTROL Y VIGILANCIA FISCAL EN COLOMBIA<sup>20</sup>: UNA GESTIÓN INEVITABLEMENTE INFLUIDA POR LOS CAMINOS HEURÍSTICOS

#### 1. Función y marco normativo

A efectos de la claridad se puede consultar el Anexo I –*Sistematización Normativa*– recopilación que recoge la principal regulación del control fiscal en Colombia –*finalidad, principales potestades, características y organización*–.

En suma, de la normativa analizada tenemos que la CGR es una entidad concebida constitucionalmente como un organismo de control autónomo, al cual se le designó el ejercicio del control fiscal, entendido como la vigilancia a la gestión económica de la Administración y de los particulares o entidades que administren fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles<sup>21</sup>.

Al hilo de lo indicado se puede concluir que el control fiscal en Colombia sigue los siguientes ejes y finalidades, así:

- Se erige como una función autónoma ejercida por la Contraloría General de la República<sup>22</sup>.
- Es llevado a cabo en forma posterior y selectiva; no obstante, a raíz del acto legislativo 4 del 18 de septiembre de 2019<sup>[23]</sup>, se habilita una facultad especial de control preventivo y concomitante en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos, mediante el uso de tecnologías de la información, con la participación activa del control social y con la articulación del control interno.
- Sigue los procedimientos, sistemas y principios definidos en la ley<sup>24</sup>.

20 La función de control fiscal es una facultad administrativa ejercida sobre todos aquellos que detenten la funcionalidad de ejecutar recursos públicos, erigiéndose como el instrumento necesario e idóneo en un Estado Constitucional de Derecho para garantizar la adecuación del gasto con la planeación y el cumplimiento de los objetivos sociales y de bienestar del Estado, evitando y/o sancionando el despilfarro, la desviación de recursos, los abusos, las pérdidas innecesarias y la utilización indebida de fondos. En otras palabras y recordando que el control fiscal tiene su origen etimológico en el término latino *fiscus*, que significa tesoro público, podemos concluir que el racional de esta función es la preservación y maximización del buen manejo de los bienes de origen y finalidad pública, coadyuvando desde la vigilancia a cumplir con la finalidad para la cual fueron apropiados los recursos públicos cumpliendo los fines programáticos del Estado en los términos de lo estatuido por los artículos 2, 209 y 267 de la Constitución Política entre otras normas de menor jerarquía.

21 Younes, Diego Moreno (2010). *Derecho del control fiscal*, Escuela Superior de Administración Pública, 1976, p. 25.

22 Sentencia C-529 de 2006.

23 Acto Legislativo n.º 4 del 18 de septiembre de 2019, artículo 1 que modifica el artículo 267 de la Constitución Política de Colombia.

24 *Ibidem*.

- Es un modelo integral de control –control financiero<sup>25</sup>, de gestión<sup>26</sup>, legalidad<sup>27</sup>, de cuentas<sup>28</sup> y de resultados<sup>29</sup>–.
- Entre sus mecanismos de vigilancia se pueden encontrar la revisión de cuentas y la evaluación del control interno de las entidades sujetas a la vigilancia.
- Es absoluto<sup>30</sup>, es decir, se practica en todos los niveles de Administración nacional centralizada y en la descentralizada territorialmente y por servicios, cubre todos los sectores, etapas y actividades en donde se manejan bienes o recursos oficiales, sin que importe la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada, que realiza la función o tarea sobre el cual recae aquel, ni su régimen jurídico.
- Se orienta por la materialización de los *principios de eficiencia, economía, equidad y la valoración de los costos ambientales*.

## 2. Características del proceso fiscal

Una de las atribuciones más importantes conferidas por el marco constitucional al Contralor General de la República y a sus delegados en sus respectivos órdenes, se encuentra la de establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, recuperar el detrimento ocasionado a través de la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de esta. Facultad desarrollada de forma general en la Ley 610 de 2000 y cuyo principal sustrato es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de un accionar público doloso o gravemente culposos.

- 25 Artículo 42 de la Ley 42 de 1993. *El control financiero*: es el examen que se realiza, con base en las normas de auditoría de aceptación general, para establecer si los estados financieros de una entidad reflejan razonablemente el resultado de sus operaciones y los cambios en su situación financiera, comprobando que en la elaboración de los mismos y en las transacciones y elaboraciones que los originaron, se observaron y cumplieron las normas prescritas por las autoridades competentes y los principios de contabilidad universalmente aceptados o prescritos por el contador general
- 26 Artículo 12 de la Ley 42 de 1993. *El control de gestión*: es el examen de la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada mediante la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que estos producen, así como de los beneficiarios de su actividad
- 27 Artículo 11 de la Ley 42 de 1993. *El control de legalidad*: es la comprobación que se hace de las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole de una entidad para establecer que se hayan realizado conforme a las normas que le son aplicables
- 28 Artículo 14 de la Ley 42 de 1993. *La revisión de cuentas*: es el estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario durante un periodo determinado, con miras a establecer la economía, la eficacia, la eficiencia y la equidad de sus actuaciones.
- 29 Artículo 13 de la Ley 42 de 1993. *El control de resultados*: es el examen que se realiza para establecer en qué medida los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración, en un periodo determinado.
- 30 Sentencias C-374 de 1995 y C-529 de 2006.

Es posible asimilar al proceso de responsabilidad fiscal como una facultad complementaria a la del control y vigilancia de la gestión fiscal<sup>31</sup> de manera que es una consecuencia fundamentada de la acción de control y vigilancia que realiza la Contraloría<sup>32</sup> —*puede ser de oficio como resultado de la labor vigilancia de la propia CGR, o a solicitud de entidad vigilada o por denuncias o quejas presentadas por cualquier persona, organización o veeduría ciudadana*—, resaltándose las siguientes características:

- Está facultado por ley a un ámbito exclusivo sobre los servidores públicos y los particulares jurídicamente habilitados para administrar y manejar recursos o bienes públicos.
- Tiene una finalidad resarcitoria respecto del detrimento<sup>33</sup> causado al erario público.
- Responsabilidad subjetiva y autónoma, es decir, es necesario demostrar el dolo o la culpa y es independiente de otros tipos de responsabilidad, como la penal, la civil o la disciplinaria<sup>34</sup>.

Ahora bien, en cuanto al procedimiento para establecer la responsabilidad fiscal<sup>35</sup> a cargo de la CGR a continuación se hace un recuento por etapas de este.

31 Sentencia SU431/15, expediente T-4.124.790. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

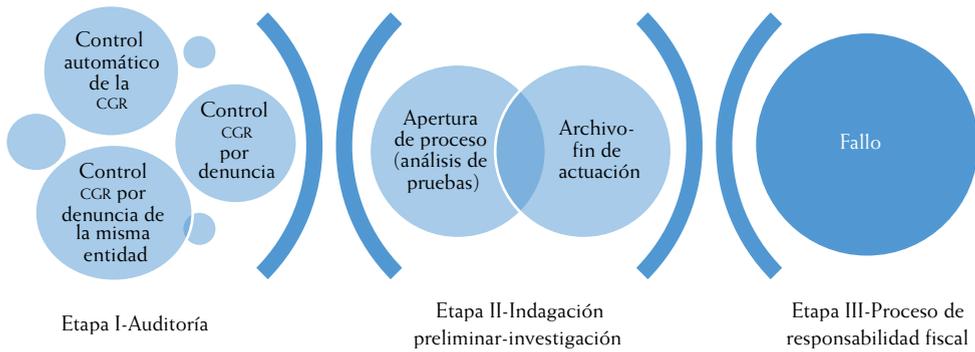
32 Dentro de lo cual, cabe precisar como normas rectoras de la auditoría el Decreto Ley 267 de 2000, que determina la estructura orgánica y fija las funciones de las dependencias de la Contraloría General de la República, por su parte, la Ley 42 de 1993 determina el ámbito de aplicación, es decir, los sujetos de control fiscal, los principios y sistemas para ejercerlo, en concordancia con el Decreto 111 de 1996, que señala que este órgano de control ejercerá vigilancia fiscal de la ejecución del presupuesto sobre todos los sujetos presupuestales.

33 El artículo 6° de la Ley 610 de 2000 define al daño como toda lesión producida al patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos, o de los intereses patrimoniales del Estado. Se trata de un daño especial que se surte sobre un patrimonio de naturaleza pública, dentro de un esquema de atribución normativa y en el ámbito de la gestión fiscal.

34 Sentencias C-046 de 1994, C-540 de 1997, C-189 de 1998, C-840 de 2001, C-557 de 2001, C-840 de 2001, C-131 de 2002, C-832 de 2002, C-340 de 2007 y C-832 de 2008.

35 Título II, Capítulo V de la Ley 42 de 1993: se reguló la materia y se facultó a los contralores para imponer sanciones en el ejercicio de la vigilancia y control de la gestión fiscal de la administración pública o de particulares que manejen fondos, bienes o recursos públicos, señalando causales, forma y monto de las mismas.

GRÁFICO 2. ILUSTRACIÓN GRÁFICA DEL CONTROL Y PROCESO FISCAL<sup>36</sup>  
(Versión simplificada)



Fuente: Elaboración propia.

A la luz del Gráfico 2, se hace palmaria una característica fundamental de la actividad de control y vigilancia fiscal en Colombia, y es que la misma se estructuró de forma concentrada bajo un mismo ente, donde las relaciones de dependencia jerárquica y cercanía funcional son evidentes. Al efecto de decantar este funcionamiento, se detalla el proceso por etapas así:

Etapa I: el proceso de control fiscal puede tener origen de oficio o a solicitud de parte; esa primera auditoría se adelanta generalmente en equipos técnicos de la CGR<sup>37</sup> competentes por cada sector y temática específica<sup>38</sup>. Posteriormente y encontrándose mérito para investigar, el resultado de la auditoría se transfiere al área de control fiscal –Etapa II–, la cual investiga los hechos, solicita pruebas y genera un dictamen; si en ese dictamen se establece el mérito de la acción se abrirá formalmente el proceso

36 El proceso de responsabilidad fiscal se inicia formalmente a partir de la expedición del auto de apertura (Ley 610). Por contraste, la indagación preliminar, si bien puede contribuir a la precisión y determinación de los elementos necesarios a la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, formalmente no hace parte de este. Tanto es así que en los casos en que a través de la indagación preliminar no se logren verificar los aspectos señalados por el artículo 39 de la Ley 610 dentro del término de 6 meses, se deberá concluir con un auto de archivo.

37 A grandes rasgos, la estructura de la CGR comprende: Contraloría Delegada para el Sector Defensa, Justicia y Seguridad; Contraloría Delegada para el Sector Social; Contraloría Delegada para el Sector Infraestructura Física y Telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional; Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva; Gerencia de Gestión Administrativa y Financiera; Contraloría Delegada para la Participación Ciudadana; la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción, y Unidad Delegada para el Posconflicto.

38 Internamente, en la Contraloría General de la República existe un acervo regulatorio que determina la competencia para el conocimiento y trámite de la acción de responsabilidad fiscal en la Contraloría General de la República, por ejemplo: (i) Resolución Orgánica 5500 de 4 de julio de 2003 - Resolución 5510 de 2003; (ii) Resolución Organizacional 0342 de 2015, relativa a la competencia para el trámite de indagaciones preliminares y procesos de responsabilidad fiscal contra altos funcionarios del Estado, y (iii) Resolución Orgánica 6541 de 2012, por la cual se precisan y fijan las competencias en el nivel desconcentrado de la Contraloría General de la República, entre otras.

de responsabilidad fiscal –Etapa III–, en cuyo caso, necesariamente, se deberá determinar el daño patrimonial –artículo 40 Ley 610 del 2000– y surtir todo el análisis de las pruebas, los hechos y las actuaciones, garantizando el derecho a la defensa, para finalmente proferir fallo en el que se determinará o no la existencia de responsabilidad fiscal, haciendo evidente el daño y su cuantificación<sup>39</sup>.

### 3. Caminos heurísticos, sesgos y control fiscal

Expuestas las situaciones en que la racionalidad se ve limitada en su accionar por procesos mentales inconscientes y decantada de forma breve la estructura de la gestión pública de control fiscal, resulta importante ahora evidenciar cómo el estudio de la arquitectura de las decisiones humanas en el campo del Derecho permite entender los criterios de análisis sobre determinada cuestión más allá de la mera enunciación normativa, cuestión práctica que permitirá una mejor técnica legislativa, una visión más integral del Derecho y, por consiguiente, una aplicación del mismo más justa.

Así las cosas, resulta natural entender como punto de partida que los caminos heurísticos, así como los sesgos –al ser propios del funcionamiento humano y por consiguiente están presentes de forma espontánea e imperceptible en la arquitectura de las decisiones humanas–, es lógico que también estén presentes en los funcionarios públicos que desarrollan la gestión de vigilancia y control fiscal, proceso natural a su vez cimentado en las dinámicas inherentes del sector público. Entendimientos y prácticas muy ancladas en la concepción y rol de cómo debería desenvolverse la gestión pública de control, aspectos que sumados a la estabilidad de la carrera administrativa –*funcionarios base de la operación de cualquier entidad pública*– construyen arraigos conductuales predeterminados que dificultan su deshábito y deberían impulsar su revisión.

La reiteración de labores a lo largo de los años, justificada a su vez –*erróneamente*– en un principio de legalidad y sometimiento estático al imperio de la ley, sumado a la legitimidad del actuar institucional público –*potenciado en la salvaguarda de revisión por superior jerárquico*–, diluye el margen de revisión de control sobre los riesgos inherentes a la naturaleza humana, lo que permite una perpetuación de una apreciación distorsionada –*inconsciente*– de la realidad y de la gestión pública.

Han hecho carrera en el sector público las frases de “lo que funciona no se toca” o “eso se ha hecho así siempre”, ejemplos que influyen de manera importante en el actuar y que normalizan acciones sesgadas de forma perpetuada en el tiempo, situación que debe analizarse a profundidad para obtener resultados diferentes.

En consecuencia, se procederá a analizar las distintas dimensiones del proceso de vigilancia y control fiscal, con el objetivo de exponer algunos elementos estructurales que puedan facilitar el potenciamiento de sesgos y, por lo tanto, una afectación imperceptible en este proceso de gestión pública.

39 Ver Sentencia SU-620 de 1996 y Sentencia C-832 de 2008.

### a. Concentración de facultades – un camino potencial de toma de decisiones sesgadas

Vale la pena recordar, conforme se indicó en antecedencia, que el ente que vigila, controla y tiene la facultad de realizar cobro coactivo sobre los temas de responsabilidad fiscal en Colombia es la Contraloría General de la República. En este entendido, vemos que en una misma entidad confluyen instancias que por regla general están separadas –por ejemplo, en el ámbito penal la investigación está a cargo de la Fiscalía y el juzgamiento, en la rama judicial–, la investigación –auditoría y vigilancia fiscal–, la valoración –dictamen y valoración de evidencia–, y el juzgamiento –proceso de responsabilidad fiscal–.

Adicionalmente a la concentración de funciones, como instancias de revisión, la Ley 610 de 2000 establece el grado de consulta, mecanismo creado por el legislador para que, en el marco de un proceso de responsabilidad fiscal, el superior de quien profiere una decisión que consista en el archivo, fallo sin responsabilidad fiscal o fallo con responsabilidad fiscal, según sea el caso, la modifique, confirme o revoque. Además, y siendo un derecho transversal frente a las actuaciones administrativas, existen los recursos de nulidad y restablecimiento del derecho y apelación.

Aun cuando la arquitectura del control fiscal prevea mecanismos de aislamiento de los casos y al final de cuentas se permite recurrir sus actuaciones en última instancia ante los jueces, mantener las funciones de vigilancia y juzgamiento en una misma entidad facilitaría la presencia de sesgos afectivos de grupo, de confianza y de retrospcción, reforzando irracionalmente acciones contra personas o entidades sin el mérito legal para hacerlo. En esta vía, en el ámbito penal ya la Corte Constitucional alertó sobre estas situaciones, que, concentrándose, pueden afectar la imparcialidad<sup>40</sup> de las acciones.

Así mismo, esta situación la podemos contrastar con otras legislaciones, en las que se puede apreciar la instauración de paliativos técnicos que facilitan la prevención de sesgos decisorios, pudiendo encontrar sistemas interdependientes con revisiones o conformación externa. Al efecto se precisa:

#### – Sistema europeo

Los tribunales de cuentas de Europa se constituyen por un delegado de cada país miembro de la Unión Europea, por mandatos de 6 años renovables hasta por 12 años<sup>41</sup> –periodo de tiempo superior al de los líderes de gobierno en aquellos países que tienen tiempo determinado– y trabajan de forma conjunta con los tribunales de cuentas de

40 Corte Constitucional, Sentencia C-762 de 2009: "(...) La imparcialidad objetiva exige que los asuntos sometidos al juzgador le sean ajenos, de manera tal que no tenga interés de ninguna clase ni directo ni indirecto. Hace referencia a que un eventual contacto anterior del juez con el caso sometido a su consideración, desde un punto de vista funcional y orgánico, excluya cualquier duda razonable sobre su imparcialidad. (...) "La imparcialidad subjetiva garantiza que el juzgador no haya tenido relaciones con las partes del proceso que afecten la formación de su parecer".

41 [https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/european-court-auditors\\_es#composici%C3%B3n](https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/european-court-auditors_es#composici%C3%B3n)

los países miembros de la Unión Europea que en muchos casos sí tienen facultad jurisdiccional.

En suma, se trata de un procedimiento colegiado dividido entre comisiones y juzgamiento; se resalta en este caso que las decisiones se toman colegiadamente entre diferentes pares sin dependencia funcional jerárquica.

– Sistema de Estados Unidos

En cuanto al modelo de Estados Unidos, se puede revisar la *Government Accountability Office*<sup>42</sup>, GAO –Contraloría de Estados Unidos– cuyo modelo de funcionamiento es muy parecido al colombiano, con algunos aspectos diferenciadores, por ejemplo:

- No es un tribunal aforado, responde a la estructura de órgano unipersonal; no obstante, a fin de despolitizar su rol y garantizar su independencia, su periodo de ejercicio es de 15 años.
- Revisando la metodología de auditorías, vale la pena resaltar que adicional a la revisión documental por parte de este ente y del proyecto de auditoría, en todos los casos incorporan, de acuerdo con sus manuales internos, diversas fuentes de información –*legislación, informes, doctrina, estudios, bases de datos públicos*– entre las que, se hace énfasis, está la obligación de constituir un panel experto, externo e independiente de la entidad, con el fin de realizar entrevistas cualitativas. Estas medidas apuntalan a fortalecer la racionalidad del proceso auditor y en especial a una toma de decisión informada<sup>43</sup> y reducida en su influjo de sesgos.

*b. Control, vigilancia y valoración de pruebas*

Indudablemente, la valoración de las pruebas en la facultad de vigilancia sobre el erario público –así como en el proceso de responsabilidad fiscal– se basa en procesos racionales e inevitablemente en concepciones psicológicas intuitivas y no contrastadas –*sistema 1*–, por lo cual conviene alertar sobre esos posibles sesgos que se podrían presentar en el desarrollo de la función de vigilancia, control y juzgamiento concentrado en una misma entidad –*aun cuando existan instancias de apelación externas (tribunales y cortes)*<sup>44</sup>– el desgaste de la administración y los efectos que genera esta situación puede desembocar en incentivos no deseados en el actuar público colombiano.

En concreto, se hace expresa referencia al artículo 18 de la Ley 610 de 2000 –*grado de consulta*–; en este apartado se establece la facultad del superior jerárquico de revisar el fallo del agente de la Contraloría; como se puede ver, la ley tiene previsto todo el

42 Para profundizar sobre su alcance se puede consultar la *Budget and Accounting Act*.

43 Rodríguez, Javier (2006). "La Contraloría General de los Estados Unidos. Funcionamiento y auditorías", *Revista Española de Control Externo*, Vol. 8 n.º 22.

44 Los fallos con responsabilidad fiscal expedidos por el Contralor General de la República (y otros actos administrativos expedidos por él), son controlados en cuanto a su legalidad ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, según las reglas del código respectivo.

proceso de vigilancia, control y posterior proceso en un mismo ente, y aun cuando se adelante en diferentes dependencias, los sesgos de disponibilidad, anclaje y grupo se potencian en gran medida.

De tal suerte, nos podemos enfrentar a una pérdida de imparcialidad objetiva, ya que la dependencia interna de la CGR que adelantaría el proceso fiscal –Área de responsabilidad fiscal– tendrá por cercanía de entidad –posiblemente *afectos o identificación grupal e institucional*– una mayor posibilidad de influjo técnico dentro de la misma organización, pudiendo, o bien generar ideas preconcebidas a la hora de ejercer la labor de valoración o juzgamiento, o ratificando informes sin el análisis profundo de factores presentes en el caso, por efecto de la disponibilidad, la confianza excesiva o la atribución de características benévolas por identificación grupal.

A la luz de lo anterior, alertar sobre el posible enfoque sesgado que se puede presentar a la hora de juzgar comportamientos económicos por parte de quienes realicen gestión fiscal en Colombia tiene efectos positivos no solo para las entidades o personas objeto de control, sino para la comunidad en general, dado que permitirá una gestión fiscal más transparente y eficiente, en especial en una realidad en la que la misma entidad ostenta todo el proceso de vigilancia<sup>45</sup>, valoración y juzgamiento<sup>46</sup>; lo cual permite dilucidar un amplio campo de investigación psicológico–conductual que merece profundizarse, más allá de lo legal, aunque estos efectos tengan plena implicancia en asuntos de esta naturaleza.

### *c. La tasa de efectividad del control fiscal como un posible indicador de la presencia de sesgos*

Adicionalmente, otro asunto que se puede correlacionar con la existencia de sesgos es la baja tasa de efectividad de las acciones de auditoría; por ejemplo: de acuerdo con el Informe de Gestión al Congreso y al presidente de la República –*Una Contraloría para*

45 La vigilancia y control de la gestión fiscal se desarrolla en dos ámbitos: uno macro, que corresponde al examen que hace la CGR sobre el comportamiento de las finanzas públicas y el grado de cumplimiento de los objetivos macroeconómicos; esto comprende la certificación de las finanzas del Estado, la certificación del Balance de la Hacienda, la presentación de la Cuenta General del Presupuesto y el Tesoro y el informe sobre el estado de la deuda pública estatal; asimismo incluye el informe del estado del medioambiente y los recursos naturales. El segundo ámbito, control fiscal micro, corresponde a la vigilancia y control de la gestión fiscal desarrollada por cada uno de los sujetos de control que hacen parte de la Administración y de los particulares que manejen fondos o bienes del Estado; labor que se ejecuta a través de diferentes actuaciones de fiscalización, como son las auditorías, en cualquiera de sus tipos y las actuaciones especiales

46 Los hallazgos del proceso de juzgamiento pueden ser de carácter administrativo, fiscal, penal o disciplinario. Los de carácter administrativo corresponden a hechos o situaciones que constituyen deficiencias susceptibles de subsanar mediante acciones correctivas que se incluyan en los planes de mejoramiento o que den lugar a un Proceso Sancionatorio Fiscal. Los hallazgos fiscales, penales o disciplinarios, corresponden a los hechos identificados en el ejercicio del Proceso Auditor o en la Indagación Preliminar que constituyan daño patrimonial al erario, delitos o faltas disciplinarias, respectivamente.

*todos 2018-2019*— para la vigencia del año 2018 se realizaron 497 auditorías a entidades y asuntos en 237 entidades del orden nacional sectorizados y en 230 entes territoriales<sup>47</sup>, cerca de un 70% sobre el universo potencial de auditoría.

De las actuaciones de vigilancia y control fiscal realizadas durante este periodo de tiempo se obtuvieron como resultado 3.826 hallazgos administrativos, de los cuales 1.824 presentaron incidencia disciplinaria (48%), 76 incidencia penal (2%) y 559 hallazgos con incidencia fiscal (15%), que se tasaron en \$565.980 millones en su cuantificación de un posible detrimento.

Respecto a las Indagaciones Preliminares – IPs–, en el mismo periodo de tiempo, se abrieron 254 y trasladadas al Proceso de Responsabilidad Fiscal 81 IPs (31%). De igual manera, en el mismo lapso se determinó el archivo de 112 IPs (44%), lo que dio lugar a abrir 52 procesos administrativos sancionatorios, de los cuales se archivaron 34 procesos (65%) y se fallaron 10 (19%) por valor de \$70,3 millones.

En este punto podemos encontrar una correlación de la baja efectividad del control fiscal en Colombia con la existencia de sesgos institucionales, por los siguientes factores:

- De los datos analizados se encuentra un archivo del 65% de los procesos administrativos sancionatorios, lo cual solo puede explicarse por falta de mérito –*inexistencia del daño o del nexo causal con la acción del agente*–; esta evidencia permite dilucidar una persistencia irracional a iniciar procesos sin una fundamentación sólida, solo teniendo como base el autocriterio, la confianza de grupo entre el superior jerárquico y el equipo que adelanta la investigación<sup>48</sup>.
- Así mismo, otro dato interesante de analizar es la baja efectividad de las IPs, de las cuales solo el 31% termina en procesos de responsabilidad fiscal y el 44% se archiva. Esta visión, aun cuando puede tener la misma base de sesgos indicados en antecedencia, también puede ejemplificar un análisis sesgado por resultado, dado que, en su gran mayoría, las acciones de vigilancia y control terminan siendo archivadas por no tener incidencia fiscal o caducidad, informes que deben ser complementados o anulados por no valorar íntegramente la situación más allá del resultado o la pérdida de recursos –*la mera pérdida de recurso no da lugar a responsabilidad fiscal*–.

Adicionalmente también se puede dar sesgo por disponibilidad –*cascada de disponibilidad*<sup>49</sup>– al poder escoger cada vigencia las entidades objeto de auditoría por parte de la CCR<sup>50</sup>. Esta acción de segmentación se puede ver influida por la generación de diversas

47 En lo relativo al Sistema General de Participaciones, Sistema General de Regalías, Acuerdos de Reestructuración de pasivos, incumplimiento de límite del gasto y controles excepcionales.

48 Shayo Moses, Zussmann Asaf (2011). "Judicial Ingroup Bias in the Shadow of Terrorism", *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 126.

49 Kuran Timur, Sunstein Cass (1999). "Availability Cascades and Risk Regulation", *Stanford Law Review*, Vol. 51.

50 Para el ejercicio del Control Fiscal se define para cada año un Plan de Vigilancia y Control Fiscal –PVCF–, instrumento en el cual se establece la programación de auditorías y actuaciones especiales a

fuentes de información azarosa y no del todo verificable sobre el estado de riesgo de algunos sectores, movilizándolo la agenda pública sobre esta información multicommentada a diferentes niveles y canales de comunicación, llevando la acción de control por una agenda de disponibilidad y no una de real riesgo de pérdida de recursos.

Lo anterior podría explicar la alta tasa de inicio de indagaciones frente a los pocos procesos con fallo y de efectiva recuperación de recursos, por lo cual se debería evitar un margen de discreción tan amplio en cuanto a la escogencia de entidades sobre las cuales recaerían las acciones de vigilancia y control. En esta vía, es posible constituir un consejo externo de expertos que sobre la base de métodos cuantitativos y demostrables de pérdida de recursos –*criterios históricos-denuncias civiles, mecanismos de opacidad en la contratación – contratistas recurrentes*– guíe estas acciones.

#### d. Nominación, elección de las contralorías por órganos de naturaleza política

La debilidad radica básicamente en el mecanismo de elección de los contralores<sup>51</sup>, quienes al ser escogidos por los órganos de elección popular pierden independencia en el ejercicio de la función de control, ya que estas corporaciones forman parte de las entidades a las que la Contraloría debe vigilar y se caracterizan por poseer filiações políticas o religiosas, lo cual, y dado el poder evidente de elección, facilitan la generación inconsciente de sesgos por afectividad o grupo o por presiones de agenda política –*disponibilidad*–, evitando las acciones de auditoría o las de juzgamiento, desestimando los controles efectivos.

## IV. CONCLUSIÓN

Existe ya una corriente de literatura y estudios que han detectado y demostrado la influencia de los sesgos cognitivos en la aplicación del Derecho, a partir de diferentes instancias, abarcando desde el mismo proceso de formación de la ley, la elaboración de contratos y en la apreciación y valoración de los hechos por parte de los jueces. Ahora bien, resulta claro que es en el terreno de la aplicación del Derecho donde los sesgos influirán en mayor medida la realidad, apartando al operador jurídico de la acción consciente racional en esta vía.

sujetos de vigilancia y control fiscal, políticas públicas, programas, proyectos de inversión, recursos públicos y temas de prioridad nacional, sobre los cuales la CGR ejercerá vigilancia y control fiscal durante un período determinado.

51 La elección del Contralor General de la República está a cargo del Congreso de la República para un periodo igual al del presidente de la República, se elige de una terna presentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (Artículo 267 de la Constitución Política de Colombia). Por su parte, los contralores departamentales, distritales y municipales están a cargo de las asambleas y concejos, elegidos de una terna integrada por dos candidatos presentados por el respectivo Tribunal Superior y uno del Tribunal Contencioso Administrativo correspondiente.

El control fiscal, en atención a su función y naturaleza, puede a su vez estar influido por estos sesgos imperceptibles en cuanto a las decisiones a tomar en sus diferentes instancias de vigilancia y control. Así las cosas, la influencia de estos sesgos en la aplicación de las normas aún requiere el desarrollo de varios estudios empíricos que puedan determinar de forma más cierta la presencia de estos sesgos en la función fiscal de vigilancia y control, por lo que conviene ser prudente al respecto, ya que la presente sistematización se estructuró como una valoración académica de sesgos y hechos y como eje de discusión e importancia en líneas de investigación y estudio posteriores sobre la base de la estructuración del sistema y de los resultados obtenidos por la CGR en el último año.

En esta oportunidad se ha querido resaltar la importancia práctica y teórica de los sesgos en el desarrollo de las acciones de vigilancia y control fiscal, de cara a resaltar su importancia como eje moldeador de conductas en el ejercicio de alguna función pública. Esta sistematización académica tiene como finalidad nutrir los elementos de análisis sobre los procesos de incidencia pública desde una área un poco explorada en Colombia y por lo tanto rezagada en el ámbito de estudio, como son la Economía y el Derecho comportamental, áreas que han tenido un amplio desarrollo complementado desde la psicología en el mundo, en donde se ha demostrado plenamente su importancia de discusión, análisis y desarrollo.

Corolario de la investigación y las aproximaciones deseables de desarrollo y análisis se procede a exponer algunas observaciones de incidencia legal cuyo sustrato de análisis fue el estudio de la arquitectura de las decisiones humanas:

- El sistema de vigilancia, control y decisiones bajo una misma entidad con una rotación en el gobierno de turno como lo está Colombia, claramente puede ser una estructura que facilite la generación de sesgos. Para ese efecto, se pueden revisar modelos extranjeros a fin de encontrar herramientas ya probadas para evitarlos o controlarlos.
  - La realización del control fiscal efectivo como medio de control de riesgos y mecanismo de promoción de la eficiencia de la gestión pública debe incorporar dentro de su propio mapa de riesgos los sesgos cognitivos; de igual forma, incorporar este criterio a la hora de evaluar los programas de gasto público como variable importante de análisis en los procesos de auditoría.
  - Una gestión de vigilancia y control que desconozca la trascendencia individual de los sujetos en cuanto a su dimensión humana influenciada por el contexto y por su sistema automático, reconociendo que la gestión individual da la suma agregada de resultados institucionales o colectivos, está destinado a ser un producto subóptimo respecto de uno integral y potencial que incorpore todas las dimensiones posibles de vigilancia efectiva y multidisciplinar.
- En esta vía, se deben repensar los planes de riesgo al interior de las entidades públicas, previendo y erigiendo mecanismos de prevención, detección y neutralización

de los sesgos cognitivos implantados por el contexto, la cultura o la naturaleza humana cognitiva.

- No se puede administrar el riesgo de una entidad, de un sector o una gestión pública sin observar todos los factores objetivos que lo componen –*técnicos, humanos, legales-operativos*–, de forma que la integralidad que un Estado Social de Derecho requiere para el cumplimiento de sus fines debe tender por un control y vigilancia integral cuya aplicación comprenda las dimensiones humana, técnica, financiera y legal.

Todo lo anterior lleva a la conclusión de que para lograr una real y efectiva vigilancia de la gestión fiscal y, por ende, la protección del patrimonio público, se requiere que las dos principales labores misionales de los entes de control, tales como la auditoría y la etapa de juzgamiento –*Proceso de Responsabilidad Fiscal*– se articulen y se nutran de visiones exógenas al Derecho tradicional o las técnicas contables de siempre, complementándolas con ciencias humanas comportamentales y, derivado de esto, ajustar los mapas de riesgo y de acción respectivos.

Esta articulación y complementación debe estar encaminada a que la identificación de los hallazgos fiscales negativos sea oportuna, técnica y jurídicamente soportada y debidamente cuantificada, evitando el inicio de procesos fiscales impertinentes fundamentados en sesgos y no en evidencia contrastable y ajustada a Derecho, de manera que lleguen a instancias de reproche solamente las conductas dolosas o gravemente culposas cometidas por los gestores fiscales, con lo cual se podría incrementar su eficiencia y corregiría la generación de incentivos no deseados en quienes adelantan la gestión pública de preferir no actuar frente a la posibilidad a veces desbordada de inicio de acciones vistas como algo injustificado.

Lo anterior, da lugar a perpetuar la ineficiencia generalizada en el actuar público, privilegiando siempre su visión conservadora a repetir las acciones tradicionales y, por consecuencia, no estimular la generación de innovación en el actuar público, o acciones disruptivas que permitan la construcción de medidas novedosas basadas en evidencia o capitalizaciones de errores cometidos en el desarrollo de las funciones.

## V. REFERENCIAS

- AKERLOF, SHILLER (2009). *Animal Spirits: How human Psychology Drives the Economy and Why it matters for global capitalism*. Princeton, Princeton University Press.
- BARON, JONATHAN; HERSHEY, JOHN (1988). "Outcome Bias in Decision Evaluation", *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 54, pp. 569-579.
- BEUVE, JEAN; BROUSSEAU, ERIC; SGARD, JEROME (2015). *Mercantilism and Bureaucratic Modernization in Early Eighteenth-Century France*. Instituto de Estudios Políticos de París. Disponible en: [https://www.sciencespo.fr/ceri/sites/sciencespo.fr.ceri/files/Mercantilism%20Paper,%20apr2015\].pdf](https://www.sciencespo.fr/ceri/sites/sciencespo.fr.ceri/files/Mercantilism%20Paper,%20apr2015].pdf)
- COOTER, ROBERT; ULEN, THOMAS (2002). *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura México.

- DREW, WESTEN (2007). *The political brain: The role of emotion in deciding the fate of the nation*, New York, Public Affairs.
- FINUCANE, MELISSA L.; ALI ALHAKAMI; PAUL SLOVIC; STEPHEN M. JOHNSON (2000). "The Affect Heuristic in Judgments of Risks and Benefits", *Journal of Behavioral Decision Making*, vol. 13.
- KAHNEMAN, DANIEL; LOVALLO, DAN (1993). "Timid choices and bold forecasts. A cognitive perspective on risk taking", *Management Science*, vol. 39.
- KUNREUTHER, HOWARD; WHITE, GILBERT; SLOVIC, PAUL (1974). "Decision processes, rationality, and adjustment to natural hazards", *Repositorio DSpace*, University of Oregon libraries.
- KURAN, TIMUR; SUNSTEIN, CASS (1999). "Availability Cascades and Risk Regulation", *Stanford Law Review*, vol. 51.
- KRUGMAN, WELLS, GRADY (2015). *Fundamentos de Economía*.
- LEBOEUF, ROBYN; SHAFIR, ELGAR (2006). "The Long and Short of it: Physical Anchoring effects", *Journal of Behavioral Decision Making* 19, pp. 396-406.
- ROJAS ARIAS, JUAN CAMILO (2016). "Sistema Financiero: Un análisis de mercado desde la perspectiva del Derecho económico", *Revista Derecho Privado*, n.º 56. Universidad de los Andes.
- SÁCHICA, LUIS CARLOS (1976). *Exposición y glosa del constitucionalismo moderno*. Editorial Temis.
- SHAYO, MOSES & ZUSSMAN, ASAF (2010). "Judicial Ingroup Bias in the Shadow of Terrorism", *Quarterly Journal of Economics*.
- TVERSKY, AMOS; KAHNEMAN, DANIEL (1973). *Availability: A heuristic for judging frequency and probability cognitive psychology* 5. The Hebrew University of Jerusalem and the Oregon Research Institute.
- TVERSKY, AMOS; KAHNEMAN, DANIEL (1974). "Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases", *Science*, vol. 185.
- YOUNES, DIEGO MORENO (2010). *Derecho del control fiscal*, Escuela Superior de Administración Pública, 1976.
- ZAJONC, ROBERT (1980). "Feeling and thinking: Preferences need no inferences", *American Psychologist*, 35(2), pp. 151-175.

## Normativa

- Constitución Política de Colombia de 1991 – Título X, Artículo 267 y 268.
- Ley 42 de 1993.
- Ley 267 de 2000.
- Ley 610 de 2000.
- Ley 715 de 2001.
- Ley 872 de 2003.
- Ley 1474 de 2011.
- Ley 1530 de 2012.
- Decreto – Ley 888 de 2017.
- Ley 1955 de 2019.
- Acto Legislativo n.º 4 del 18 de septiembre de 2019.
- Decreto 111 de 1996.

- Decreto 4110 del 2004.
- Contraloría General de la República, Resolución 5500 de 2003.
- Contraloría General de la República, Resolución 5510 de 2003.
- Contraloría General de la República, Resolución 0342 de 2015.
- Contraloría General de la República, Resolución 6541 de 2012.

**Jurisprudencia**

- Corte Constitucional, Sentencia C-132 de 1993.
- Corte Constitucional, Sentencia C 529 de 1993.
- Corte Constitucional, Sentencia C-046 de 1994.
- Corte Constitucional, Sentencia C- 167 de 1995.
- Corte Constitucional, Sentencia C-374 de 1995.
- Corte Constitucional, Sentencia C-540 de 1997.
- Corte Constitucional, Sentencia C-189 de 1998.
- Corte Constitucional, Sentencia C-840 de 2001.
- Corte Constitucional, Sentencia C-557 de 2001.
- Corte Constitucional, Sentencia C-840 de 2001.
- Corte Constitucional, Sentencia C-131 de 2002.
- Corte Constitucional, Sentencia C-832 de 2002.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1176 de 2004.
- Corte Constitucional, Sentencia C-529 de 2006.
- Corte Constitucional, Sentencia C-340 de 2007.
- Corte Constitucional, Sentencia C-832 de 2008.

**ANEXO 1 – SISTEMATIZACIÓN NORMATIVA**

TABLA 1. RESUMEN NORMATIVO DEL CONTROL FISCAL EN COLOMBIA<sup>52</sup>

Regulación*	Tema
Constitución Política de Colombia de 1991 – Título X, Artículo 267 <sup>[52]</sup>	Este artículo determinó la creación, naturaleza y funciones de los órganos autónomos de control. Es preciso tener en cuenta que dentro de estos órganos independientes se encuentra la Contraloría General de la República, constituida como una entidad de control fiscal de carácter técnico, con autonomía administrativa y presupuestal.

52 El texto constitucional indica que "El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley".

Regulación*	Tema
Constitución Política de Colombia de 1991 – Título X, Artículo 268	Se enlistan las funciones del Contralor General de la República, dentro de las cuales se resaltan: i) la facultad normativa para prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación y de dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial; ii) la posibilidad de exigir informes de gestión fiscal; iii) la atribución para establecer la responsabilidad fiscal, imponer sanciones pecuniarias y ejercer la jurisdicción coactiva, así como la posibilidad de presentar proyectos de ley relativos al control fiscal y a la organización y funcionamiento de la Contraloría General, entre otros.
Ley 42 de 1993	Fija el marco de la organización del sistema de control fiscal financiero y los entes que lo conforman. Se resaltan los principios, sistemas, modalidades y procedimientos de control fiscal, algunas actividades relacionadas y la facultad sancionatoria y recaudatoria en los eventos donde se establezca la responsabilidad fiscal –cobro coactivo fiscal–.
Ley 267 de 2000	Se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la CGR, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones.
Ley 610 de 2000	Regula el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal.
Ley 715 de 2001	Establece algunas facultades a la CGR para el control, seguimiento y verificación del uso legal de los recursos del Sistema General de Participaciones.
Ley 1474 de 2011	A fin de aumentar la efectividad del control fiscal, frente al control fiscal se realizaron algunas modificaciones al proceso de responsabilidad fiscal, tales como: la creación del procedimiento verbal de responsabilidad fiscal y algunas modificaciones al procedimiento ordinario; la articulación del control fiscal con el ejercicio del control político, y el fortalecimiento institucional de la Contraloría General de la República mediante el fortalecimiento del equipo y estructura del ente veedor.
Ley 1530 de 2012	Le da facultad y competencia a la CGR para la vigilancia de los recursos del Sistema General de Regalías.
Decreto – Ley 888 de 2017	Le da facultad y competencia a la CGR para la vigilancia de los recursos del posconflicto.
Ley 1955 de 2019 – Plan Nacional de Desarrollo – Artículo 136.	Se posibilita irrestrictamente a la CGR para acceder a los sistemas de información o bases de datos de las entidades públicas y privadas que dispongan o administren recursos y/o ejerzan funciones públicas.

Fuente: Elaboración propia.

\* A efectos de la presente investigación, se usa el término regulación para agrupar todas las posibles formas de actos legales existentes (leyes, decretos, resoluciones, circulares).