



TENSIÓN ENTRE EL PODER PÚBLICO LEGISLATIVO Y EL CONTROL FISCAL,  
EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

JORGE LUIS NIGRINIS DE LA HOZ

UNIVERSIDAD LIBRE  
FACULTAD DE DERECHO  
INSTITUTO DE POSGRADOS  
DOCTORADO EN DERECHO  
BOGOTÁ, D.C.  
2018



TENSIÓN ENTRE EL PODER PÚBLICO LEGISLATIVO Y EL CONTROL FISCAL,  
EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

JORGE LUIS NIGRINIS DE LA HOZ

TESIS PARA OPTAR AL TÍTULO DE DOCTORADO EN DERECHO

SERGIO MATÍAS CAMARGO

Director Tesis Doctoral

UNIVERSIDAD LIBRE  
FACULTAD DE DERECHO  
INSTITUTO DE POSGRADOS  
DOCTORADO EN DERECHO  
BOGOTÁ, D.C.

2018

**Nota de Aceptación**

---

---

---

---

**Presidente del Jurado**

---

**Jurado**

---

**Jurado**

---

(Bogotá, 2018)

## **AGRADECIMIENTOS**

A mi familia, amigos y compañeros de estudio.

A la generosidad de mi Director, docentes y tratadistas, que con su aporte contribuyeron a la realización de esta tesis.

A todas las autoridades académicas de la Universidad Libre, que con su apoyo y decidida orientación contribuyeron a este propósito.

## TABLA DE CONTENIDO

1	INTRODUCCIÓN.....	16
	<b>En el Estado del Arte, analizamos y acopiamos las teorías clásicas que explican el origen del control fiscal, así son mencionadas las denominadas de Ley Civil y Ley Común. Como han sido aplicadas en Colombia, las mutaciones e híbridos y durante que periodos. ....</b>	<b>19</b>
	El objetivo general se planteó para determinar y analizar las posibles tensiones originadas entre la institucionalidad del control fiscal y el Poder Público Legislativo, por la expedición de normas que limitan su autonomía e independencia funcional.....	23
	A su vez los objetivos específicos se estructuraron para demostrar sí o no que la autonomía e independencia del control fiscal en Colombia, se encuentra afectada por la existencia de posibles tensiones originadas desde el ejercicio del Poder Público Legislativo en relación con el control fiscal. Situaciones que podrían limitar su autonomía e independencia. ....	24
	Sí o no que el control fiscal en Colombia, se encuentra subordinado al Poder Público Legislativo circunstancia que podría limitar su autonomía e independencia. Sí o no que el control fiscal se encuentra limitado objetivamente por la expedición de normas desde el Poder Público Legislativo. Sí o no que el control fiscal en el Estado democrático legitima a las políticas públicas a través de la evaluación de la gestión fiscal.....	24
	Y la determinación de la institucionalidad del control fiscal, en el Estado Social y Democrático de Derecho como pilar fundamental, para mantener el equilibrio del sistema de pesos y contrapesos.....	24
	CAPITULO I: .....	27
2	EL CONTROL FISCAL EN LA HISTORIA DE COLOMBIA .....	27
2.1	<b>EL CONTROL FISCAL EN EL REINO DE INDIAS .....</b>	<b>36</b>
2.2	<b>EL CONTROL FISCAL EN LA REPÚBLICA .....</b>	<b>40</b>
2.3	<b>LA MISIÓN DE EDWIN KEMMERER .....</b>	<b>60</b>
	CAPITULO II .....	64
3	SISTEMAS DE CONTROL FISCAL .....	64
3.1	<b>SISTEMA GERENCIAL DE CONTROL FISCAL .....</b>	<b>66</b>
3.1.1	Caso de estudio contraloría y auditoría en Reino Unido .....	66
3.2	<b>SISTEMA COLEGIADO DE CONTROL FISCAL .....</b>	<b>102</b>
3.3	<b>SISTEMAS DE CONTROL FISCAL EN AMÉRICA .....</b>	<b>108</b>
3.3.1	Caso de estudio control fiscal en la República Federal de México .....	109
3.3.2	Caso de estudio control fiscal en la República de Chile.....	120
3.4	<b>SISTEMAS DE CONTROL FISCAL EN EUROPA.....</b>	<b>127</b>
3.4.1	Caso de estudio control externo financiero en Alemania .....	130
3.4.2	Caso de estudio sistema de control externo, Tribunal de Cuentas y órganos de control externo de las comunidades autónomas en España .....	140
	CAPITULO III .....	155
4	LA AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA DEL CONTROL FISCAL EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO COLOMBIANO.....	155
4.1	<b>PAPEL DINÁMICO Y ESTABILIZADOR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.....</b>	<b>168</b>
4.2	<b>LA CONCEPCIÓN DEL CONTROL FISCAL EN COLOMBIA.....</b>	<b>178</b>

4.3	LA FUNCIÓN DE CONTROL FISCAL EN COLOMBIA .....	193
4.3.1	Participación Ciudadana, Control Social y Control fiscal. ....	198
4.4	LIMITACIONES OBJETIVAS AL EJERCICIO DE CONTROL FISCAL .....	199
4.5	LAS NORMAS PRESUPUESTALES DEL PODER PÚBLICO LEGISLATIVO, QUE LIMITAN EL CONTROL FISCAL .....	206
4.6	SISTEMA DE PESOS Y CONTRAPESOS EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO ....	219
4.7	LA IMPORTANCIA ESTRATÉGICA DEL CONTROL FISCAL EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN .....	229
5	<b>CONCLUSIONES</b> .....	240
6	RECOMENDACIONES .....	257
6.1	FRENTE AL PAPEL DINÁMICO Y ESTABILIZADOR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA .....	257
6.2	FRENTE AL SISTEMA DE PESOS Y CONTRAPESOS EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO .....	261
6.3	FRENTE A LA IMPORTANCIA ESTRATÉGICA DEL CONTROL FISCAL EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN .....	264
6.4	FRENTE A LA RELACIÓN DE DEPENDENCIA FUNCIONAL Y FUNCIONARIAL, ESTABLECIDA DESDE EL PODER PÚBLICO LEGISLATIVO HACIA LOS ÓRGANOS DE CONTROL FISCAL, VINCULO QUE DESLEGITIMA LA FUNCIÓN FISCALIZADORA .....	268
7	BIBLIOGRAFÍA .....	281

## **LISTA DE TABLAS**

Tabla 1 Plano gramatical.....	189
Tabla 2 Plano semántico .....	191
Tabla 3 Plano pragmático.....	192

## **LISTA DE FIGURAS**

Figura 1. Modelo deconstructivo .....	263
---------------------------------------	-----

## RESUMEN

El presente trabajo busca analizar y demostrar las tensiones originadas entre la institucionalidad del control fiscal y el Poder Público Legislativo, por la expedición de normas que posiblemente limitan su autonomía e independencia funcional. Además investigar a través del análisis del Estado social y democrático de derecho, la institucionalidad del control fiscal, para establecer si es o no pilar fundamental del sistema de pesos y contrapesos.

La institucionalidad estatal colombiana, tiene establecido un mecanismo consubstancial a la existencia del Estado, como es la función de control fiscal, que contribuye a consolidar su proceso de legitimación.

Como una desafortunada característica de la democracia contemporánea, se registra un decreciente desarrollo orgánico y una ilegitimidad funcional de los poderes públicos; auspiciada por el sufragio universal de una ciudadanía que cada día cree menos en los integrantes del Poder Público Legislativo colombiano; hoy por hoy, objeto de señalamientos y críticas por el aumento de las condenas y sanciones judiciales-disciplinarias a las que se han hecho acreedores.

En este contexto, puede afirmarse que la función de control político actualmente es ejercida por un Poder Público Legislativo cada vez más deslegitimado. De hecho, las actuaciones son de un porcentaje superior al 35% de sus miembros, en la pasada conformación de ese cuerpo colegiado; está al margen de la ley.

Ello es comprobado por las condenas que determinan su responsabilidad en la ocurrencia de delitos. Esa situación pone de manifiesto un inconformismo generalizado, frente a las acciones que han debido adelantarse para depurar y disciplinar al Poder Público Legislativo colombiano.



A la luz de estas digresiones, nadie niega que “la existencia de una amplia y eficaz red de controles sea un elemento indispensable del Estado Constitucional democrático”<sup>1</sup>. Sin embargo, la debilidad de algunos de ellos, en especial el de control político<sup>2</sup>, que sólo se ha enfocado en debates ideológicos;<sup>3</sup> no ha procurado que las afectaciones económicas de esos descalabros, se traduzcan en medidas sancionatorias/resarcitorias hacia el patrimonio público, tendiente a mantener su indemnidad. Lo que resulta ser un grave problema que debe ser solucionado.

La función de control fiscal ha sido elevada a rango constitucional, a partir de la Constitución Política de 1991, desagregada desde la ley, para la evaluación de la gestión fiscal de servidores públicos y/o particulares, que administren bienes o recursos del Estado.

Eso producido, desde el análisis de los efectos de la aplicación de las atribuciones de los poderes públicos del Estado colombiano y de la función pública de control fiscal. A fin de determinar la existencia de tensiones constitutivas de limitantes a este último. Si ellas tienen la entidad de evitar el ejercicio adecuado de tal función, objeto de la presente investigación.

Para tal propósito, se plantea un examen orientado a la caracterización de elementos conceptuales que permitan el conocimiento de las debilidades del sistema actual, desde la determinación del establecimiento y accionar de la Función Constitucional, Administrativa y Orgánica de este control. Puntualmente analizar cuál es la funcionalidad de un sistema que no previene el inadecuado manejo de los recursos públicos.

**Palabras Claves:** Control fiscal, tensiones, limites, debilidades, poder legislativo, sistema de pesos y contrapesos, pilar fundamental, contralorías, recursos públicos, corrupción.

---

<sup>1</sup> VALLES VIVES, Óp. cit. p. 31

<sup>2</sup> Ibíd., p 31

<sup>3</sup> Ibíd., p 32

## ABSTRACT

The present work seeks to analyze and demonstrate the tensions originated between the institutionalization of fiscal control and the Legislative Public Power, by the issuance of norms that possibly limit their autonomy and functional independence. Also investigate through the analysis of the social and democratic state of law, the institutionality of fiscal control, to establish whether or not it is a fundamental pillar of the system of checks and balances.

The Colombian state institutions have established a mechanism that is consubstantial to the existence of the State, as is the function of fiscal control, which contributes to consolidate its process of legitimation.

As an unfortunate characteristic of contemporary democracy, there is a decreasing organic development and a functional illegitimacy of the public powers; sponsored by the universal suffrage of a citizenship that every day believes less in the members of the Colombian Legislative Public Power; today, object of accusations and criticism for the increase in sentences and judicial-disciplinary sanctions to which they have become creditors.

In this context, it can be affirmed that the function of political control is currently exercised by a Legislative Public Power that is increasingly delegitimized. In fact, the actions are of a percentage higher than 35% of its members, in the last conformation of that collegiate body; it is outside the law.

This is proven by the sentences that determine their responsibility in the occurrence of crimes. This situation reveals a widespread nonconformity, as opposed to the actions that have had to be taken to purge and discipline the Colombian Legislative Public Power.

In light of these digressions, no one denies that "the existence of a broad and effective network of controls is an indispensable element of the democratic Constitutional State."

However, the weakness of some of them, especially the one of political control, which has only focused on ideological debates; it has not sought to ensure that the economic effects of these setbacks are translated into sanctioning / compensatory measures towards the public patrimony, in order to maintain its indemnity. What turns out to be a serious problem that must be solved.

The fiscal control function has been elevated to constitutional rank, starting with the Political Constitution of 1991, disaggregated by law, for the evaluation of the fiscal management of public and / or private servants, who administer goods or resources of the State.

That produced, from the analysis of the effects of the application of the attributions of the public powers of the Colombian State and of the public function of fiscal control. In order to determine the existence of tensions constitutive of limitations to the latter. If they have the entity to avoid the proper exercise of such a function, object of the present investigation.

For such purpose, an examination oriented to the characterization of conceptual elements that allow the knowledge of the weaknesses of the current system, from the determination of the establishment and action of the Constitutional, Administrative and Organic Function of this control, is proposed. Punctually analyze what is the functionality of a system that does not prevent the inadequate management of public resources.

Key words: Fiscal control, tensions, limits, weaknesses, legislative power, system of checks and balances, fundamental pillar, comptrollerships, public resources, corruption.

## **PREFACIO**

La propuesta de investigación, se desarrollará desde el problema de investigación: “Tensión entre el Poder Público Legislativo y el control fiscal en la constitución política de 1991” El control fiscal es un elemento consubstancial en la Administración Pública. Sin embargo, dada su importancia en la estructura del Estado, el cumplimiento de la función administrativa y la vigilancia en el uso de recursos públicos; es necesario, analizar los aspectos, situaciones y circunstancias, relacionados directamente con la autonomía e independencia del mismo.

La estrategia metodológica acude a los conceptos teóricos convencionalmente utilizados en el tema de control fiscal en Colombia, permitiendo revelar las tensiones existentes entre el Poder Público Legislativo y los Órganos de Control, en especial los de control fiscal, objeto de la presente investigación.

La importancia de la investigación, radica en demostrar, mediante el análisis las posibles tensiones originadas entre el control fiscal y el Poder Público Legislativo, por la expedición de normas que limitan su autonomía e independencia funcional, demostrar mediante el análisis, la subordinación ante el poder público legislativo, demostrar de la misma forma mediante el análisis, sí o no que el control fiscal se encuentra limitado objetivamente por la expedición de normas desde el Poder Público Legislativo.

Demostrar mediante el análisis del Estado democrático de Derecho conformado en la República de Colombia, la importancia estratégica de la institucionalidad del control fiscal, como pilar fundamental, para mantener el equilibrio del sistema de pesos y contrapesos, demostrar igualmente mediante el análisis, sí o no que el control fiscal en el Estado democrático legitima a las políticas públicas a través de la evaluación de la gestión fiscal.

La institucionalidad estatal colombiana, tiene establecido un mecanismo consubstancial a la existencia del Estado, como es la función de control fiscal, que contribuye a consolidar su proceso de legitimación.

El análisis que se produce, es una invitación para abordar el origen del problema del actual sistema de control fiscal, también se propende desde este escenario, el análisis, la función pública de control fiscal en la constitución colombiana, como garantía de las personas y ciudadanos hacia la salvaguarda del patrimonio público.

Para la sociedad y el Estado colombiano, es importante examinar cuál es la funcionalidad del actual sistema de control fiscal, su necesidad y conveniencia. Establecer si con este sistema los servidores públicos del control fiscal, tienen posibilidades de prevenir la ocurrencia del daño antijurídico, la lesión y el daño al patrimonio público.

Esto hace necesario, oportuno y conveniente, privilegiar en forma estructural un proceso de apropiación para la vigilancia de la gestión fiscal de lo público, con autonomía e independencia. En este orden de ideas, se plantea el análisis desde la interacción de la función de control fiscal y los poderes públicos del Estado colombiano. Y desde ahí demostrar las posibles limitaciones que lo afectan e impactan.

La investigación buscará desde el análisis de los preceptos constitucionales sobre la materia, en especial la fórmula contenida en el artículo 267, permite el ejercicio de un control fiscal oportuno, autónomo e independiente en el Estado constitucional democrático.

Como se ha indicado, esta investigación analiza a través de la crítica, el análisis de la función de control fiscal y de los poderes públicos del Estado colombiano. A partir de los resultados obtenidos, se demostrara sí o no la autonomía e independencia del control fiscal.

La presente tesis acude en parte al estudio del derecho extranjero, sin que represente la condición lógica de la comparación; para hablar de derecho comparado en el sentido

propio, se deben reunir los requisitos, efectuar los procesos pertinentes y no solo información comparativa. Ese ejercicio se ha realizado para mostrar elementos, ventajas y desventajas en uno y otro sistema.

De tal forma que la tesis no presenta la actividad de comparar desde el ámbito del derecho público, en las reglas constitucionales de Alemania, Inglaterra, España, Italia, Francia, México y Chile; si bien se citan reglas jurídicas, normas legales e instituciones; lo que se busca es mostrar la naturaleza y forma de cada uno de los sistemas así como sus ventajas comparativas para Colombia.

Por otro lado cuando se investiga se busca develar el actuar de los poderes públicos del Estado o corporaciones administrativas en el nivel territorial y establecer la correspondencia con lo establecido en la Constitución de 1991, respecto del control fiscal.

Eso posibilita un eficiente control, en la lucha contra la corrupción, haciendo realidad el principio de la separación de poderes; como lo considera Valles, *mostrando un Estado constitucional democrático*<sup>4</sup> que contribuye a la indemnidad del presupuesto público.

Esta es una forma de aplicar los fines esenciales del Estado, promoviendo la prosperidad general y garantizando la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Ello se consolida facilitando la participación de todos en las decisiones que los afectan, en la vida económica, política, administrativa de la Nación.

La consecuencia inmediata será, el reconocimiento del principio de dignidad humana, en su carácter constitucional-legal, pero sobre todo en el aspecto humano. El efecto mediato es la emisión de criterios de legitimación social sobre la aplicación de reglas de validez, en la administración de los recursos públicos.

---

<sup>4</sup> VALLES V, Francesc. Control externo del gasto público y Estado constitucional. En: Tesis de Doctorado. Universidad de Barcelona: Departamento de Ciencia Política y Derecho Público, 2001. p. 14

El efecto perenne será, el asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Evitando que los recursos económicos contenidos en el erario sean una forma de vida, de personas que actúan al margen del orden jurídico.

Finalmente, un efecto transversal de carácter permanente de fortalecimiento al manejo del presupuesto público, que tiene como consecuencia generar mayores beneficios sociales de cara al impulso y favorecimiento del proceso de inversión pública. Con esto es pretendido identificar, proponer y planear acciones de mejoramiento que inciden positivamente en su misión constitucional.

La investigación contiene: el prefacio, la introducción el capítulo I referido al Proyecto de investigación, capítulo II Control Fiscal en la Historia de Colombia, capítulo III Sistemas de Control Fiscal, capítulo IV Autonomía e Independencia del Control Fiscal en el Estado Democrático Colombiano, las Conclusiones y Recomendaciones, desde los cuales se investiga la problemática de la autonomía e independencia del control fiscal.

## 1 INTRODUCCIÓN

El control fiscal es un elemento consubstancial a la administración pública dada su importancia en la estructura del Estado, este ejercicio legitima la gestión fiscal desplegada para el cumplimiento de los fines esenciales del mismo.

El control fiscal, fue concebido bajo la figura de control previo y perceptivo, para evaluar la gestión fiscal del Estado colombiano. Con el tiempo, esta situación se tornó problemática, ya que todas las acciones del sujeto de control, requerían autorizaciones para su ejecución.

Lo que llevó a una gran crisis de credibilidad e imagen de los entes de control, esta fue la razón por la cual fue tratado en el desarrollo de las sesiones de la Asamblea Nacional constituyente de 1990. Lo que termino con la expedición de la Constitución de 1991, donde fue establecido el control posterior y selectivo.

Ahora bien la investigación, busca demostrar mediante el análisis las posibles tensiones originadas entre el control fiscal y el Poder Público Legislativo, por la expedición de normas que limitan su autonomía e independencia funcional, también demostrar mediante el análisis, la subordinación ante el poder público legislativo, así mismo demostrar de la misma forma mediante el análisis, sí o no que el control fiscal se encuentra limitado objetivamente por la expedición de normas desde el Poder público legislativo.

De igual forma demostrar mediante el análisis del Estado democrático de Derecho conformado en la República de Colombia, la importancia estratégica de la institucionalidad del control fiscal, como pilar fundamental, para mantener el equilibrio del sistema de pesos y contrapesos, definir igualmente mediante el análisis, sí o no que el control fiscal en el Estado democrático legitima a las políticas públicas a través de la evaluación de la gestión fiscal.



En Colombia con la aplicación de la fórmula establecida en la norma constitucional contenida el artículo 267, se posibilita la aplicación de un control fiscal autónomo e independiente. Ello se enfoca desde el análisis y determinación de las posibles tensiones originadas entre la institucionalidad de control fiscal y el Poder público legislativo.

Cabe indicar, que la hipótesis central, en el presente trabajo es analizar y demostrar las posibles tensiones originadas entre la institucionalidad del control fiscal y el Poder Público Legislativo, por la expedición de normas que limitan su autonomía e independencia funcional.

Se plantea otras que la complementa, que se refiere a demostrar mediante el análisis, sí o no las posibles tensiones originadas entre el control fiscal y el Poder público legislativo, por la expedición de normas que limitan su autonomía e independencia funcional.

Así mismo la subordinación ante el poder público legislativo, que el control fiscal se encuentra limitado objetivamente por la expedición de normas desde el Poder público legislativo. También si en el Estado democrático de derecho de la República de Colombia, la importancia estratégica de la institucionalidad del control fiscal, como pilar fundamental, para mantener el equilibrio del sistema de pesos y contrapesos y si el control fiscal en el Estado democrático legitima a las políticas públicas a través de la evaluación de la gestión fiscal.

Buscará el investigador, establecer si el sistema de control fiscal tiene o no autonomía e independencia, para ser el tercero entre estado y sociedad; que los cohesione a través de un proceso legitimador de la materialización de los fines estatales. Todo ello a través de la evaluación de sus políticas públicas. Finalmente demostrando si es o no es uno de los pilares fundamentales del sistema de pesos y contrapesos en el Estado colombiano.

Entonces, la hipótesis planteada en la investigación, analiza la función de control fiscal desde lo constitucional, examina la forma y el fondo de una institución con problemas estructurales en su concepción, que imposibilita su aplicación adecuada.

Al justificar la presente tesis partimos de la idea de que la sociedad colombiana, es generadora de desigualdades, las cuales son agudizadas y exacerbadas por la situación actual de corrupción, la que demanda la acción permanente de un eficaz, eficiente y efectivo sistema de pesos y contrapesos que contribuya al orden institucional y con ello a su legitimación social.

El control fiscal, hace parte del sistema de pesos y contrapesos, la mejora del mismo es imprescindible, ya que su radio de acción es la evaluación de la gestión fiscal desplegada por la administración pública. De tal manera que la función del control fiscal desarrollada lo perfila como el pilar fundamental, para mantener el equilibrio financiero y económico del presupuesto público y de la materialización de los fines esenciales del Estado.

Con lo cual es reflejada la función que busca corregir a través del resarcimiento del patrimonio público; los yerros y actuaciones al margen de la ley por parte de servidores públicos y particulares en el manejo/disposición de los dineros del erario.

Ahora bien, las tesis analizadas en la recolección de la información, adelantadas en América y Europa no determinan una investigación en punto a establecer la autonomía e independencia del control fiscal.

De tal manera que las investigaciones no tienen en su núcleo básico cuestionar la autonomía e independencia de los órganos de control fiscal, como tampoco descubren las tensiones originadas entre estos y el Poder Público Legislativo. Por ello justifica el tema de investigación propuesto.

En el Estado del Arte, analizamos y acopiamos las teorías clásicas que explican el origen del control fiscal, así son mencionadas las denominadas de Ley Civil y Ley Común. Como han sido aplicadas en Colombia, las mutaciones e híbridos y durante que periodos.

Encontramos el inicio del sistema de Ley Civil desde 1810 hasta 1922. La que tiene su origen en el Ley Civil, afianza su conceptualización y contextualización en la ley y de ahí aplicarlas en cortes o tribunales de cuentas en la actualidad en Francia, Alemania y España.

El sistema de Ley Común desde 1923 hasta hoy. La Ley Común o anglosajona desarrollada en Inglaterra y adoptada en la federación americana bajo el criterio del control a la contabilidad con funciones administrativas y de policía judicial.

Esa postura, se sostiene en algunos países que han adoptado un tipo de sistema anglosajón, que consideran la Contraloría como institución auxiliar de la rama legislativa. Al respecto el tratadista Diego sostiene Younes,<sup>5</sup> *“Queda, así, pendiente de fiscalización la etapa más importante del presupuesto, la de su ejecución. Con esa finalidad se ha creado un organismo técnico que prolonga el control parlamentario, se adoptó en Colombia en 1923, (...).*

Bajo esa afirmación, se considera que el control fiscal hace parte del Legislativo, como quiera que le corresponde a éste ejercer control sobre el presupuesto del ejecutivo mediante un órgano especializado; también se defiende esta postura, por ser el congreso en pleno quien elige a quien direcciona el control fiscal.

Frente al tema sostiene Gómez,<sup>6</sup> *“(…) es que la elección del contralor tiene origen en el Congreso de la República, a quien pertenece la máxima prerrogativa del control de la Hacienda Pública, ejercido en representación de la comunidad, por lo tanto es un poder derivado del parlamento.*

---

5. YOUNES M, Diego. Derecho del Control Fiscal. Bogotá: Academia Colombiana de la Abogacía y otros, 2006. p. 92.

6. GÓMEZ L., Iván Darío. Control Fiscal y Seguridad Jurídica Gubernamental. Bogotá: Universidad Externado, 2006. p. 93.

Pese a lo expuesto, bajo nuestro contexto actual, es importante tener en cuenta, que el Poder Público Legislativo bajo la expedición de la Constitución de 1991, puede ejercer control político frente al Ejecutivo, pero dentro de sus funciones no se encuentra establecida la vigilancia y el control fiscal.

Aun así, cabe notar que le corresponde al poder público legislativo, ejercer control sobre el presupuesto del Poder Público Ejecutivo, mediante un órgano especializado y ese actuar afecta esa autonomía e independencia. Así inexorablemente se legitima la Contraloría como control derivado del legislativo.

Existe otra teoría explicada por tratadistas colombianos que la consideran como una prolongación del Poder Público Ejecutivo. Dicha aseveración se formula bajo la consideración de que las Contralorías no ejercen funciones administrativas, de hecho, Diego Younes, reseña la sentencia de noviembre 10 de 1977, Magistrado Ponente Guillermo González Charry, en la que se sostiene que las Contralorías hacen parte de la administración, así:

“La Constitución Política, en sus artículos 2º y 55 hace descansar la estructura del Estado en un poder público dividido en tres ramas solamente: la legislativa, ejecutiva y la jurisdiccional. Fuera de estas ramas, toda creación sería artificial, y toda jurisprudencia descentrada, sino abusiva. Es cierto que la Contraloría General de la República no aparece enumerada en el artículo 76-9 de la Carta como elemento integrante de la estructura de la administración, pero ello no significa que haya dejado de hacer parte, alguna vez de esa administración (...).”<sup>7</sup>

Esta teoría sostiene que la Contraloría no realiza funciones legislativas ni judiciales, por lo tanto, hace parte de la administración; sin embargo, poco eco ha tenido en nuestra actualidad, dado que es evidente la insuficiencia de control que podría ejercerse al poder ejecutivo bajo su subordinación; existiría además una violación en la independencia

---

7. YOUNES, Óp. cit. p. 94.

funcional y organizativa de las Contralorías, que, por demás, impedirían su finalidad de vigilancia fiscal de la administración pública.

En las últimas décadas, a través de textos especializados se ha construido el estado del arte del control fiscal, ello basado en investigaciones sobre el modelo de control fiscal, que se ha ocupado entre otros del principio de legalidad, orientadas hacia su eficiencia y eficacia, del derecho comparado en la América latina en esta materia, de la actuación de vía gubernativa denominada Proceso de Responsabilidad Fiscal, de su misión constitucional, al análisis de sus procedimientos y actos administrativos.

Así como de los productos derivados de su accionar como la auditoría gubernamental con enfoque integral, la responsabilidad fiscal y el proceso de responsabilidad fiscal, del análisis de la estructura del detrimento patrimonial desde un enfoque iusteórico del daño y del subsecuente resarcimiento, el cobro coactivo fiscal.

Sobre el tema de la autonomía e independencia, Younes hace alusión a la dependencia del control fiscal del Poder Público legislativo pero no de forma extensa, insiste en la dependencia del control fiscal del Poder Público ejecutivo, citando la sentencia de noviembre 10 de 1977, Magistrado Ponente Guillermo González Charry, que alude al ordenamiento constitucional de la carta de 1886. I. Gómez, plantea también de una forma no extensa, no debatido, el tema de que esas limitaciones solo eran posibles en la Ley suprema de 1886,<sup>8</sup> pero que en la Carta de 1.991, ha desaparecido tal dependencia y subordinación de los órganos de control a los poderes públicos.

La tesis doctoral denominada Control externo del gasto público y Estado constitucional, se refiere a *los controles aplicados desde el control externo español al presupuesto público*,<sup>9</sup> tesis de grado de la Universidad Javeriana, plantea las falencias de las Contralorías territoriales en ejercicio del control fiscal<sup>10</sup>. La siguiente tesis se refiere a un estudio que

---

<sup>8</sup> YOUNES, Óp. cit. p. 95

<sup>9</sup> VALLES V, Francesc. Control externo del gasto público y Estado constitucional. Óp. cit p. 15

genera elementos e instrumentos para que el presupuesto público en los entes territoriales de la República de Venezuela.<sup>11</sup>

El trabajo de tesis de la Universidad De La Salle, establece en su contenido *una revisión y análisis del control fiscal participativo*.<sup>12</sup> El trabajo de investigación, de carácter descriptivo y de campo, se construyó como *una alternativa para solucionar la problemática que padecía el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria*.<sup>13</sup>

El trabajo de investigación Metodología para medir la Evaluación y Control de la Gestión Pública, se refiere a la *modernización administrativa del Estado, la investigación fue direccionada a develar la necesidad de mejorar los sistemas de Control de Fiscal*.<sup>14</sup> La tesis preparada bajo el título Los mercaderes novohispanos: control virreinal y fraude fiscal en el primer tercio del siglo XVII se encarga del estudio *de la dependencia económica de la metrópoli a raíz de la riqueza trasladada de la colonia*. Es claro que esta tesis está relacionada con el fraude fiscal.

La tesis escrita bajo el título Complementación del control fiscal para mejorar la recaudación del impuesto a la renta de primera categoría por arrendamientos en el departamento de la libertad, se refiere *a las facultades que tiene la administración estatal del Departamento de La Libertad, para administrar y recaudar los tributos de su competencia*, mas no se debate la autonomía e independencia del control fiscal y menos se alude a su subordinación los poderes públicos en la República Argentina.<sup>15</sup>

---

<sup>10</sup> MIRA, Juan y MEZA, Ciro, VEGA, Daniel. El Control Fiscal en Colombia. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2001.

<sup>11</sup> ALVARADO A, Gladys. El Presupuesto como elemento de control en los entes descentralizados Estadales. [En línea] 2006. [Citado el: 15 de marzo de 2017.] Disponible en: [http://bibadm.ucla.edu.ve/edocs\\_baducla/tesis/P798.pdf](http://bibadm.ucla.edu.ve/edocs_baducla/tesis/P798.pdf).

<sup>12</sup> GÓMEZ G. Óp. cit.

<sup>13</sup> FALCÓN Óp. cit.

<sup>14</sup> MORENO Óp. cit.

<sup>15</sup> AZNARÁN, Óp. cit.

En las tesis y monografías mencionadas se observan documentos orientados a explicar y definir la naturaleza, clasificación, ámbito y alcance de la función de control fiscal como institución de fiscalización.

De hecho, podría afirmarse que no se conoce en la academia colombiana una investigación que haya analizado, debatido el modelo de control fiscal y determinado los efectos que las tensiones planteadas desde el Poder Público Legislativo, generan respecto del ejercicio del control fiscal. En ningún aparte de las tesis mencionadas se cuestiona la independencia y autonomía del control fiscal.

En conclusión, los trabajos analizados no guardan relación con el objeto que motiva la pregunta de investigación del presente proyecto ya que en todos los planteamientos no se cuestiona la autonomía e independencia de los órganos de control fiscal y menos aún, se develan las tensiones originadas entre este y el Poder Público Legislativo.

El objetivo general se planteó para determinar y analizar las posibles tensiones originadas entre la institucionalidad del control fiscal y el Poder Público Legislativo, por la expedición de normas que limitan su autonomía e independencia funcional.

A su vez los objetivos específicos se estructuraron para demostrar sí o no que la autonomía e independencia del control fiscal en Colombia, se encuentra afectada por la existencia de posibles tensiones originadas desde el ejercicio del Poder Público Legislativo en relación con el control fiscal. Situaciones que podrían limitar su autonomía e independencia.

Sí o no que el control fiscal en Colombia, se encuentra subordinado al Poder Público Legislativo circunstancia que podría limitar su autonomía e independencia. Sí o no que el control fiscal se encuentra limitado objetivamente por la expedición de normas desde el Poder Público Legislativo. Sí o no que el control fiscal en el Estado democrático legitima a las políticas públicas a través de la evaluación de la gestión fiscal.

Y la determinación de la institucionalidad del control fiscal, en el Estado Social y Democrático de Derecho como pilar fundamental, para mantener el equilibrio del sistema de pesos y contrapesos.

La metodología utilizada es fundamentalmente teórica, apoyándose en la bibliografía, extrapolando ideas al objeto de estudio, con desarrollo de argumentos sobre la hipótesis a demostrar –argumentos constitutivos de la tesis, con sus objeciones, análisis y deducciones- y conclusiones -establecidas como objetivos a alcanzar los supuestos del estudio, a partir de los conceptos teóricos convencionalmente utilizados en el tema de control fiscal en Colombia.

Esta tesis doctoral es la profundización del estudio sobre el control fiscal adelantado con la línea de investigación en derecho constitucional, área de derecho fiscal en 2010, bajo el título “El control fiscal en la constitución política de 1991”, de la Maestría en Derecho Administrativo cursada en 2009-2010 en la Universidad Libre, sede Bogotá, que ha contribuido al estudio y discusión de la materia.

Así como a socializar el contenido de investigación y tesis con los actores interesados: Poderes Públicos ejecutivo, legislativo, judicial, contralores, académicos, con el propósito



de lograr consensos y proponer una profunda discusión del sistema en la sociedad colombiana y la institucionalidad.

En consecuencia, la estrategia metodológica de la presente tesis doctoral sobre la “Tensión entre el poder público legislativo y el control fiscal, en la constitución política de 1991” inició en 2014 primer semestre, se surte con la aplicación de técnicas de análisis sobre tesis doctorales, monografías, teorías doctrinales, de lo prescrito en las gacetas constitucionales, donde fue adoptado el sistema actual de control fiscal, la Constitución Política de 1991, el conjunto normativo relacionado con el tema expedido con ocasión del sistema vigente en Colombia sobre control fiscal.

Los instrumentos empleados en el proceso de recolección de datos requeridos en la investigación propuesta, son acudir y acopiar los documentos para su análisis en los documentos y archivos de la Presidencia de la República, Gacetas Constitucionales de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, Archivos de la Contraloría General de la República, la Gaceta del Congreso de la República, sentencias de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, los archivos del Banco de la República.

Además de los contenidos en la Biblioteca Luís Ángel Arango, documentos y archivos del Departamento Administrativo de Planeación, Corporación Transparencia por Colombia, así como las tesis doctorales, textos de autores y revistas indexadas publicadas por las universidades nacionales e internacionales sobre el tema de la presente investigación. Así mismo la consulta en las bibliotecas de las universidades colombianas, Biblioteca Luís Ángel Arango y bibliotecas digitales de todo el mundo.

La forma que hemos planteado para tal propósito parte del análisis del texto jurídico, esto implica poner en cuestión la definición misma de lo jurídico en sí, debatir la diferencia entre los usos jurídicos de la norma. Con el fin de hallar las ambigüedades, las coincidencias, las paradojas, los silencios, los desfases y las diferencias normativas.

Haciendo énfasis en la forma dominante denunciando de él los límites construidos alrededor de la función fiscalizadora.

Los resultados de la investigación serán socializados teniendo como fin esencial la generación de elementos tales como el análisis de la función de control fiscal y la forma como los poderes públicos del Estado colombiano posiblemente limitan tal función, generan tensiones que se constituyen en premisas para el debate hacia la formación de una nueva teoría constitucional del control fiscal en Colombia.

Para el desarrollo de la presente investigación fueron utilizados los diversos instrumentos y técnicas de investigación desde la recolección, clasificación y análisis de la información, la interpretación de las diferentes teorías y escuelas del derecho en especial las referidas al control fiscal, que en su momento fueron analizadas y discutidas, con el director de tesis.

En lo relacionado con fuentes, técnicas e instrumentos de recolección de información y análisis de datos e información, se hizo uso de fuentes secundarias y terciarias de origen múltiple, entre ellas se destacan, los documentos y archivos de la Presidencia de la República, Gacetas Constitucionales de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, Archivos de la Contraloría General de la República, la Gaceta del Congreso de la República, sentencias de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, los archivos del Banco de la República.

Contenidos en la Biblioteca Luís Ángel Arango, documentos y archivos del Departamento Administrativo de Planeación, Corporación Transparencia por Colombia, así como las tesis doctorales, textos de autores y revistas indexadas publicadas por las universidades nacionales e internacionales sobre el tema de la presente investigación. Así mismo la consulta en las bibliotecas de las universidades colombianas, Biblioteca Luís Ángel Arango y bibliotecas digitales de todo el mundo.

## CAPITULO I:

### 2 EL CONTROL FISCAL EN LA HISTORIA DE COLOMBIA

“Los ciudadanos tienen derecho a verificar por sí mismos o a través de sus representantes la necesidad de la contribución pública, de consentirla libremente, de controlar su empleo”<sup>16</sup>.

El presente capítulo describe los sistemas de control fiscal actuantes desde el virreinato de la Nueva Granada, La Gran Colombia, hasta la República de Colombia y su modernidad. Esta aproximación permite entender el tema de las tensiones entre el Poder Público Legislativo y el Control Fiscal, concretamente en la construcción del sistema contenido en las Constituciones Políticas de 1886 a 1991.

Se hace necesario acudir a la descripción, de la historia jurídica de la época de la colonia, a los movimientos de independencia, de la posteridad de la revolución; a fin de establecer en ese momento histórico. También como en diferentes períodos de gobierno cuales fueron las distintas formas de lectura del ejercicio de la función controladora.

Así mismo, se ha considerado pertinente incluir un punto de digresión al apartarnos del pronunciamiento del tribunal constitucional colombiano, que declaró exequible el artículo 8 de la Ley 617 de 2000.

El análisis de aplicación de las dos teorías jurídicas que originan los diferentes sistemas de control fiscal, enfatiza el contexto para examinar la escuela de Ley Civil. Que ese enmarca en el modelo jurídico normativo romano germánico de cortes y tribunales de cuentas; el cual fue aplicado, en la época de la colonia, después del triunfo de los movimientos independentistas y en la moderna República hasta 1922.

---

<sup>16</sup> ASAMBLEA NACIONAL FRANCESA. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Art. 14. 1789. FMM Educación. [En línea] s.f. [Citado el: 27 de abril de 2017.] Disponible en: <http://www.fmmeducacion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm>.

También, es objeto de estudio de esta investigación, el sistema denominado de Ley Común, de influencia anglosajona, con interpretación y aplicación casuística, desde la jurisprudencia con predominancia del precedente y de inspiración británica.

De ahí se origina el control fiscal, mediante la auditoría colegiada o gerencial, que deja de lado la aplicación preponderante de la ley. Finalmente, se analiza el modelo de la Auditoría, concebido en los Estados Unidos e implementado desde 1923 con todas las modificaciones surtidas bajo la vigencia de las Cartas Fundamentales de 1886 y 1991.

Aunque se analizan elementos comunes, individuales y opuestos de cada uno de los tres modelos de control, se advierte que, esta revisión no consiste en un estudio de derecho comparado puesto que las condiciones de conocimientos jurídicos en sus diferentes épocas son disímiles. Un estudio de derecho comparado profundiza en aquellos factores y ello escapa al alcance de éste capítulo.

El derecho comparado versa sobre el estudio de las reglas normativas del sistema jurídico, como indica Pegoraro<sup>17</sup> *creadas para establecer el orden en un grupo social con objetivos definidos*. En el presente caso, se efectúa un análisis comparativo para establecer cuáles son las reglas y normas jurídicas e instituciones de uno y otro sistema.

Con la aplicación de la actividad del derecho comparado, se busca analizar la regla del caso concreto, es decir, el derecho vivo, desde el conjunto de reglas y proposiciones que como señala Sacco<sup>18</sup> citando a Pegoraro, *que en el ámbito jurídico, contribuyen a generar el orden jurídico, esos formantes son el legal, el jurisprudencial y el doctrinal*.

La comparación no puede limitarse sobre leyes o decisiones jurisprudenciales, sin el conocimiento dado por el contexto del derecho vivo. Ejemplo de ello, son las tendencias de

---

<sup>17</sup> PEGORARO, Lucio y Otro. Introducción al Derecho Público Comparado. Palestra, p. 52

<sup>18</sup> SACCO, Rodolfo. Citado por PEGORARO. Formantes legales: una Aproximación Dinámica a la Comparación. Anuario Americano de Comparación, Berkeley California. 1991, p. 53

la jurisprudencia y la dominancia de la doctrina, entonces, es más que una simple información del conjunto normativo.

De tal forma que, la comparación es compleja y profunda, ya que incluye además, la práctica administrativa, profundizar en el fenómeno jurídico, siendo necesario recurrir a categorías e instrumentos de otras ciencias.

El dato de comparabilidad, ofrece profundas diferencias que pueden establecerse entre los ordenamientos jurídicos objeto de la comparación. Por ello, la comparación sigue siendo un tema denso y complejo, que de no establecer en forma clara las ponderaciones, llevarían al traste cualquier propósito.

Los instrumentos, métodos y niveles incluyendo el general y los subniveles sectoriales, en comparación son: Interna y Externa, Nacional e Internacional, Jurídica en sentido Restringido y Amplio, Horizontal y Vertical, Sincrónica y Diacrónica, Micro y Macro. Dentro de estos modelos y las clasificaciones que sean necesarias para la actividad de comparación.

El derecho extranjero no siempre representa la condición lógica de la comparación, por ello para que sea en un sentido propio, se deben reunir los requisitos y efectuar los procesos pertinentes, evitando la comparación de mera información.

Al comparar, desde el ámbito del derecho público, las reglas constitucionales de Alemania, Inglaterra, España, Italia, Francia, México, Chile y Colombia; se busca es mostrar la naturaleza y forma de cada uno de los sistemas, pudiendo establecer las ventajas comparativas para la protección e indemnidad del presupuesto público.

Sin embargo, la intención en esta tesis doctoral estriba en el análisis de las posibles tensiones originadas entre la institucionalidad del control fiscal en la Constitución de 1991 y el Poder Público Legislativo, por la expedición de normas que limitan su autonomía e

independencia funcional. Todo desde el actual sistema de control fiscal en Colombia desde el período de expedición de la Constitución Política de 1991.

Ese ejercicio, permite analizar, interpretar y establecer la construcción de una nueva conceptualización constitucional, que propugne por la aplicación de un sistema de control fiscal autónomo e independiente, articulado con la sociedad, la opinión pública y la institucionalidad.

La mirada al pasado, se justifica en tanto permite rastrear los cambios en la significación que tuvieron lugar de un modelo a otro, advertir rupturas, contingencias, vacíos y la inadecuación entre lo que se pretende y lo que se normativiza.

En este orden de ideas, se busca validar la correspondencia entre la importancia estratégica del control fiscal, como pilar fundamental del sistema de pesos y contrapesos y el mecanismo financiero contenido en el presupuesto público; como una forma de presentar a los colombianos un Estado incluyente.

Todo ello desde el establecimiento del ejercicio funcional y sistémico de controles, a través de la evaluación de la gestión fiscal, orientado hacia la optimización efectiva de la inversión de recursos públicos para la realización de obras tangibles, que contribuyan a la mejora de las condiciones de vida de todos.

Un aspecto importante de esta apuesta consiste en mantener como principio rector la independencia de los entes de control, el elemento estratégico y fundamental del sistema de pesos y contrapesos. Este tipo de controles propenden por la garantía de la racionalidad y defensa del erario, centrados esencialmente en la protección del patrimonio público, de los dineros originados en el presupuesto público.

Y que a su vez sea un instrumento validado a través de la participación de todos, vía ejercicio de control social para la vigilancia de políticas públicas, en las que se busque la prevalencia del interés general en la optimización de la inversión pública.

Se hace necesario entonces, analizar los requisitos y criterios para determinar si existen elementos que deben discutirse para aclarar si la actual figura constitucional de los órganos de control, se encuentra en igualdad de condiciones de autonomía e independencia frente a los poderes públicos o si, por el contrario, se dan condiciones de subordinación de estos, a los poderes mencionados. A este propósito sirve indagar, cuál ha sido el comportamiento de los órganos de control, en la conformación del poder del Estado en Colombia.

El control surge desde la colonia como lo considera Mayorga<sup>19</sup>, *es el mecanismo para informar con carácter sustentado, la riqueza explotada en las colonias al regente económico y militar del estado contable*. Dicha figura era un Tribunal de Cuentas dependiente de la Corte de Cuentas de los reinados de Castilla y Aragón.

Las instituciones al servicio de la corona de los reinados de Castilla y Aragón, cumplieron el cometido de proteger la riqueza particular de la monarquía de la época. Por otro lado, la ocurrencia de gestas revolucionarias producidas en Francia e Inglaterra, con el fin de modificar la estructura de los factores de poder en materia económica y social, terminaron por impactar el orden colonial impuesto desde España.

La nueva clase social, influenciada por la masonería europea, a través de la constitución de logias estructuró la necesidad de cambiar el discurso clerical, monacal y confesional, entendido por ellos como decimonónico.

Así, en un salto violento que involucró el reclutamiento de esclavos afro e indígenas, además, de los arrendatarios de las tierras de los terratenientes y con el apoyo económico de

---

<sup>19</sup> MAYORGA G., Fernando. El Patrimonio Documental de Bogotá Siglos XVI y XIX-Archivos e Instituciones. Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. - Colegio Mayor de Cundinamarca, 2011. P 45

comerciantes consolidados económicamente; se produjo un periodo de guerrillas y batallas. Desde esas confrontaciones se estableció la ruptura del poder extrapolado del Rey y el localizado del Virrey; pudiendo impulsar la naciente economía de las provincias del virreinato.

La ocupación el 6 de junio de 1808 de las tropas francesas, tiene como efecto inmediato la declaratoria y proclama de José Bonaparte, como nuevo Rey de España y las Indias. Ante la crisis generada por la realidad militar, como forma para evitar el desplazamiento, de la elite productora y mercantil de la época; frente a la nueva realidad económica y política.

Los reinos y provincias forman juntas de gobierno con el fin de contrarrestar el poder del rey francés, para ello fue erigida una Junta Suprema de Gobierno que declaraba representar a todos los reinos, incluidos los de América. Esa Junta al proferir su primer acto de gobierno el 22 de enero de 1809, excluye de tajo a la colonia americana.

Dentro de la construcción del discurso político insertado en el acto de gobierno se extiende una invitación a que solamente un diputado por cada virreinato o capitanía general de América se integre al seno de las Cortes, número insignificante frente a la mayoría de los peninsulares.

La oportunidad que genera ese hecho político, fue capitalizada en América, la reacción no se hace esperar, inmediatamente se multiplican los reclamos de México a Buenos Aires. Este hecho además, se convierte al mismo tiempo en una oportunidad para el arreciar de las guerrillas y batallas, que traen antecedentes desde 1781, año de la revolución de los comuneros.

Así fueron redactados documentos en los que mostraban su inconformismo e instruyen a los representantes americanos a la Junta Central sobre la posición que deben defender. Don Camilo Torres entre los granadinos redacta por encargo de la representación del Cabildo de Santafé, un documento donde se asume un proceso desde las incongruencias y líneas de



dominancia la deconstrucción del discurso económico, político y jurídico de la península con respecto a los intereses en la América.

Efectivamente se habla un nuevo lenguaje, orientado hacia la igualdad de derechos, lo que contrasta y enfrenta la expresión del Reino; sobre las distinciones en privilegios, de acuerdo con el origen social y entocultural de los americanos.

Todo ello para dejar de lado el obstáculo tributario que impide, el desarrollo económico de las nuevas clases sociales que desarraigadas del poder pretenden mantenerlo en lo económico y político para organizar de acuerdo a sus intereses las nuevas reglas jurídicas.

El cambio en el estado de cosas, es complejo; se da paso al proceso de transformación de un Estado confesional monacal radical, a un naciente Estado secular burgués. Esas condiciones dificultan ostensiblemente las circunstancias de desarrollo de la época, por cuanto la religión católica agenciada por ministros españoles, financia, emboscadas y hechos contrarios al nuevo orden institucional. Esa patria boba es impulsada por la iglesia.

La masonería, con gran influencia europea, forma nuevos líderes, tendientes a favorecer el mercado; valioso por la circunstancia de crisis de largas luchas entre países europeos. Todo ello para la consolidación de nuevos segmentos de mercado de ingleses y franceses, obteniendo de manera fácil, un nuevo proveedor de mercaderías y metales preciosos.

Los gestores de la nueva institucionalidad son estudiosos de la Constitución de Filadelfia; que ha servido de base para la organización de los Estados Unidos de Norteamérica, entre ellos destacamos a Antonio Nariño, Francisco de Miranda, Simón Bolívar Rodríguez, Francisco De Paula Santander.

Así como también de la Declaración de los Derechos del Hombre, adoptada por la Asamblea nacional francesa como norma constituyente, esto último traducido por Nariño. Y que además, conocen a fondo el pensamiento de Adam Smith, Benjamín Franklin,

Thomas Paine y Thomas Jefferson. Aun así, en la etapa pos-independentista, la esclavitud pervive en la excolonia española de las Américas.

Esa disputa entre poderes confesionales y seculares, el primero afincado en la legitimidad del poder religioso y, el segundo, en las teorías contractualistas Rousseauianas, determina períodos aciagos, que derivan en fundamentalismos de uno y otro bando, generando mayor atraso social, lo que es capitalizado por los socios de los países que apoyaron la gesta independentista, generando batallas y extremando la pobreza.

El periodo de transición de la colonia hacia la república, se da desde 1781, con la revolución de los comuneros, en esa transición se dieron causas internas y externas estas últimas lograron llevar a consolidar la gesta de la independencia política y económica de España, mientras que la dependencia legal y normativa se mantiene. Esto por cuanto las practicas frente a ello no varía.

El arraigo por la desigualdad y la esclavitud, permanece perenne por efecto de las guerras intestinas originadas en el periodo de la implantación de todo tipo de modelos de gobierno y formas de Estado. Pero además, el sentir social y el estado de cosas anteriores siguieron igual, la esclavitud fue abolida solo hasta 1886 con la carta de Núñez y no con la decisión de José Hilario López de 1851, a través de la ley de manumisión de mayo de ese año, que establece una libertad legal de papel.

Nuestra historia constitucional da cuenta de acontecimientos vividos, desde la posteridad de 1810, luego de que una situación impositiva de carácter tributario fuera manifestada en forma extrema, hasta llegar a vulnerar los derechos económicos de los actores de la producción de bienes a exportar.

Esa situación tributaria, buscaba frenar procesos de organización política, de la clase comerciante criolla, el acrecentamiento de su riqueza y poder en el reino de la Nueva

Granada. Todo ese proceso como refiere De Zubiría<sup>20</sup>, se da, *para impedir la generación de movimientos sociales*, tendientes a lograr un manejo diferente de la política económica y tributaria de ese entonces.

Otra situación que refleja la permanencia de reglas de España en ese momento histórico era la forma de provisión de cargos públicos en mandos medios, que en palabras de Fortich<sup>21</sup> *en ellos prevalece el linaje y los vínculos consanguíneos con los reinados castellano y aragonés*, por ello dista mucho enunciar la existencia de un régimen democrático.

Esta mirada a la época colonial, se hace necesaria, no siendo el objeto de la investigación, permite contextualizar e identificar las tensiones de carácter político, económicas, sociales y militares, siendo parte de nuestra historia reciente. Todo ello tendiente a realizar un análisis que contextualice la presente investigación.

Desde esta forma se observa que solo a partir de la república surge el control fiscal, porque se busca controlar el dinero público, no el de la corona española sino el formado desde el presupuesto público, desde allí se establece límites a tal actividad.

En ese orden de ideas podemos definir el control fiscal, como una institución que pretende evaluar las operaciones contables realizadas por la hacienda pública nacional, es decir no examina aun la gestión fiscal del Estado, situación diferente sucedía en Francia e Inglaterra.

Allí está instaurada una Corte de Cuentas en el primer caso y un auditor para el segundo, el papel del establecimiento colegiado o individual es la misma, vigilar la inversión de los dineros públicos situación que no sucede en el nacimiento de la república. Posteriormente, como expresa Naranjo<sup>22</sup>, se busca *la forma de organizarlo con un perfil colegiado para*

---

<sup>20</sup> DE ZUBIRÍA S., Andrés. Estado y Globalización-Rastros Políticos y Claros oscuros de la Constitución Política de 1991. Tesis. Bogotá: Universidad Libre, 2012. p. 16

<sup>21</sup> FORTICH N., Mónica Patricia. Togados y Letrados, Libros, Lecturas y bibliotecas en la Formación de los Abogados Neogranadinos 1739-1777. Bogotá: Universidad Libre, 2011. p. 70

<sup>22</sup> NARANJO G, Rodrigo. Eficacia del Control Fiscal en Colombia: Derecho Comparado, Historia, Macroorganizaciones e instituciones. Bogotá D.C: Universidad del Rosario, 2007. p. 78

*hacerlo efectivo* y en 1898 se establece nuevamente la Corte de Cuentas, compuesta por 10 magistrados por un período de cuatro años.

En la América Latina, la imbricación entre el Estado de derecho y la democracia, explica De Zubiría<sup>23</sup>, *ha sido resultado de las guerras internas entre partidos y movimientos políticos* y así fueron redactadas muchas cartas constitucionales.

Entonces, la historia de su construcción es reciente, acopió modelos de gestas y revoluciones sociales de la Europa Occidental y de los Estados Unidos, en las cuales nuevos sectores desplazaron a los regentes del poder.

Finalmente, es importante explicar que cuando nos referimos a la autonomía e independencia del control fiscal no se afirma un enunciado que identifique a un ente sin control, un absolutismo dentro del Estado de Derecho y, menos a que no deba rendir cuentas; es decir en esta investigación está claro que en el Estado constitucional-democrático actual, no podrá existir y subsistir autorización expresa para no tener pares, que ejerzan control sobre las Contralorías, siendo cada vez más reducido el camino de la discrecionalidad.

## **2.1 EL CONTROL FISCAL EN EL REINO DE INDIAS**

En esta etapa relata Mayorga<sup>24</sup>, *que los conquistadores que arriban documentan en detalle las riquezas adquiridas de los indígenas, obteniendo porcentajes por su recaudo y envió a España*, con el tiempo los conquistadores son reemplazados por administradores, que documentaban por orden del monarca todas las circunstancias y decisiones de los gobernantes delegados, como también la riqueza producida por los territorios de ultramar.

---

<sup>23</sup> DE ZUBIRÍA, S., Andrés. Estado y Globalización-Rastros Políticos y Claros oscuros de la Constitución Política de 1991. Tesis. Bogotá: Universidad Libre, 2012.p. 18

<sup>24</sup> MAYORGA Óp. cit. p 58

Es una tradición que se remonta a tiempos de la Colonia, aun cuando por aquél entonces su sustrato no fue la defensa de los intereses de la sociedad, que como señala Mayorga<sup>25</sup> sino *más bien el resguardo de los bienes de la corona de los reinos de Castilla y Aragón.*

Es importante mencionar, que en la época existían instituciones de manejo de la hacienda en los nuevos dominios aún incipientes, así fue creado el Tribunal de la Real Audiencia de Santo Domingo para organizar la administración de los recaudos efectuados, mediante la rendición de cuentas.

El Tribunal es una institución de la Europa continental, es decir de la aplicación de la teoría de Ley Civil, que afianza su conceptualización y contextualización en la ley, mediante Cortes o Tribunales de Cuentas, creando toda una doctrina, que tiene como eje fundamental el imperio de la ley. Esta institución para nosotros originaria de la escuela de la tradición Romano-Germánica, traída desde los reinos de Castilla y Aragón a la colonia, aplicada en la actualidad en España. Tuvo aplicación en Colombia hasta 1922.

Para hacer efectivo el recaudo se hace necesario dividir las extensiones territoriales en regiones y localías, así se denominaron Virreinos, Capitanías, Provincias, Señoríos y Territorios; denominación que se dio a las Indias. Existe en la época una discriminación, claramente establecida por la etnia, vínculos consanguíneos y de origen de nacimiento.

Por ejemplo, se considera a los nacidos hijos de linaje europeo, según Fortich<sup>26</sup>, *comprobado mediante registros, documentos o testimonios, como súbditos con los mismos derechos de los insulares;* pero no así, para los criollos, mestizos indios, mulatos, zambos y en general afrodescendientes.

---

<sup>25</sup> MAYORGA Óp. cit. p 60

<sup>26</sup> FORTICH, Óp. cit. p. 71

Algunos tratadistas, como Mayorga<sup>27</sup>, otorgan *derechos a todos los residentes en las Indias*, situación inapropiada, pues es sabido que el acceso al servicio público por el sistema de méritos, esta objetivamente limitado.

La provisión de cargos en el nuevo mundo, comporta una serie de requisitos que desbordan las circunstancias de equidad, dejando de lado la aplicación de principios y criterios de igualdad para acceder a los mismos.

Es manifiesto el trato desigual entre criollos y peninsulares, pero en especial el trato discriminatorio respecto de los criollos, que ven frustradas sus legítimas aspiraciones de acceder a empleos en la administración pública.

Pues al carecer de linaje, aún a pesar de haberse recibido como abogados, no son vinculados a la administración de la época, que cifraba la doctrina del poder en la jurisprudencia práctica, y que expresa Fortich<sup>28</sup>, *presentándose la dispersión y ocultamiento sigiloso de textos en bibliotecas privadas desde donde se formulan las tendencias jurídicas de la época*.

Dicho sea de paso, algunos con notables esfuerzos, accedieron a desempeñar funciones en alguna plaza de empleo, a través de la intervención de las famosas relaciones de méritos y circunstancias, que refrendan ese ingreso.

No pocos son los intentos de modificar tan odioso proceder, a tal punto que, en 1771, se envía un memorial desde el virreinato de Nueva España al Rey Carlos III para que sean reconsideradas las cédulas que establecen tales límites.

Otra situación diferente viven los nacidos en el nuevo mundo con sangre y linaje de la península, a quienes se les facilita, a través de un entramado social que, mediante,

---

<sup>27</sup> MAYORGA Óp. cit. p 63

<sup>28</sup> FORTICH, Óp. cit. p. 71

comprobación del origen, el trato social recibido y la fama adquirida en su círculo social, refrendados en todos los casos con documentos que eran requisito para el reconocimiento de sus condiciones; pueden acceder a las plazas de la administración pública.

Ahora bien, una vez se enteran de la importancia económica y estratégica de las nuevas tierras, se estructura una administración que replica el modelo imperante en los reinados de Castilla y Aragón. De esa forma se busca dar cobertura de control a todos los actos ejecutados por los súbditos de la corona desde los originados en el establecimiento, ora de las actividades de los particulares.

Es así como surge la Junta General de Hacienda, organismo colegiado de la mayor importancia, regido por presidentes, gobernadores y virreyes, establecido para velar por el manejo de los tributos que en el organigrama de la época dependían directamente del Rey y, sus actuaciones tenían carácter reservado; sus funciones eran recaudar y administrar los tributos, y dar en arriendo todos los bienes y servicios fiscales.

Las cajas fiscales eran dependencias sectorizadas que obedecían las directrices dictadas por la Junta de Hacienda, lo cual era reflejo en la época de la centralización, tenían la función esencial del recaudo en las provincias y gobernaciones y esa actividad incluía el pago de costos. Surtida esta actividad, el saldo restante era remitido al distrito jurisdiccional, quien según Mayorga<sup>29</sup>, *lo enviaba a la casa de contratación y ésta lo dejaba a orden de la Junta General de Hacienda*, quien comprobaba las sumas existentes e informaba a la corona.

La Junta de Hacienda de las Indias, se reunía periódicamente con el objetivo de diseñar estrategias para controlar a los oficiales de las cajas reales e incrementar el recaudo tributario, así como su puntual rendición de cuentas, son creadas las contadurías mayores de Indias. A estos nuevos organismos se les denominó Tribunales de Cuentas y estaban instaurados en Lima, México y Santafé.

---

<sup>29</sup> MAYORGA Óp. cit. p 63

La función de los Tribunales de Cuentas era fiscalizar, revisar y controlar las rentas, cuentas, hacienda en general y el gobierno del territorio en su jurisdicción. Estaban facultados para finiquitar cuentas, debían enviar al Consejo de Hacienda la trazabilidad de su gestión, soportado con registros documentales respecto de los valores examinados y las conclusiones de su evaluación y finiquito.

## **2.2 EL CONTROL FISCAL EN LA REPÚBLICA**

Siguiendo el hilo conductor de esta revisión histórica, se puede enunciar que la estructura del Reino de las Indias y en igual forma los posteriores del Reino de Nueva España, Perú y el Virreinato de la Nueva Granada, mantuvieron la estructura de la monarquía de los reinados castellano y aragonés. Es decir todo el poder atomizado, cobro unidad frente a la figura del Monarca europeo, por ello se destacó todo el aparato burocrático, en torno a la conformación de cadenas de mando y poder en los territorios anexados.

El constitucionalismo clásico que fue la vanguardia epistemológica, política y filosófica, sobre la cual se pretendió crear el nuevo orden en la naciente república; buscaba representar en el imaginario de sus asociados, la idea teórica de la limitación jurídica del poder arbitrario y el reconocimiento de sus derechos.

Pero finalmente, lo que existió, fue una estructura que falló en el intento de lograr su correcto funcionamiento, que no pudo evitar el apoderamiento del aparato estatal. Ello por parte de las personas acaudaladas, letradas, militares y regentes de la administración pública, que marginaron a otras personas por razón de su origen étnocultural, económico, político, social, y de instrucción educativa.

Con las consideraciones expuestas y bajo esas circunstancias, hablar en esa época de constitución, derecho constitucional, control de constitucionalidad, sistema de pesos y



contrapesos; según Guastini,<sup>30</sup> *derechos universales*, como expresión de la democracia, es inadecuado.

Por excelencia la figura emblemática, contenida en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, configura el espectro democrático.

Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos,  
ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución.<sup>31</sup>

Queda expresado, que desde el inicio de las revoluciones en la Nueva Granada se buscó abrir espacios para el surgimiento de un primer constitucionalismo colombiano. Aquí debe referirse la influencia norteamericana y francesa a la sazón de la época, en un mar agitado por controversias económico-comerciales, de constitución de propiedades privadas, en contraposición al poder monárquico y de la eliminación de regímenes impositivos, que buscaban a toda costa frenar el poder de la naciente clase comercial.

De la lectura de los textos contenidos, en las cartas fundamentales adoptadas en diversas provincias a partir de 1810, se establece que los más ilustrados neo-granadinos, dirigentes del proceso emancipatorio; tenían conocimientos relacionados directamente, con ideas concernientes al establecimiento de un poder político con claros límites y de la gestión de los asuntos públicos desde la participación de los ciudadanos.

El constitucionalismo colombiano, desde el advenimiento de la independencia, presentó características determinadas. Entre ellas, se destacaron el agregamiento de instituciones del liberalismo republicano y el centralismo europeo del Estado francés.

Esa declaración de principios según Bobio,<sup>32</sup> *característica contestaría del liberalismo republicano*, no debe ser entendida como una actitud democrática, ya que contiene

---

<sup>30</sup> GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico. Dialnet. 2003, pp. 49-74.

<sup>31</sup> ASAMBLEA NACIONAL FRANCESA. Óp. cit.

limitaciones a grandes segmentos de la población afrodescendiente, india y mestiza; asimilados como esclavos o libres pero sin derechos.

Por ello, la consagración, defensa de libertades y derechos individuales se produjo en esa época en forma parcial. Y ello se ratifica cuando se evidenció que el liberalismo republicano neogranadino, obedeció a la tradición revolucionaria francesa. Se puede enunciar, que de forma diferenciada, ya que mantuvo las limitaciones del republicanismo estadounidense que defendió y aceptó la esclavitud.

La democracia representativa, que derivó del modelo francés, así como el concepto rousseauiano de soberanía nacional, se materializó en el Poder Público Legislativo, fieles a la tradición Romano-Germánica de Ley Civil.

Así constituida, ésta fue considerada como la única institución encargada de crear, reformar, o derogar la constitución y con autoridad para interpretar la ley. Más adelante se agregó la revisión constitucional de las decisiones legales que la afectarían o establecieran normatividad con fuerza de ley contrarios a su contenido, con los tribunales constitucionales.

Esta última época del modelo de Estado centralista en 1819, buscó consolidarse, generó toda la institucionalidad político, administrativa, ejecutiva, judicial y legislativa desde Bogotá, lo que produjo un cisma a nivel interno y además, propició la escisión de los gobiernos de Bogotá y las provincias granadinas a partir de 1810 y, la separación definitiva de Bogotá y Caracas todo ello entre 1819 y 1830.

Desde sus inicios el constitucionalismo colombiano ha plasmado en el contenido de sus constituciones anhelos de formación sociológica y política, por eso sumó en sus cartas fundamentales, elementos teóricos e ideológicos de influencia foránea. Ejemplo de ello

---

<sup>32</sup> BOBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia, el encuentro entre el liberalismo y la democracia. México: Fondo de Cultura económica, 1989. p. 46

fueron las ideas y conceptos liberales de las revoluciones norteamericana y francesa, con el modelo republicano y el concepto de soberanía nacional respectivamente.

Ese modelo de organización central es de raigambre francesa, española e italiana. El concepto, teoría y estructura del sistema federal, es el originado en las constituciones de las Provincias Unidas, siendo idéntico a los modelos y sistemas adoptados por la Confederación de los Estados Unidos de 1781.

Así mismo, las declaraciones de derechos son un híbrido de la doctrina revolucionaria francesa y la tradición norteamericana. Es importante connotar que la victoria obtenida en las revoluciones burguesas en Estados Unidos y Francia.

Factor preponderante de estructuras, que invitaban a la emancipación y adopción de los modelos y regímenes constitucionales con orientación liberal-republicana; opción viable para el establecimiento del Estado nacional, que se intentó construir con reglas de prestigio en derecho, ya probadas con buenos resultados.

Ergo los revolucionarios neogranadinos, acogieron sin reservas ni condicionamientos las banderas ondeadas con éxito del ideario e imaginario revolucionario liberal o republicano de la época. La construcción de la idea y teoría del constitucionalismo estuvo vinculada a la noción de carta fundamental escrita, sin ser excluyente sino complementaria, se edificó la idea de un límite necesario que señalara Bobio<sup>33</sup> *al ejercicio del poder político*.

Desde esa perspectiva, el constitucionalismo originado en Colombia, irrumpió en el escenario ideológico y político; en las constituciones publicadas con el triunfo de los movimientos de independentistas de 1810.

---

<sup>33</sup> BOBIO, Óp. cit., p. 47

Como se indicó, la idea y teoría de constitucionalismo involucra el sometimiento del poder político al Derecho. En ese orden, aparecieron variantes denominadas constitucionalismo legal, constitucionalismo político, o constitucionalismo democrático.

En consecuencia, el constitucionalismo excluyó la tiranía y el absolutismo ejercido por el monarca, pero igualmente logró oponerse a la democracia; que como expresara Lassalle,<sup>34</sup> *Los factores reales de poder que rigen en el seno de cada sociedad son esa fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión*, y en consecuencia protegiendo, los derechos de las minorías contra los abusos de la mayoría.

Respecto del control fiscal, se mantuvo la institución de la Real Audiencia con algunas variaciones con las actividades de vigilancia, inspección y control denominadas de Visita y Residencia, como un ejercicio provocado de rendición de cuentas de los recaudos del régimen impositivo local.

La protección de los derechos y libertades de los ciudadanos y el pueblo, como fuente de poder; fueron: Constitución de El Socorro, promulgada en agosto de 1810, Constitución de Cundinamarca, promulgada el 4 de abril de 1811, Constitución de Tunja de diciembre de 1811, Constitución de Antioquia de 1812, Constitución de Cartagena de 1812 y finalmente la Constitución de Mariquita de 1815.

En cuanto a la separación de poderes, encontramos situaciones híbridas en las que el Poder Público Ejecutivo se mezcló con el Poder Público Legislativo y lo mismo se repite en el judicial. Esto se ilustra con el texto de las constituciones del Socorro que concedió el poder legislativo a la llamada Junta de Representantes, el ejecutivo y el judicial; los que se atribuyen en conjunto a los Alcaldes Ordinarios y Cabildos; la de Cundinamarca, aún en su concepción monárquica.

---

<sup>34</sup> LASSALLE, Ferdinand. ¿Qué es una constitución? Barcelona: Ariel, 1986, p 49

Luego, el artículo 7 estableció un cuerpo legislativo, y el 8 dispuso que el poder judicial corresponde a los tribunales de la provincia, que en suma son el Senado, tribunales de apelación, y juzgados de primera instancia. Esta última tuvo, sin considerar la parte monárquica, una aproximación más armónica excepto la estructura del poder judicial, ya que las funciones judiciales del senado se entienden por excepcionalidad, no como el giro ordinario de la labor del Poder Público Legislativo, que es reformar la carta fundamental y hacer leyes.

A partir de las constituciones de Antioquia, Cartagena y Mariquita se observó la aplicación de la separación o división de poderes de forma clásica, estableciendo ésta como un postulado claramente determinado.

Eso se instituyó para que los poderes públicos actuaran de forma separada e independiente, así se identificó al Poder público legislativo compuesto por Senado y Cámara de Representantes, el Poder Público Ejecutivo integrado por el Presidente del Estado, asistido por dos consejeros.

El Poder Público Judicial formado por la Suprema Corte de Justicia, Alta Corte de Justicia y los juzgados de primera instancia. Estas cartas fundamentales aplican en debida forma, en el moderno modelo de separación de poderes.

Puede afirmarse que el tránsito de convertir una colonia a República no fue fácil, los fenómenos sociales que generaron una férrea estratificación social en la colonia fueron mantenidos, ello creó situaciones en las cuales las gentes de a pie no pudieron apreciar y menos entender el cambio de forma de Estado, modelo de gobierno y régimen político.

Algunos tratadistas muestran la ocurrencia de la revolución criolla, como Mayorga,<sup>35</sup> *que los indígenas eran tratados con respeto* es decir una actitud incluyente, lo cual no es cierto. Situaciones históricas no ilustran tal aseveración, una de ellas fue la ocurrida con la

---

<sup>35</sup> MAYORGA Óp. cit. p 68.

emancipación de la corona de los reinados de Castilla y Aragón, y los demás anexos o conquistados.

Ese hecho no acabó con la esclavitud de indígenas, afrodescendientes y las etnias producto del mestizaje; solo hasta 1863, con la carta fundamental de ese año, fue abolida la esclavitud. Y como resultó ser letra muerta, debió ser ratificada en la Carta de 1886.

En consecuencia, quienes disertaron, argumentaron, interpretaron, aplicaron y modificaron o derogaron normas, fue un segmento de la población, propietaria de los medios de producción y relaciones de producción. Además, detentaron el poder político y establecieron las reglas de la administración pública.

Por ello, consideramos que seguir afirmando que la revolución, ocurrida en las diferentes provincias de la Nueva Granada desde 1810, fue un proceso incluyente, de pertenencia y abolición de todas las limitaciones al total de la población, es del todo equivocado.

Entonces, en las diversas provincias de La Gran Colombia, se establecieron conceptos, nociones, reglas, procedimientos relativos a la existencia de leyes fundamentales contentivas de cláusulas referidas a la separación de poderes, del reconocimiento de derechos individuales y la superioridad de una constitución escrita.

Fue creada una ficción que se constituyó en una falacia; incluyeron en sus preámbulos, que esas Cartas Magnas fueron originadas, ordenadas y otorgadas por el poder popular. No tuvieron en cuenta, que la esclavitud que siguió vigente, cosificó a las personas que, por virtud de la injusta ley, carecieron de derechos y ni siquiera pudieron hacer prevalecer los más importantes como la libertad, igualdad y la vida.

Es decir, ese argumento infundado se muestra con toda fuerza, porque en el territorio continental de Francia, en la época de 1779, sí fue abolida la esclavitud; lo que no pudo

afirmarse de su otro par de inspiración ideológica como fuente de los Neogranadinos, la Confederación americana.

Dicha declaración carece de contenido sustancial que la soporte, es decir, producto de la violación y vulneración de los derechos denominados hoy fundamentales. Aunque esos ya estaban contenidos en la declaración de los derechos del hombre, traducidos por el señor Antonio Nariño.

Esa situación muestra limitaciones objetivas, para que sea adecuado afirmar que, en la época, se esté presente ante la democracia, constitución, constitucionalismo y Estado de derecho esencialmente.

Esta afirmación tiene sustento en la existencia, permanencia, prevalencia y defensa de los derechos fundamentales, sin límites o condicionamientos a ninguna persona, como esencia viva de la justificación y permanencia de los mismos. Al hablar de derechos fundamentales debe atenderse según Luigi Ferrajoli<sup>36</sup>, *su carácter universal, es decir, la universalidad de los derechos fundamentales, es ser conferidos a todos.*

Además, según Guastini,<sup>37</sup> *que se les pueda ejercer sin ningún condicionamiento o límite por razones étnicas, ideológico-religiosas, económicas, culturales, etc., entonces sabemos que los derechos están normados consuetudinariamente o por escrito.*

En el caso colombiano, en la tradición de Ley Civil, cuando fueron expedidas las cartas fundamentales de forma escrita, se buscó importar reglas de prestigio de Estados o Repúblicas consolidadas. En ese momento, por lo analizado, no se tuvo en cuenta la estructura de Estado y forma de gobierno a determinar; de tal manera, que fueron refundidas formas de Estado federal y central.

---

<sup>36</sup> FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. 3 ed. Madrid: Trota, 2007. p. 59

<sup>37</sup> GUASTINI, Ricardo. Tres problemas para Luigi Ferrajoli, los fundamentos de los derechos fundamentales. 3 ed. Madrid: Trota, 2007, p. 61

En esa combinación, el poder judicial era un ápice del ejecutivo, esto produjo choques en el modelo estatal, ejemplo de ello son las Constituciones de El Socorro, promulgada en agosto de 1810, de Cundinamarca, promulgada el 4 de abril de 1811 y de Tunja de diciembre de 1811.

Ese proceso de expedición de Constituciones, estuvo precedido por el resultado de confrontaciones militares, entonces por cada batalla, una carta fundamental. En ese orden de ideas, afirmar que la expedición de cartas magnas desde la Nueva Granada en 1810 hasta 1863, fue el resultado de un proceso social incluyente y derogación de todas las limitaciones a los derechos civiles y políticos del total de la población, se constituyó en una falacia.

Como ha sido manifestado esa declaración es inadecuada, es decir, producto de la violación y vulneración de los derechos civiles y políticos, contenidos en la declaración de los derechos del hombre, lo que mostró limitaciones. Esa consideración de derechos civiles y políticos fue determinada a segmentos de la élite latifundista y comercial. Y que en sentido estricto de la teoría y del derecho constitucional careció de los requisitos para ser constitución.

Como bien lo expresa R. Guastini,<sup>38</sup> *no siempre los principios generales contenidos en una carta magna son considerados como normas jurídicas genuinas*, con carácter vinculante y jurídicamente eficaces para todos los destinatarios. Con ello, correlacionamos efectivamente la capacidad de producir efectos jurídicos, es decir, que la disposición constitucional genere un efecto de inoponibilidad o sea erga omnes; caso en especial que, en la época bajo estudio y análisis no se produjo.

Aunque en esencia, para la época existió confusión en la división de poderes y de su funcionalidad por competencias, es claro que las cartas expedidas entre 1810 a 1811

---

<sup>38</sup> GUASTINI. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. Óp. cit. p. 62



inclusive, refundieron muchos conceptos referidos a la forma de Gobierno, el régimen político y el carácter de la República.

No es menos cierto que la caracterización de los derechos fundamentales debía estar claramente establecidos, así lo afirma Fix-Zamudio,<sup>39</sup> *que los organismos legislativos están en la obligación de tomar en consideración las normas fundamentales.*

Esa constitucionalización del ordenamiento jurídico, requiere del lleno de unas condiciones, que cumplidas reflejen que en la época del republicanismo de La Gran Colombia, existió que lo que en voces de Guastini<sup>40</sup> es, *la aplicación de grados de constitucionalidad.*

El procedimiento para la reforma de la Carta, determina su carácter de constitución rígida o flexible, es decir su reforma debía surtirse en este caso por el Poder Público Legislativo. Otra de las condiciones, fue el control de constitucionalidad de las normas legales que desagregaron los postulados constitucionales.

En el estudio de las diferentes cartas, proferidas por las provincias en la época, se determinó la confusión de ese control en cabeza de los poderes públicos ejecutivo, legislativo y judicial.

Esa confusión fue producida en una mixtura que no permitió identificar claramente la escisión de los poderes públicos, lo que refundió esa función atribuida en forma exclusiva al Poder Público Judicial. Los casos hallados quedaron contenidos en las constituciones de El Socorro 1810, Cundinamarca y Tunja de 1811.

Posteriormente con la expedición de las constituciones de Antioquia de 1812, Cartagena de 1812 y Mariquita de 1815, se aplicó en debida forma la separación de poderes públicos. Desde allí se atendió la fórmula clásica, así es identificado de forma clara el Poder Público Judicial con la Suprema Corte de Justicia, a la Alta Corte de Justicia, y a los juzgados de

---

<sup>39</sup>FIX-ZAMUDIO, Héctor. Interpretación constitucional, lineamientos esenciales de la Interpretación Constitucional. México: Porrúa-Universidad Autónoma de México, 2005. pp. 537-575

<sup>40</sup> GUASTINI. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. Óp. cit. p. 62

primera instancia. Como se indicó precedentemente estas constituciones lograron dar aplicación en forma coherente al modelo de la separación de poderes.

La condición referida a la fuerza vinculante de las normas constitucionales que debe estar radicada en cabeza del Poder Público Legislativo, se confunde en el período de la promulgación de las primeras cartas que corresponden a las provincias de El Socorro, Cundinamarca y Tunja. En el segundo período, se da paso al establecimiento clásico del Poder Público Legislativo para expedir leyes con fuerza vinculante.

Aunque es importante connotar que el Código Civil, en su Título Preliminar por mandato de lo contenido en la Ley 57 de 1887, que tuvo el carácter supralegal, dispuso en su artículo 4° que, con arreglo al artículo 52 de la Constitución de la República de 1886, declaró incorporado en el texto de la obra mencionada, la Ley 92 desde el 26 de mayo de 1873<sup>41</sup>, con el criterio de interpretación por el Poder Público Legislativo así: “La interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, solo corresponde al legislador”

Esa es la única norma de la época del republicanismo que le atribuyó la condición de interpretación con criterio de autoridad al Poder público legislativo. Entonces ese papel estabilizador de la carta fundante, en el establecimiento de un sistema de principios, derechos, deberes, valores y garantías denominado Estado de Derecho; no reunió en estricto sentido, los requisitos esenciales para dar paso al constitucionalismo colombiano.

Al hablar del constitucionalismo colombiano, debió ser dispuesta cuidadosamente la aplicación de tales reglas y preceptos, ya que un requisito esencial como se vio; es que los derechos fundamentales sean en palabras de Ferrajoli,<sup>42</sup> *universales, jurídicamente eficaces, efectivos, inoponibles y con carácter vinculante.*

---

<sup>41</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 92. (31, mayo, 1873). Por la cual se cede al Estado de Cundinamarca temporalmente, el uso de una parte del convento del Carmen. Santafé de Bogotá: El Congreso

<sup>42</sup> FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. 3 ed. Madrid: Trota, 2007. p. 59

Como bien lo expresa al referirse Maihofer,<sup>43</sup> a *los principios de una democracia en libertad*, que los regentes del nuevo estado de cosas ató sus postulados a las nacientes banderas francesas de la soberanía popular. Lo que nunca se indagó era que entendían los neogranadinos de la élite por soberanía popular.

Esos conceptos como se pudo apreciar fueron expresados en un sentido diferente, a su concepción primigenia, en la que fueron contruidos. Entonces la idea del contrato social de Rousseau, fue tomada y aplicada de forma diferente, generando un claro marginamiento.

En esencia, de haber sido contruidas en debida forma las declaraciones contenidas en las Constituciones de la época, el Estado constitucional, el pensamiento jurídico estatal en la construcción de la democracia en libertad, debieron dar vida a cuatro principios esenciales; a saber: Libertad e Igualdad por un lado, por otro los de Legitimidad y aplicación de la separación de Poderes, esa combinación produce una verdadera democracia participativa y fundante en la idea de la constitucionalidad.

El establecimiento, desarrolló y dio permanente aplicación de esos principios, tuvo su génesis en oponibilidad al monarca absolutista, en la formación del Estado moderno, ese que estableció claramente la existencia de la tridivisión de los poderes públicos. Que debieron estar separados con funciones diferenciadas y segregadas, donde el sistema de pesos y contrapesos garantizó su permanente autocontrol y control de poderes entre sí.

Ello hubiese permitido la indisoluble construcción de una democracia liberal, social y republicana. Entonces, la construcción de las cartas supremas en la época, fueron parcialmente enarbolados los principios del republicanismo en la Nueva Granada, apoyados en la ideología, teorización sobre política y organización del Estado.

---

<sup>43</sup> WERNER, Maihofer. Manual de derecho alemán, Principios de una democracia en libertad. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001. p. 222-245.

También, procuraron el establecimiento favorable a la producción de bienes de exportación/importación con un régimen arancelario, que no limitara ingresos/utilidades y rendimientos de su actividad agrícola y comercial. A la par se dio la separación de poderes y la limitación del poder político a través de constituciones escritas, creando un sistema jurídico que contenía componentes de la institucionalidad peninsular, francesa y de la Confederación de los Estados Unidos de Norteamérica.

Ese sistema jurídico agrupa las estructuras y las formas de funcionamiento de las instituciones encargadas de la aplicación del derecho, lo anterior varía de acuerdo al sistema jurídico, es decir, que cada uno de estos sistemas tiene unas características especiales.

Al referirnos al control fiscal en la época, su génesis filosófica, fue hallada en el texto del artículo 14 de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789.

“Artículo 14. Los ciudadanos tienen el derecho de comprobar, por sí mismos o a través de sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de aceptarla libremente, de vigilar su empleo y de determinar su prorrata, su base, su recaudación y su duración”<sup>44</sup>

Históricamente la función de control fiscal, ha tenido tres tendencias o escuelas en el mundo; la colegiada, que es aquella que está dirigida por tribunales o cortes de cuentas originaria del sistema jurídico de Ley Civil.

Otra son las auditorías generales de raigambre británica originaria del sistema de Ley Común y, la Contraloría con un solo nominador, cuyo origen está en la Confederación de los Estados Unidos de Norteamérica. Ese es el sistema actual en la América Latina.

---

<sup>44</sup> ASAMBLEA NACIONAL FRANCESA. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. 1789. FMM Op cit.

Es importante detenerse en este punto para analizar las tres formas de control, como quiera que en esencia son parte del sistema de pesos y contrapesos, su composición y ubicación en la estructura del Estado. Esas formas no siempre estuvieron ligadas a un solo poder público, hicieron parte del Poder Público Judicial o a otros órganos de control de carácter administrativo, bajo la égida de los poderes públicos legislativo o ejecutivo.

Los primeros, tienen mayor preponderancia en el accionar frente a la autonomía e independencia. Los segundos, pueden ser objeto de límites que condicionan su misión, ya sea por subordinación o adscripción a unos o todos los poderes públicos del Estado.

En el Sistema de Ley Civil las normas jurídicas son reglas de conducta ligadas a preocupaciones de justicia y moral. Los diferentes derechos, pertenecientes a esta familia, considera Cuadrado,<sup>45</sup> *se elaboran por razones históricas*. A fin de regular las relaciones entre los ciudadanos y las demás ramas del Derecho; se desarrollan partiendo de los principios del Derecho civil, es decir en principio una concepción Iusprivatista del derecho y por tanto de raigambre individualista.

Así expuesto es de afirmar que, en esa época, en ese sistema jurídico, la jurisprudencia no tuvo fuerza normativa, sino que simplemente se limitó interpretar la norma. Es decir, el imperio de la ley superaba con creces el esfuerzo de adecuar la norma a los casos particulares, para hacerla tangible, dúctil y capaz de resolver cada problemática.

Ejemplo de ello lo establecido en el Código Civil colombiano, en donde las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas, es decir, efectos interpartes. Entonces, este sistema jurídico, tiene como característica en su origen ser apegado a disposiciones contenidas en códigos de normas. Asociados, en principio a métodos de interpretación, como el exegético, el gramático y por

---

<sup>45</sup> CUADRADO G, Nuria. Diferencias entre los Sistemas Romano-Germánicos (Civil Law) y de Ley Común y su Repercusión en la Inteligencia Artificial. Revista Electrónica de Metodología e Historia del Derecho Número II. 2005.

excepcionalidad el histórico, pero es importante relieves que lo que impera son reglas de inferencia.

Desde la colonia a la Colombia de 1872, se le dio predominancia total, a la ley sobre la costumbre y la jurisprudencia. Ejerció su poder la fuerte influencia del derecho Romano-Germánico, traído por los peninsulares; posteriormente el derecho francés, con la adopción del Código Civil de Bello de 1872, cuyo antecedente más cercano fue el Código de Napoleón 1804. Esa normatividad fue adoptada en Colombia, así:

Artículo 17 del Código Civil colombiano (...) las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es por tanto prohibido a los jueces proveerlo en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria.<sup>46</sup>

La concepción del modelo de Ley Civil está contenida en la actual Carta Política de 1991, artículo 230<sup>47</sup> dispone que:

“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”.

Por otro lado, la Ley Común es un sistema jurídico que tiene origen en la costumbre inglesa y que según Taruffo,<sup>48</sup> *es un sistema jurídico que le da un papel preponderante a la jurisprudencia*. En esa concepción las reglas de derecho se construyen desde el precedente judicial, en efecto los jueces fundamentan sus decisiones en jurisprudencias anteriores, para argumentar sus fallos. Con esas decisiones se crean sentencias de unificación, de sala plena y las especializadas de salas menores.

---

<sup>46</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-461 [M.P. Nilson Pinilla Pinilla] (17, julio, 2013). Bogotá: Expediente: D-9446.

<sup>47</sup> COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia 1991.

<sup>48</sup> TARUFFO, Michelle. El proceso civil de "Civil Law": Aspectos fundamentales. Revista Ius et Praxis. 2006, Vol. 12, 1, p. 69

Asimismo, la dinámica del derecho ha llevado a que en América latina en general y en Colombia en particular, de nuevo fueran introducidas a mediados del siglo XIX desde Francia, la denominada jurisprudencia constante y desde España, la doctrina legal. Esto empieza a darle un papel importante en el derecho a la Jurisprudencia, sin llegar al extremo de constituir el gobierno de los jueces. Es decir, se busca una posición ecléctica.

La importancia que cobra la jurisprudencia es que se constituye en la parte más dúctil del derecho; lo moldea y explicita para cada caso particular; en ese contexto la jurisprudencia entra a suplir los vacíos de la ley. Entonces la ley entra a cumplir un papel rector en materia de deberes, obligaciones, principios, valores y derechos.

Los sistemas de formación e interpretación del derecho mencionado, han permanecido para testimoniar nuestra historia constitucional, asimismo influyeron en su momento, para que los poderes públicos adoptaran posición y partido por uno y otro, ello es aseverado con las reformas constitucionales ocurridas con los actos legislativos desde 1903 hasta 1986.

En cuanto al sistema denominado Contraloría, cuyo origen está en la federación de los Estados Unidos de Norteamérica, modelo actual de aplicación en la América Latina, del cual podemos rastrear su historicidad desde la Declaración de Derechos de 1789, donde se inicia el proceso que consolidará a futuro la constitucionalización, a través de la escisión de las relaciones entre el parlamento inglés y el Rey. Situación que consolidó su poder, al aprobar la Ley de Reconocimiento como un acto jurídico normativo.

En ese momento histórico, los colonos aceptaban el sistema jurídico de Ley Común y considera Vila<sup>49</sup> que *ante los abusos de la corona invocaron las teorías del Iusnaturalismo de John Locke, como derechos adquiridos antes de la instauración de la monarquía*. El gobierno de las colonias continuó su proceso de emancipación ante la necesidad de crear un derecho diferente a la Ley Común.

---

<sup>49</sup> VILA C., Iván. Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo. 2. Bogotá: Legis, 2012. p. 39

Para legitimar y respaldar su naciente orden, crearon un derecho superior que en consecuencia, se constituyó en el derecho de revisión judicial. Desde la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de América en 1776, el derecho superior de la revisión judicial se hizo autónomo, dejando de lado los preceptos de la Ley Común. Esa emancipación determinó la creación de normas propias para su administración.

Con el devenir histórico, el constitucionalismo de los Estados Unidos de América comenzó a diferenciarse del inglés, cuando estableció una Constitución escrita y codificada, revestida de rigidez y de supremacía.

Dándole a esa y al control judicial de constitucionalidad, la condición de supralegalidad; lo que dejó de lado la arbitrariedad del monarca. Estableciendo desde entonces la división de poderes, con ello se dio paso al principio de legalidad, según el cual el gobierno de la ley sustituye al gobierno de los reyes.

En materia de control fiscal, desde ese hito iniciaron la transformación, de la institución de las auditorías generales, de raigambre británica o de Ley Común, para dar paso al actual rol de la Contraloría. En palabras de Wills,<sup>50</sup> *La naciente institucionalidad se encontraba atrapada por las concepciones, reglas jurídicas y usos sociales del sistema de Ley Común*, origen de las tensiones entre poderes y autoridades; marcos que crearon una cultura en las colonias que con el tiempo cambió.

Mientras en Colombia, los constituyentes de 1886 buscaron luego de sucesivas guerras civiles, consolidar un Estado fuerte y centralizado que garantizara la existencia de una patria colombiana. Y los conceptos de esa unidad, encabezada por el presidente de entonces Rafael Núñez M., con el apoyo de una coalición conservadora.

---

<sup>50</sup> WILLS, María Emma. La convención de 1821 en la Villa del Rosario de Cúcuta: Imaginando un soberano para un nuevo país. historia crítica. Universidad de los Andes, Facultad de ciencias Sociales-Departamento de Historia, 1998, 17. pp. 105-139



Estas reformas fueron producto de la dinámica de los partidos políticos considera Ribeiro,<sup>51</sup> *desde la coasociación, connivencia, hasta el enfrentamiento bélico*; ello generó la división y enfrentamientos internos y entre los partidos tradicionales de la época. Después de ese aciago período, se produjo su cartelización, desde ahí la forma de repartición de todos los recursos públicos en proporciones iguales determinaron un espacio que creó ese estado de quietud en toda la institucionalidad. Siendo inoperante el control fiscal.

La violencia partidista ha sido constante en Colombia, con periodos desde 1930 a 1942, de 1948 a 1954, en el año 1957, los partidos tradicionales llegaron a un acuerdo para poner fin a la violencia y formaron una coalición llamada el Frente Nacional. Mediante este acuerdo los dos partidos propusieron apoyar a un único candidato presidencial y se dividieron todos los cargos oficiales por igual. De esta manera se logró la paz bipartidista por 16 años.

Ya en 1968, en pleno auge del Frente Nacional se buscó matizar esa centralización unitaria a ultranza, con dominancia en lo político-administrativo-presupuestal y financiero, mediante la creación de entidades estatales que le apuntaban más a las figuras jurídicas de la desconcentración y delegación administrativas que a la descentralización administrativa. Pero que históricamente se han mostrado como una fortaleza de cara al proceso descentralizador en aras del desarrollo de la periferia.

Como puede observarse, la reforma sobre el tema de soberanía popular, voto programático y libertad para elegir y ser elegido, conservó las restricciones acordadas con el pacto de Benidorm, acuerdo signado entre el representante del partido liberal Alberto Lleras Camargo y el representante del partido conservador Laureano Gómez con el fin de poner término a la crisis sobre la paz bipartidista que existía en Colombia.

Claramente se redujeron las distancias ideológicas entre los dos partidos, para desde allí generar un escenario propicio para el desarrollo de estrategias de colusión. En ese sentido,

---

<sup>51</sup> RIBEIRO, Pedro Floriano. El modelo de partido cartel y el sistema de partidos de Brasil. Revista Ciencia Política. 2013, Vol. 33, 3. p. 607

tradiciones políticas de acomodación, negociación y arreglos institucionales consociativos; dieron al traste con la consolidación de un proceso de cultura ciudadana, control social y fiscal para la vigilancia de los recursos públicos ejecutados desde la gestión fiscal de la administración fiscalizada. Esta circunstancia, ofreció las condiciones favorables para un escalamiento en la corrupción en la época.

La institucionalidad del control fiscal, en el Estado de derecho de la época perdió toda su importancia como pilar fundamental en el sistema de pesos y contrapesos, y su lucha contra la corrupción e indemnidad del presupuesto público fue inane. Además el ejercicio fiscalizador, comprometió al máximo su autonomía e independencia, por cuanto era un obstáculo para la paz bipartidista. El reflejo de la indemnidad, defensa y resarcimiento del patrimonio público, fue quizás el más bajo en la historia de Colombia.

Entonces la política pública sobre la función contralora fue nula en el periodo de 1957 a 1974 época del frente nacional, su impronta fue excluir su ejercicio. Lo cual muestra una fractura en el sistema de pesos y contrapesos, desde el establecimiento del ejercicio funcional y sistémico de controles.

Se concluye que al no existir una adecuada evaluación de la gestión fiscal, no hubo en esencia control sobre la inversión de los recursos públicos, lo que suponemos consolidó la corrupción en la época; afectando con ello las condiciones de vida de todos.

Irrefutable consecuencia de una bien concebida organización burocrática, ávida de copiar modelos de gobierno, regímenes políticos y normas sin pensar en el contexto del país; además, con un aparato estatal centralizado político administrativamente, esta situación se consolidó contribuyendo al accionar de esa sociedad civil débilmente articulada, antes que a la búsqueda de su fortalecimiento.

En cambio, los partidos se articularon alrededor del aparato del Estado a través del clientelismo estatal que se empoderó en la riqueza pública y de todo lo que fuera

apropiable; lo que permanece como una constante histórica. De hecho, con el aumento real de las posibilidades de acceso a los recursos estatales, reforzando permanentemente las barreras que imposibilitaron la entrada de nuevos competidores en el plano político-electoral.

Discurrido ese periodo histórico, las condiciones sociales, impulsaron la realización de una convocatoria, en la cual mediante sufragio universal fue elegida e instalada la Asamblea Nacional Constituyente, que sesionó durante 6 meses y expidió la Constitución Política de 1991. Del periodo de 1991 hasta la actualidad, se siguen las hostilidades entre las fuerzas irregulares de las Bacrim, paramilitares, ELN y disidencias de las FARC.

Ahora bien, una vez expedida la Constitución Política de 1991, estableció en su contenido, para el Poder Público Judicial, la inclusión del precedente judicial, asignando a la ley el papel rector de sistema general de principios, valores, reglas, deberes, derechos y obligaciones.

Entonces la norma constitucional del artículo 243<sup>52</sup>, establece la aplicación del sistema de la Ley Común, que dispone que: las sentencias de la corte con ocasión del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada.

Hoy la teoría moderna del derecho no escinde estrictamente la aplicación de dichos sistemas, en Colombia. Con la escuela anglosajona, ha sido aplicado la forma oral en las jurisdicciones laboral y penal, también recientemente en la disciplinaria, de responsabilidad fiscal y especiales; por su parte el sistema de Ley civil mantiene su implementación en la jurisdicción contenciosa administrativa, civil y comercial.

---

<sup>52</sup> COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia 1991. Óp. cit.

Ello es indicativo que existe una teoría ecléctica, que permite la aplicación de las dos escuelas; sin que exista exclusión o contradicción del contenido de las decisiones de fondo vinculantes.

Es claro que lo manifestado precedentemente, se reafirma por esta disposición, en la que constitución y ley asumen el papel de conjunto de reglas jurídicas generales y específicas; siendo la jurisprudencia quien asume ese papel, de aplicación particularísima a cada caso concreto, haciendo dúctil el derecho, sea con efectos erga omnes o inter partes.

### **2.3 LA MISIÓN DE EDWIN KEMMERER**

En la época de la Nueva Granada, la Gran Colombia y en el establecimiento de la República, entre batallas y guerras, pervivió el sistema de control externo de la escuela de Ley Civil de inspiración romano/germánica con la integración de cuerpos colegiados de carácter jurisdiccional; ejemplo de ello son: el Tribunal Mayor de Cuentas (1819), la Contaduría General de Hacienda (1821 y 1832), la Dirección General de Hacienda (1824), la Corte de Cuentas (1847 y 1898) y la Oficina General de Cuentas (1850).

Promulgada la Carta de 1886, con su característica esencial, el centralismo político, se estableció un control político del ejercicio de la gestión fiscal del Estado. El cual se asignó al Poder Público Legislativo bicameral, ejercido por la Cámara de Representantes.

Sobre ese punto nos llama la atención que con la expedición de la carta fundamental se subordinó el control fiscal al Poder Público Legislativo.

Con la aprobación de la comisión Kemmerer, se decidió crear la Banca Central en Colombia, quienes detentaban el poder económico no aceptaron tal propuesta que cercenaba de tajo el manejo de procesos inflacionarios o hiperinflacionarios, según

Ibáñez,<sup>53</sup> *producto del acaparamiento, la usura y la especulación de valores, bienes y servicios en los mercados.*

El objetivo esencial de W. Kemmerer y su equipo, era organizar el sistema financiero del país, y establecer una serie de directrices, que generaran una estabilización del comercio exterior. Y que así dieran seguridad a los inversionistas extranjeros; la economía de Colombia en la época era agrícola, con los sectores caficultor y bananero, renglón de vanguardia en las exportaciones.

Sin embargo, la Primera Guerra Mundial afectó la economía colombiana, a través de una fuerte caída, en el comercio exterior del país. El sistema financiero colombiano era todavía incipiente, y la situación bancaria era bastante precaria: la regulación era escasa, no hubo suficiente respaldo gubernamental para los bancos; y ningún tipo de coordinación entre las diferentes instituciones financieras. De tal forma que cada una contaba con sus propias reservas y enfrentaba sus propias dificultades.

Por otra parte, cada vez se hacía más evidente la necesidad de tener acceso al mercado de capitales norteamericano, no sólo por parte del gobierno sino también por parte de los empresarios, industriales y el sector cafetero; el cual dependía en parte de créditos obtenidos en el exterior.

Para ese propósito, era necesario contar con un banco central que generara estabilidad a la moneda colombiana, sin embargo, el lento crecimiento económico, que había presentado el país durante las dos primeras décadas del siglo XX; así como la difícil situación de orden público, expone Ibáñez,<sup>54</sup> *impidieron la consolidación de una verdadera autoridad monetaria.*

---

<sup>53</sup> IBAÑEZ, Jorge. El Banco de la República y su regulación Actual: Naturaleza. [aut. libro] Adolfo MEISEL y Jorge IBAÑEZ. El Banco de la República: Antecedentes, Evolución y Estructura. Bogotá D. C.: Banco de la República, 1954. p 58

<sup>54</sup> IBAÑEZ, Jorge. Óp cit p 59

A la par con todos estos acontecimientos, la estructura de la población colombiana estaba cambiando rápidamente, la industrialización había impulsado un éxodo rural, que produjo una gran expansión de los centros urbanos. Esto llevó, a que se hiciera cada vez más necesario, un incremento en el gasto público, particularmente en la inversión en una infraestructura, que respondiera a las necesidades de la nueva sociedad que se estaba forjando.

La misión económica del profesor Kemmerer, tuvo un carácter homogeneizador en Latinoamérica, este autorizado bajo el cargo de comisionado de comercio de los Estados Unidos de América, ejecutó tal misión. Una vez enterado, de las principales dificultades financieras que enfrentaba la región, creyó solucionar el problema con: La creación de los bancos centrales de Colombia (1923), Chile (1925), Ecuador (1926–1927), Bolivia (1927) y así como la reforma realizada al Banco Central de Perú en 1931.

La institucionalidad, debió acoger las recomendaciones de la misión. Examinadas las condiciones de restricción en la emisión de papel moneda, hubo un retiro masivo de fondos de los principales bancos del país; por parte del público, ante el inminente incumplimiento de sus obligaciones.

Y fue en ese momento, que la reacción de pánico facilitó, la aceptación por parte de las autoridades de las ideas de Kemmerer, quien sugirió que la creación del Banco de la República debía hacerse cuanto antes.

La Misión concretó los siguientes proyectos, que luego el Poder Público Legislativo convirtió en leyes entre otras la Contraloría, que transformó la antigua corte de cuentas en la Contraloría General de la República.

Mediante la Ley 42 de 1923 operó un cambio doctrinal pasando del sistema de Ley civil y acercándose al sistema de Ley Común con énfasis en procesos de auditoría, y sus funciones

comenzaron a girar en torno a operaciones contables y administrativas, centrando su labor de control sobre el manejo presupuestal.

Así, fue creado el Departamento Administrativo de Contraloría, como órgano encargado de verificar la legalidad de los actos de gasto público y luego, a partir de 1932, facultado también para llevar a cabo el control previo y perceptivo en los procesos de contratación estatal.

Es preciso anotar que, cuando Kemmerer, fue contratado para la creación de la banca central pública y paralelamente de las contralorías en América latina, se diseñó un modelo en el cual la relación de estos órganos autónomo y de control, con los poderes públicos del Estado eran vinculantes. Así se diseñó la banca bajo la dirección del poder público ejecutivo y el control fiscal subordinado al poder público legislativo.

Hubo una segunda Misión Kemmerer en 1930, su objetivo en esta ocasión fue estudiar y a sanear las finanzas públicas, previa solicitud del Presidente Olaya, quien le explicó los problemas económicos del país para la época, aspectos que requerían una pronta atención.

Con esa segunda misión Kemmerer, amparado por las recomendaciones formuladas, el gobierno profirió el Decreto 911 de 1932, con el que reformó la Contraloría. Asignándole así más competencias fiscalizadoras, como, por ejemplo, la de cooperación con los jueces en los delitos contra el tesoro, pudiéndose extender esta potestad a los niveles departamental y municipal.

La Misión Kemmerer, no solo se vivió en Colombia, sino que también se llevó a cabo en todos los países de Latinoamérica.

## CAPITULO II

### 3 SISTEMAS DE CONTROL FISCAL

“La historia ofrece el medio mejor de preparación para los que han de tomar parte en los asuntos públicos”<sup>55</sup>

El presente capítulo busca presentar los sistemas de control fiscal actuantes en la historicidad desde los hechos y relaciones ocurridas; con ocasión del virreinato de la Nueva Granada, la irrupción de La Gran Colombia; así como la aparición y consolidación de la República de Colombia, hasta el actual rol de los organismos de control fiscal.

Aquí es motivo de análisis, cuál ha sido la evolución de la función fiscalizadora en lo relacionado con su autonomía e independencia, respecto de los poderes públicos del Estado y demás órganos autónomos y de control. De igual forma, la escisión entre poderes públicos y control fiscal, desde los límites del control político del Estado.

Ergo en este capítulo, se realiza el análisis de las dos teorías jurídicas que originan en occidente los diferentes sistemas estructurales desde lo jurídico-normativo y en consecuencia la creación de la función de inspección, control y vigilancia, como una expresión del equilibrio constitucional desde la separación de poderes; en la consolidación del sistema de pesos y contrapesos en el Estado de derecho y democrático de derecho.

Eso nos permite debatir lo referido a los orígenes, causas y efectos de las tensiones ocurridas entre poder público legislativo y control fiscal; en los países donde ha sido implantado con sistemas originales, como cortes y tribunales de cuentas de clara inspiración de la escuela de Ley Civil de raigambre romano-germánico.

De igual forma, se trata el sistema colegiado de control fiscal de Ley Común, de influencia anglosajona, con interpretación y aplicación casuística desde la jurisprudencia, con

---

<sup>55</sup> Polibio



preponderancia del precedente judicial. Que dio origen al otro sistema de control fiscal, mediante la auditoría gerencial.

Además, se analiza el sistema concebido en los Estados Unidos desde la independencia de 1776, con su mutación jurídica, y que creó el modelo de Auditoría Gerencial, implementado en Colombia y toda la América de 1923 a 1924.

Nos proponemos examinar los elementos comunes, individuales y opuestos en cada uno de los tres sistemas existentes sobre la materia como parte del ejercicio de análisis. Esto permitirá escudriñar al interior de cada uno, lo que facilitará el aporte de elementos de juicio, para la construcción de la estructura discursiva del actual sistema de control fiscal en Colombia, a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991.

Es pertinente, hacer la salvedad de que en esta investigación en lo que refiere a este apartado, no versa sobre un estudio de derecho comparado.

Ahora bien, el control fiscal varió de la salvaguarda de dineros privados del monarca, a la evaluación de la gestión fiscal del Estado. Bajo el supuesto teórico de la prevalencia del interés general, cobrando con ello una importancia estratégica.

En la historia de Colombia y de la América moderna, podemos definir el control fiscal, como una institución que pretende establecer criterios de defendidad y de la correcta inversión de los dineros provenientes del erario. Esto a través de la fiscalización de las operaciones desarrolladas por el Estado y las realizadas por la hacienda pública nacional; para mantener incólume la indemnidad del presupuesto público.

En el contexto colombiano, la aplicación del sistema de Ley Civil, lo podemos ubicar en el período de 1898, con el restablecimiento de la escuela Románico-Germánica de la Corte de cuentas, cuerpo colegiado de diez (10) magistrados para un período de cuatro años, situación que se mantuvo hasta 1923.

La auditoría administrativa se origina en Inglaterra dentro del sistema de Ley Común, esta forma de auditar es colectiva. Posteriormente fue modificado en el período de la revolución del Estado confederado en los Estados Unidos de Norteamérica, bajo la influencia del liberalismo francés y el republicanismo estadounidense; predominando este último y dando como resultado la auditoría o contraloría.

Su implementación marca un hito homogeneizador dando paso desde 1923 a la contraloría. A partir de ese momento hasta hoy se consolida este sistema de control fiscal.

### **3.1 SISTEMA GERENCIAL DE CONTROL FISCAL**

#### **3.1.1 Caso de estudio contraloría y auditoría en Reino Unido**

Con el nacimiento de la República Romana, se establecen las Magistraturas con la intención de implementar un ordenamiento democrático desde lo institucional, investido de autoridad para la emisión de decisiones definitivas, con fuerza de cosa juzgada sobre los asuntos a su cargo.

En el período del Imperio Romano, el emperador mediante sus burócratas imperiales, ejerció multiplicidad de actividades contenidas en procedimientos de control y fiscalización, destacando: las funciones asignadas a los procuradores, quienes ejercieron funciones de tipo administrativo relacionados con la hacienda pública.

Otros fueron los auditores, que recibían las impugnaciones contra las decisiones de fondo pronunciadas en juicios, los intervinidores, precedente de los interventores, quienes actuaban en los asuntos a su cargo impartiendo decisiones de fondo en los asuntos de su competencia.

Los fiscalizadores, eran los encargados de procurar y promover la defendidad del fisco, a través del adelantamiento de indagaciones o delaciones, de las operaciones de los particulares, fuera del ordenamiento jurídico establecido para tal propósito.

Pero es sólo hasta la época del renacimiento, que el derecho romano es estudiado en forma particularísima por los imperios en boga, a saber: francés, español e inglés. Este suceso influye sobre los territorios ocupados y los procesos colonizadores, determinando la imposición de las reglas de esos ordenamientos jurídicos, territorios de los cuales Colombia hizo parte.

En consecuencia, las fuentes de información del derecho colombiano en particular y de Latinoamérica en general, son el derecho napoleónico, español y anglosajón.

En los ordenamientos se aprecian diferencias sustanciales, mientras en Francia la codificación inspirada en el ideario napoleónico de 1804 conceptualiza y construye las figuras del comisario y el contralor; Inglaterra establece y desarrolla en el derecho anglosajón la institución del auditor. Es claro que en la época: la distinción o cargo de Contralor de la Oficina de Lord Chamberlain, en esencia sus funciones no guardan relación con el control fiscal moderno, sino relacionadas con el protocolo en ceremonias sociales.

España que fue territorio ocupado por Roma, le fue impuesto su tradición jurídica, la cual con el tiempo fue adoptada y se conserva esa vertiente expresada en su ordenamiento, que formula su categorización bajo la dirección del Derecho Romano. Posteriormente fue adicionado por la ocupación goda y visigoda, e influenciado por las costumbres de los pueblos germanos, es decir, España tiene dos fuertes componentes que dominan la tradición jurídica en Europa, exceptuando a Inglaterra.

Con la fundación y auge de la iglesia católica, respaldada por la coercitividad de los ejércitos y del tribunal de la inquisición, así como la construcción de un derecho muy detallado, cual es el Derecho Canónico adicionado al ordenamiento jurídico en especial al derecho penal.

En una etapa de maduración el derecho español, desarrolla su sistema jurídico desde donde se da origen a las figuras del Revisor y del Censor; posteriormente España y Francia establecerán las Cortes y tribunales de cuentas.

Con el discurrir de los estadios del esclavismo y el feudalismo encontramos en Inglaterra, la primera trazabilidad del constitucionalismo moderno, desde el contenido de la carta suprema de 1215. Esto fue producto de la oposición al poder sin límites de la monarquía; en el siglo XVII, el parlamento aparece como órgano de representación política que siguió la misma línea al aprobar varias leyes, ello para blindar y hacer efectiva de alguna forma la separación de poderes y asegurar límites precisos al absolutismo del monarca Estuardo.

Lo que en realidad estaba en pugna, era la repartición del poder. Gremios productivos y comerciantes, que representaban la población económicamente activa y, que participaban en el manejo del Poder público legislativo a través de las dos cámaras, la de los señores reservada a los miembros de la monarquía y la de los comunes a gremios y asociaciones.

Este actuar con el claro propósito de separar las autoridades, según sus competencias y funciones, permitió a Locke y Montesquieu formular la teoría de la separación de los poderes públicos. La revolución burguesa organizada por comerciantes dirigió la revocatoria a Jacobo II para establecer en el mando de la monarquía al bando regido por Guillermo de Orange, quien previo acuerdo con los gremios se comprometió a respetar la competencia y soberanía otorgada por la ley suprema al parlamento.

Desde ese acuerdo entre Poder Público legislativo y monarca, se marcó un hito con la declaración de la petición de derechos, pasando a tener mayor preponderancia el parlamento que el monarca. Con esa oportunidad histórica, la evolución del sistema mostró unidad de propósito y conllevó al fortalecimiento de la institucionalidad desde el Poder legislativo, que pasó a convertirse en el eje de la política inglesa.

Entonces, en la lucha por el espacio de consolidar en otros sectores de la economía, se aportó y heredó a la humanidad, el constitucionalismo moderno, con la creación del parlamentarismo como forma de gobierno, de representación política y de control al gobierno.

El sistema de Ley Común, es el formado en Inglaterra, en éste sistema jurídico, la fuente de creación jurídica más importante es la jurisprudencia, seguida de la ley, la costumbre y la doctrina. El fundamento ideológico deriva de la constante lucha por la creación de un Estado diferenciado al instituido por el monarca.

Se estableció el principio que se consolidó como idea de que las decisiones de toda autoridad, ha sido derivada del derecho y no del Estado personificado en el Rey. La ley fundamental, que es considerada la expresión de la soberanía popular, como principio constitutivo; considera que el único detentador legítimo del poder político es el pueblo.

Como características esenciales del derecho anglosajón, se destaca la existencia de una constitución con pocos artículos, refrendada e interpretada por la casuística contenida en las decisiones jurisprudenciales dictadas desde el Poder Público Judicial, que son de forzoso cumplimiento y hacen tránsito a cosa juzgada.

En la historicidad de las fuentes del derecho de algunos países y como se ha enunciado precedentemente, en la corriente o escuela denominada derecho anglosajón o de Ley Común, se les otorga mayor preponderancia a las decisiones judiciales, construyendo toda una línea jurisprudencial de precedentes, con sentencias hito y consolidadoras de línea, establecidas para cada jurisdicción o materia específica.

Este sistema tiene entonces como propósito fundamental la casuística, es decir cada tema es tratado en forma particular generando una doctrina obligatoria y con carácter de cosa juzgada.

Como ha sido concebido universalmente, la carta fundante entra a ocupar transitoriamente la posición del poder constituyente primario, único órgano legitimado que crea la Constitución, por ello se le identifica como la norma máxima dentro del ordenamiento jurídico del Estado.

El papel de la ley fundamental en el sistema de Ley Común, tiene como única preponderancia una constitución consuetudinaria. A través de la carta magna la nación, no sólo se organiza jurídica y normativamente, sino que declara en forma solemne los principios, deberes, obligaciones, valores, garantías y derechos superiores en los que cree el constituyente originario.

La característica esencial del sistema de control de Ley Común es la subordinación a la soberanía del poder público legislativo, reflejada en el parlamento. Rasgo que marca la diferencia con el Tribunal de cuentas francés. Pero su origen al igual que España y Francia, comenzó con el control de los dineros de propiedad del monarca.

Eso demuestra que, aunque se luchaba en el Estado constitucional contra el abuso del monarca, aún faltaba la ocurrencia de mucha práctica y acumulación de experiencias para perfeccionar las técnicas que volvieran exitosa las reglas constitucionales de la naciente teoría de la separación de poderes.

En desarrollo del derecho anglosajón, existe la figura del auditor más inclinado hacia lo que denominamos hoy como sistema de control interno para la detección y prevención de errores y fraudes, al que después fue dado valor agregado al integrarlo hacia la función fiscalizadora como ejercicio del control externo, pero conservando muchas diferencias con el sistema de Ley Civil.

Ese fue el primer paso hacia el establecimiento del ejercicio de la función contralora, cuyos inicios se dieron desde la actividad de servicios, empresarial y comercial privadas. *La auditoría como profesión, fue reconocida por primera vez bajo la Ley inglesa de sociedades anónimas de 1862,*<sup>56</sup> su fundamental propósito se orientaba al establecimiento y existencia de un sistema metódico y normalizado de contabilidad para una adecuada información y para la prevención del fraude.

---

<sup>56</sup> ENCICLOPEDIA FINANCIERA. Historia de la Auditoría. [En línea] s.f. [Citado el: 27 de abril de 2017.] Disponible en: <http://www.encyclopediainanciera.com/auditoria/historia-de-la-auditoria.htm>.

Esto inició con el auditor del erario desde 1314, posteriormente en 1559, fueron nombrados los Auditores de anticipos, estos auditores debían auditar los pagos realizados por el Auditor del erario. En 1780, ante el fracaso de los auditores de anticipo, fueron creados los Comisionados para la auditoría de las cuentas públicas.

De nuevo surgieron cambios en la función, desde 1834 *se institucionalizaron el Contralor de la hacienda pública, quien conjuntamente con los Comisionados para la auditoría de las cuentas públicas,*<sup>57</sup> que igual que los miembros de la Real audiencia española, eran servidores directos del monarca inglés, para controlar los dineros de propiedad del Rey, tributados por sus súbditos.

Con el crecimiento del Estado, en su estructura orgánica, como prestador de servicios y que proporciona bienes, también creció en Inglaterra el tamaño de los órganos de control financiero, *lo que terminó en procesos paquidérmicos tortuosos, permeó la función judicial y fue blanco de duras críticas;*<sup>58</sup> ni la nueva institución del Contralor de cuentas públicas del Estado pudo escapar a ellas.

Al momento de presentarse una colmatación de las actividades del ente de control financiero, desde el tráfico de influencias, poca eficacia, altos salarios y corrupción, se fundó el movimiento de la reforma económica encabezado por Burke. Para ese entonces, la figura del Contralor de cuentas públicas del Estado, dejaba de ser el protagonista principal en el proceso de fiscalización, hecho que facilitó la transición.

En 1832 surge el acto por el cual se examinaban y auditaban las cuentas públicas del Reino. Los obligados a rendir cuentas vieron el cambio, con un órgano más versátil, ágil y mucho menos costoso que la institución de los auditores. Muy a pesar del protagonismo del parlamento inglés, era claro que la supremacía en esa época era para el monarca y ello se confirma cuando la rendición de cuentas se efectuaba ante este último.

---

<sup>57</sup> *Ibíd.* p. 62

<sup>58</sup> *Ibíd.* p. 67

Esta situación cesó cuando se buscó darle entidad al control externo de las finanzas públicas, con un sistema bien intencionado donde su coherencia denotara la supremacía en materia de fiscalización, fue Gladstone su autor, en la década de 1860, quien además de ser el primer Canciller Contralor de la Hacienda Pública, implementa la figura de los comisionados auditores para las cuentas públicas del Reino.

Ellos basaban su examen desde la formación del presupuesto y las diferentes asignaciones en fondos públicos; a través de la elaboración de cuentas anuales por todas las dependencias del Estado. *Los resultados de tal evaluación eran de conocimiento directo de la Cámara de los comunes,*<sup>59</sup> sistema idéntico al trámite de las Cortes generales de España, siendo este último de la escuela opuesta.

El Departamento de Contraloría y Auditoría británicos, atribuyó al Contralor y Auditor general, las funciones de autorizar fondos públicos al gobierno provenientes de la banca pública inglesa, visado previo-control y la clásica fiscalización de las cuentas ejecutadas por el gobierno, con la imperiosa obligación de comunicar al poder legislativo.

El nuevo sistema de control actuaba autorizando el gasto público, bajo la figura de la coadministración, lo que supuso la expedición de leyes sobre presupuesto público; materializada con la evaluación de la contabilidad pública.

La estructura de los ministerios impidió la actuación de la contraloría, pero el proceso de centralización nacional acabó con la atomización que dispersó y refundió a los contralores. Esa centralización, permitió a la función fiscalizadora mayores niveles de especialidad y con ello el mejor despliegue de eficiencia y eficacia en su misión.

Esa evaluación a la contabilidad pública, aparejaba una responsabilidad de los servidores del Estado; entonces, se dieron potestades para la fiscalización de las operaciones financieras, dando traslado a las autoridades competentes ante la detección del fraude. *Su*

---

<sup>59</sup> *Ibíd.* p. 68



*función principal, fue la de actuar como tribunal de justicia siendo su función contralora, eminentemente judicial.*<sup>60</sup>

Y allí, se encontraba con el modelo de Ley Civil de Francia, Alemania y España. Esta actividad y función judicial se abandonó tempranamente, volviendo el control externo inglés a depender totalmente de la soberanía del Poder público legislativo.

Lo que se ha visto hasta ahora es indicativo de que los órganos de control externo en alguna etapa de su actividad tuvieron funciones judiciales, hasta en el modelo de Ley Común. Aunque después selló su característica administrativa, que esencialmente *en principio estuvo basado en la actividad judicial*,<sup>61</sup> en lo relacionado con la exigencia de responsabilidades; asimilando su actuar a su par de Tribunal de cuentas de Ley Civil.

Para el Reino Unido, la vigilancia a la gestión fiscal desplegada por los obligados a rendir cuentas acerca de las operaciones transadas sobre bienes, servicios, fondos públicos y demás recursos financieros vinculados al presupuesto público; es un tema de considerable importancia. Y su carácter estratégico deriva en que está directamente relacionado con el patrimonio de todos.

El sistema de Contralorías se establece como resultado de la necesidad de fiscalizar los dineros públicos, un apoyo fundamental en este propósito lo constituye *la oficina nacional de auditoría que no tiene regulación constitucional*.<sup>62</sup>

Entonces tenemos que, el Contralor general o Contralor y Auditor general es en la mayoría de países de la comunidad británica, *el auditor externo de la ejecución del presupuesto del gobierno y de las empresas de propiedad del gobierno*.<sup>63</sup> Pero en la gestión empresarial, la

---

<sup>60</sup> VALLES, Óp cit. p. 65

<sup>61</sup> *Ibíd.* p. 66

<sup>62</sup> THE NATIONAL AUDIT OFFICE [NAO]. The National Audit Office. [En línea] s.f. [Citado el: 15 de marzo de 2017.] <https://www.nao.org.uk/about-us/>.

<sup>63</sup> ENCICLOPEDIA FINANCIERA. Óp. cit.

Contraloría se acerca más a un director ejecutivo de auditoría, con un cargo de responsabilidad en las funciones de auditoría interna.

En general, el título incluye una variedad de funciones, desde la supervisión de la contabilidad y la vigilancia de los controles internos para refrendar los gastos y compromisos, llevando incluso a refundirse con *el interventor, denominado también Contralor o el Oficial de Control Financiero*.<sup>64</sup> Que cumple el rol de experto en contabilidad/auditoría en una empresa que supervisa la contabilidad, la aplicación y el seguimiento de los controles internos, independientemente del Contador General o el Director Financiero.

Existe a nivel legal la Oficina Nacional de Auditoría (NAO), que la integran el Contralor y Auditor General, que son oficiales designados por la Cámara de los Comunes. Para el caso de Escocia, “(...) existe una Auditoría independiente del gobierno inglés y los gobiernos locales, en el caso de Gales se establece la Sindicatura de Cuentas, para la República de Irlanda del Norte, existe el Tribunal de Cuentas”<sup>65</sup>

La NAO no audita el gasto público del gobierno local, la gestión fiscal de los gobiernos descentralizados en el resto del Reino Unido, está a cargo de la comisión de auditoría.

En ese orden de ideas, la NAO se encarga en representación del Poder público legislativo inglés de examinar, evaluar y conceptuar, en forma posterior la gestión fiscal desplegada por los sujetos de control, para la ejecución del gasto público. La Oficina Nacional de Auditoría, examina la gestión de los departamentos y organismos gubernamentales, salvaguardando así los intereses de los contribuyentes. El objetivo de la función fiscalizadora es contribuir a mejorar la prestación de los servicios a cargo del gobierno.

---

<sup>64</sup> *Ibíd.*

<sup>65</sup> THE NATIONAL AUDIT OFFICE (NAO). “La supervisión ejercida por la NAO se lleva a cabo por una comisión parlamentaria, la Comisión de Cuentas Públicas, que designa a los auditores externos y escudriña nuestro desempeño”. *Óp. cit.*

En este sistema, como se ha venido manifestando, no tiene cabida la función coadministradora, por tanto, no se puede actuar en calidad de asesor en las decisiones concretas que el gobierno adopte. Menos aún participar en la formación, vigilancia y trámite del presupuesto público.

En Colombia, la aplicación de sistema gerencial de auditoría, no se dio. Se da aplicación al de Contraloría, este se inicia desde 1821, cuando la función fiscalizadora es llevada a rango constitucional con la Ley 6 que crea la Contaduría general de hacienda de la República, con facultad para examinar y fenecer las cuentas.

En marzo 7 de 1853, dentro del texto de la Constitución de la República de la Nueva Granada denominada de centro federal se consagró la elección popular de contralores esto se acentúa luego en la constitución de 1858, para culminar el proceso de descentralización política en la constitución de 1863.

Los actos preparatorios para esa carta se acordaron desde 1849, se delimitaron fronteras doctrinarias desde la concepción del Estado y libertades públicas, con Murillo y Caro Tobar/Ospina. Se adopta el sistema unitario y se crea la organización territorial, como en la historicidad de Colombia la guerra determinó, su extinción raudamente, con la ocurrencia de la proclamación de la Constitución federalista de 1863, para concluir en la Carta de 1886, con el centralismo político.

En 1923, con la misión Kemmerer, se buscaba establecer una banca pública que pudiera desde el Estado garantizar el pago de la deuda externa pública, manejo de la inflación, control de emisión de papel moneda y establecimiento del dólar como tasa representativa del mercado.

Esto finalmente, aconteció en toda la región y además privilegió el sistema financiero del país, a través del establecimiento de una serie de directrices que generó una escalada hacia el comercio exterior y dio seguridad a los inversionistas extranjeros.

Con ese propósito fueron reordenadas las finanzas públicas, envueltas en una profunda crisis, producto de la corrupción e inadecuado manejo de los recursos públicos. Todo ello a causa de las batallas partidistas de principios del siglo pasado; lo que a su vez generaba la inestabilidad social y económica.

La consecuencia de todo el proceso desembocó en la expedición en 1923, de la Ley 42 que organizó la contabilidad pública y dio paso a la creación de la Contraloría. La contraloría comenzó a funcionar el 1° de septiembre de 1923, año de entrada en vigencia de la Ley 42. La designación del Contralor correspondía directamente al Poder Público Ejecutivo.

Las atribuciones que la ley dio a la Contraloría fueron las de revisión e inventario de bienes de propiedad estatal, además de examinar y verificar las entradas y licenciamientos de personal de fuerzas militares y de policía.

En 1932, se busca darle un mayor nivel de especialidad, razón por la cual con el Decreto 911, se organiza como Oficina de contabilidad y Control fiscal. A partir de allí se determinan procedimientos destinados a generar herramientas jurídicas, técnicas y coercitivas; con la finalidad de que el Estado rinda cuenta de su gestión fiscal, acerca del manejo de bienes, inversión y disposición de recursos y prestación de servicios públicos.

Posteriormente en 1945, se producen reformas a la carta superior, relacionadas con la función contralora y se establece la forma de elección y duración del período del regente del control fiscal. Posteriormente en 1968, se reforma de nuevo e introduce la presentación de aspirantes al cargo de contralor por parte del Poder Público Judicial en cabeza del Consejo de Estado, para ser enviados al Poder público legislativo para su elección, fijando en cuatro años su periodo en el nivel nacional y de tres en lo territorial.

La especialización del control fiscal fue desagregada a través de la ley, con ese propósito desde 1975, se expide la Ley 20, se perfeccionan en *forma jurídica y técnica el control fiscal previo, perceptivo*<sup>66</sup> y posterior, esta última efectiva con el control numérico legal.

También se avizoraba en Europa la consolidación de las teorías sobre la estatización de muchos sectores estratégicos, en especial el suministro de bienes y servicios públicos básicos sociales y domiciliarios.

En la estructura de la carta de 1886, se ven reflejadas las reglas de prestigio, incorporadas en la reforma de 1936. Así se decide fortalecer el derecho de inspección y vigilancia, y se concentra en los sectores de la salud, seguridad y educación; bajo la égida de la eficiencia y la equidad. En esta reforma sumada la ocurrida en 1968, primaron las concepciones e instituciones del derecho administrativo derecho francés, dentro de esa estructura figuran los servicios públicos.

Es claro que, a inicios del siglo pasado, se creó y estructuró la teoría del servicio público y de bienestar social, siendo Francia uno de los países portaestandarte. La ocurrencia de la Revolución francesa, hizo especial énfasis en la estructura económica, así se pasó de la riqueza radicada en la tierra, al sector comercio y servicios.

Con toda esa serie de acontecimientos afloraron ideas de creación de un Estado diferenciado, en el cual se incluyó, la noción del servicio público. La que evolucionó al ser superado el Estado gendarme, anclándose al surgimiento del Estado providencia, con funciones de prestación de servicios esenciales, entre otros como la educación y la salud.

El Estado al asumir esas funciones y compromisos, estaba consciente de que necesitaba el respaldo de recursos financieros, los que fueron adquiridos mediante préstamos con la

---

<sup>66</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Informe de Ponencia para primer debate en plenaria, Gaceta Constitucional No. 77 del 20 de mayo de 1991.

banca multilateral. Creando así una nueva circunstancia que afectaría el crecimiento del país; desde el establecimiento de la deuda externa para la nación.

Consecuente con lo anterior, se requería ajustar el Estado a ese nuevo concepto global y surgen así las reformas realizadas en la estructura del sistema constitucional las que se produjeron en 1936<sup>67</sup>, 1945 y 1968. Desde allí se inició, la incorporación del pensamiento francés, de la escuela del servicio público o también conocida como la escuela de Bordeaux en Francia. Quienes lideraron y consolidaron esta concepción, fueron entre otros León Duguit y Gastón Jèze, “...que estudiaron el tema de los servicios públicos”<sup>68</sup>

De nuevo en Colombia se toman reglas de prestigio, en este caso del ordenamiento contencioso administrativo desde el Consejo de Estado francés, que desarrolla una teoría que permitió la creación de servicios públicos industriales y comerciales.

Al rediseñarse desde la jurisprudencia francesa la estructura legal colombiana, se hace realidad el concepto y contenidos de la teoría del servicio público en el país y se da vía libre hacia el establecimiento, implementación y funcionamiento de empresas sociales del Estado. Para materializar tal propósito son establecidas en todas las modalidades permitidas por la ley.<sup>69</sup>

Por otro lado paralelo al nacimiento de la banca pública, se creó el Departamento de contraloría para establecer los medios de evaluación de la gestión, tendientes a mantener la aplicación de normas y reglamentos administrativos en lo relacionado con el manejo de los recursos públicos, bienes y servicios públicos.

---

<sup>67</sup> BOTERO, Sandra. La reforma constitucional de 1936: el estado y las políticas sociales en Colombia. Universidad Nacional de Colombia. 2006, 33, pp. 85-109

<sup>68</sup> DUGUIT, León. Tratado de Derecho Constitucional, Paris, Libreros Anticuarios FonteMoing (1927), Citado por Alberto Montaña Plata. En: El concepto de servicio público en el derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 141

<sup>69</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 1050. (5, julio, 1968). Por el cual se dictan normas generales para la reorganización y el funcionamiento de la administración nacional. Bogotá: El Congreso.

Es importante mencionar que en esa época y, hasta 1990, el control fiscal tuvo el carácter de previo y perceptivo, es decir se constituía en un requisito esencial la intervención directa del ente de control en la ejecución de políticas públicas sociales, financieras, educativas, técnicas y de obras públicas entre otras; ejecutadas por parte del Estado.

Hecho que no sucedió por cuanto el control fiscal no cumplió su función fiscalizadora ya que las condiciones dadas desde el bipartidismo lo impidieron. Ello fundado en evitar confrontaciones, lo que relegó esa función a cuestiones meramente formales. Hecho acaecido entre 1957 a 1974 con el acuerdo denominado frente nacional.

Ahora bien, era tal la baja percepción de la función de control, que solo hasta 1990 se dio cuenta la dirigencia política del país que coadministraba, situación superada desde 1991.

En su momento dentro de la Asamblea nacional constituyente, particularmente en la Gaceta constitucional, numero 77 de mayo 20 de 1991, se estableció que:

*“El control previo, generalizado en Colombia, ha sido funesto para la administración pública, pues ha desvirtuado el objetivo de la Contraloría al permitirle ejercer abusivamente una cierta coadministración que ha redundado en un gran poder unipersonal del Contralor y se ha prestado también para una engorrosa tramitología que degenera en corruptelas.”<sup>70</sup>*

La función de control fiscal con esa reglamentación legal, irrumpe en el terreno de los particulares en calidad de gestores fiscales y que, con ocasión de la delegación transitoria o parcial, por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber legal, en observancia a obligaciones contractuales, donde se relacionen su gestión fiscal sobre bienes/servicios u obras públicas; para evaluar la gestión a su cargo.

---

<sup>70</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-716 [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra] (3, septiembre, 2002). Bogotá: Expediente: D-3981.

La historicidad muestra que la función falló, cuando se autorizó refrendar la contratación estatal, incluyendo los de deuda pública. Se diseñó un paralelismo con la Comisión Legal de Cuentas de la Cámara de Representantes para fenecer o no, la cuenta General del Presupuesto y del Tesoro; bajo el control del Poder Público Legislativo.

Así discurrió el control fiscal en una etapa donde de nuevo desde la eficiencia y la eficacia ofreció pocos resultados. Posteriormente el movimiento estudiantil en 1990, entra al imaginario impulsando los anhelos colectivos, rompe el orden de cosas y gesta un movimiento que busca cambiar la carta fundamental.

De este modo, fue promovida la supresión de la carta de 1886 y la instauración de la Constitución de 1991, mediante el proceso electoral mencionado. Desde el gobierno de Virgilio Barco se apoyó la misma y se fraguó el argumento ante la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia justificando como antecedente la declaratoria de inhibición.

Hecho que se produjo en las sentencias de 1957, con proposición de pretensión declaratoria de inconstitucionalidad de los Decretos 247 y 251, Plebiscito de 1957, mayo 5 de 1978 proposición de pretensión declaratoria de inconstitucionalidad del acto legislativo N° 2 de 1978, 26 de julio de 1984, proposición de pretensión declaratoria de inconstitucionalidad, en este caso *la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, reitera la jurisprudencia del litigio promovido contra el acto de 1938*; <sup>71</sup> donde la Corte no se declaró inhibida y se pronunció con fallo de inconstitucionalidad.

Luego, la misma corporación, reiteró su jurisprudencia de 1957, de declararse inhibida para la inconstitucionalidad del Plebiscito de 1957, distinguiendo entre una reforma constitucional y el poder constituyente. En ese mismo sentido, se declaró inhibida por tercera vez ante la proposición de pretensión declaratoria de inconstitucionalidad de los

---

<sup>71</sup> CEPEDA, Manuel José. Presidencia de la Republica: introducción a la Constitución de 1991, Hacia un nuevo constitucionalismo. Bogotá: Imprenta Nacional, 1993. p. 175



demandantes, bajo el argumento que estaba impedida para cumplir la revisión de la validez jurídica de los Decretos 247 y 251 de 1957.

El argumento del Gobierno nacional de ese entonces, fue el de tomar las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, en pro y en contra, y provocar la reiteración de tendencia mayoritaria de declararse inhibida o adoptar una decisión en favor de la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente.

El Ministerio público, que descalificó el Decreto 927 de 1990, sobre conteo de votos de la séptima papeleta, finalmente dio su apoyo, hecho que fue seguido por la corporación judicial y abrió paso a la convocatoria a dicha Asamblea.

Esa especie de consulta tácita con la intención de depositar una papeleta extra en los comicios de la época, estuvo diseñada para obligar *a la convocatoria de una asamblea nacional constituyente que expidiera y promulgara una nueva carta suprema.*<sup>72</sup>

Además, se requería la inclusión de los movimientos guerrilleros desmovilizados; situación de hecho que fue avalada posteriormente por la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Una vez superadas las consultas, autorizaciones y trámites pertinentes, se convocó al certamen electoral, el cual concluyó con la elección de los dignatarios de los diferentes movimientos partidistas. Los que una vez acreditados y debidamente posesionados comenzaron la labor de redactar una nueva carta magna.

En ese orden de ideas, el seno de la Asamblea, en relación con la función fiscalizadora, en varios debates fue discutido la forma de variar la arquitectura del control fiscal con el fin de consagrarlo con estatus constitucional.

---

<sup>72</sup> *Ibíd.* p. 176

De tal manera que, el constituyente derivado de 1990-1991, construyó un capítulo relacionado con los órganos de control en el que definió en forma particular ámbito, atribuciones, facultades, carácter de sus actos administrativos y operacionalidad.

Esas normas están contenidas, en los artículos 267 a 269 y 272 a 274 de la carta fundamental, normas aplicables al control fiscal, estableciendo claramente la inexistencia de controles jerárquicos y de tutela, respecto del orden nacional hacia el territorial, excepto la obligatoria aplicación de los reglamentos y actos administrativos derivados de la atribución y facultad derivada del mandato contenido en el numeral 12 del artículo 268 constitucional.

Con la expedición de la Constitución de 1991, la designación de los regentes del control fiscal en Colombia se llevó a cabo con la inscripción y presentación de candidatos al poder público judicial, conformada la terna, su designación correspondía en el nivel nacional al poder público legislativo, en la organización territorial a las Corporaciones con representación política, dejando ese procedimiento constitucional con serias dudas acerca de la autonomía e independencia del sistema de pesos y contrapesos.

En 2014, los poderes públicos encabezados por el ejecutivo, presentaron ante el legislativo un proyecto de reforma de la Carta Política al que denominaron “*Equilibrio de Poderes y Reajuste Institucional*”<sup>73</sup> Una vez leído el texto contenido en la iniciativa, encontramos que la esencia se mantiene. La designación definitiva la efectúa el poder público legislativo, se indica que esa designación se efectúa por el sistema de méritos, a través de un concurso.

En la organización territorial, se ha planteado que la designación corresponda a la Comisión nacional del servicio civil, y la forma y términos queden diferidos a la ley, para período igual al del Gobernador o Alcalde, según el caso. Vacío que en 2017 las corporaciones con

---

<sup>73</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto Legislativo 02. (20, julio, 2014). por el cual se modifican los artículos 190 y 197 de la Constitución Política. Bogotá D.C: El Congreso

representación política se abrogaron tal facultad y procedieron a la escogencia, dejando de nuevo en entredicho el balance del sistema de pesos y contrapesos.

En el escenario institucional se mantiene la limitación de las actuaciones de las Contralorías en forma previa o preventiva a la actuación administrativa. Se debe señalar que, el sistema y forma de alertas tempranas a través de los controles o función de advertencia, es un mecanismo que ha demostrado efectividad, pero que se requiere de herramientas que permitan advertir y evitar en tiempo real, la ocurrencia del daño antijurídico y consecuentemente de la lesión patrimonial.

En la Sentencia C-113 de 1999, la Corte Constitucional se apartó de la línea del tribunal federal alemán, ya que nuestro sistema que es un híbrido de Ley Común, en el que los lineamientos constitucionales limitaron objetivamente el ejercicio de control fiscal. En el entendido que, *al participar en forma previa dentro de las operaciones de la administración fiscalizada, le restaba imparcialidad y objetividad a la función fiscalizadora.*<sup>74</sup>

Ese sistema enmarca la actividad fuera del concepto de coadministración y la función contralora dentro de los parámetros de selectividad y posteridad.

Ergo resulta, que la función fiscalizadora no podría intervenir en la elaboración de los procesos, procedimientos, acciones y actividades de la administración vigilada; menos aun en el proceso de contratación estatal. Y ello es así por cuanto son marcos de competencia definidos en la ley.

Además de oír su concepto en temas que, de acuerdo a su objeto constitucional y misional deban ser observados posteriormente. Diferente situación se presenta en el modelo de

---

<sup>74</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-113 [M.P. José Gregorio Hernández Galindo] (24, febrero, 1999). Bogotá: Expediente: D-2151.

Cortes y Tribunales en el sistema de Ley Civil, donde se goza de prerrogativas otorgadas desde la Ley fundamental.

En un momento se afirmó que la concentración de poder, radicó en cabeza del Poder Público Ejecutivo y que la adecuada aplicación del principio de separación de poderes era el camino para eliminar la centralización absoluta del poder en cabeza de un gobernante único. La tendencia observada en Colombia después de la expedición de la carta fundamental de 1991, es que no existe un equilibrio entre los poderes públicos, para garantizar la existencia del sistema de pesos y contrapesos.

Por otro lado es evidente es que, desde la promulgación de la ley suprema, el escenario de poder de la organización territorial ha sido reducido en materia presupuestal y en aumento la trasferencia de obligaciones, que antes asumió el nivel nacional.

Todo ello ha puesto de manifiesto la ruptura del diseño establecido por los clásicos, referido al principio de igualdad y equilibrio de poderes; ante lo cual, es ineludible la necesidad de hacer efectivo el control al poder político, mediante un balanceado sistema de pesos y contrapesos.

En Colombia, se refleja el accionar de las teorías sobre el Estado mixto, cuando en el texto constitucional se establece la colaboración armónica en el sistema de pesos y contrapesos. Recordemos que la teoría del Estado mixto, tiende a autarquizar el sistema constitucional, ello refleja lo inconveniente de la aplicación de la norma constitucional sobre la colaboración armónica. Además, desprende de él, su carácter de legalidad-validez, legitimidad-legitimación y democracia.

Por otro lado, tenemos que el concepto de control fiscal desde la carta fundamental y la ley, se direcciona como *el conjunto de actividades realizadas por instituciones especializadas,*

*con atribuciones, facultades y competencias.*<sup>75</sup> La función de inspección, que se ejerce a través de potestades exorbitantes de carácter reglado, según considera Nigrinis<sup>76</sup> *como función pública de imperium, que habilita a los órganos de control fiscal para averiguar hechos, recopilar datos, así como su comprobación.*

Esa actividad se efectúa para evaluar la gestión fiscal, realizada por la administración pública, quien es sujeto de control y vigilancia, para ello se ha intentado diseñar un sistema, que contiene procesos y procedimientos encaminados a la defensa del patrimonio público. En ese orden de ideas, el control fiscal es una función del Estado.

Al realizarse la evaluación de la gestión fiscal la función del control fiscal se perfila como el pilar fundamental, para mantener el equilibrio del sistema de pesos y contrapesos, a través de la evaluación del componente financiero y económico del presupuesto público y de la ejecución de los fines esenciales del Estado.

Partimos del aserto que la función de control fiscal evalúa la acción estatal, a través del funcionamiento eficaz, eficiente y efectivo del sistema de pesos y contrapesos; contribuyendo al orden institucional de las finanzas públicas y con ello a su legitimación social. Entonces sería laudable que dentro del Estado democrático, la institucionalidad del control fiscal, sea garantía y pilar fundamental del sistema de pesos y contrapesos.

Esos organismos especializados institucionalmente, representan una unidad de gestión y atribuciones devenidas del ordenamiento jurídico vigente. Sin embargo, en el plano estructural de los niveles administrativos del Estado, en los cuales se desenvuelven, constituyen linderos competenciales, que los facultan para ser las máximas instituciones de control fiscal en las respectivas entidades territoriales.

---

<sup>75</sup>COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 42. (26, enero, 1993). Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen. Bogotá: El Congreso pp. 148-217.

<sup>76</sup> NIGRINIS DE LA HOZ, Jorge Luí, et al. Autonomía e Independencia del Control Fiscal en la Constitución Política de 1991. Monografía Magíster. Bogotá D.C: Universidad Libre, 2011. p. 68

En la actualidad esta función, atribución y facultad constitucional, no arroja los mejores resultados, lo que conlleva a observar e identificar qué aspectos fundamentales impide un ejercicio adecuado y la ocurrencia de debilidades en el desarrollo de la aplicación del sistema.

La lingüística utilizada en la construcción de la norma constitucional, legal o reglamentaria no varía, está en concordancia con ese discurso que busca mantener el estado de quietud de cosas, en especial el vinculado con el patrimonio público.

En cuanto a la construcción del discurso, en lo relacionado con el lenguaje axiológico, no se consulta la realidad, por cuanto un Estado con tan altos niveles de corrupción e impunidad en todas las actuaciones jurídico-legales, debe establecerse una fórmula intermedia para la realización en algunos casos del control en tiempo real.

Lo que pone de manifiesto una fuerte tendencia a consolidar la norma legal o reglamentaria como invariable organizadora. Así chocan dos posiciones opuestas frente a la interpretación constitucional, desde el juicio de valor, o es un principio o una banal norma de detalle.

Entonces el poder está hoy en la Corte constitucional de Colombia, quien, al realizar un juicio de valor sobre la relación jerárquica axiológica, mantiene la subsistencia de normas, contrarias al sistema de pesos y contrapesos.

Colombia es un Estado constitucional democrático teóricamente determinado por principios, deberes, derechos, garantías y valores de las personas. Se establece la democracia, como espectro de participación que materializa la tangibilidad de la función constitucional, como fin esencial del Estado. Ella a su vez está edificada mediante la función administrativa, que tiene la dinámica y el carácter materializador del cumplimiento de tales fines.

En esta investigación se analiza como el control fiscal es limitado por los poderes públicos del Estado colombiano con la expedición de normas legales. Es desde allí donde se originan tensiones. Esas tensiones se materializan en limitaciones objetivas traducidas en afectaciones presupuestales, expedición de normas restrictivas de la asignación presupuestal, sentencias del tribunal constitucional, que, a través de la guarda e integridad de la Carta de 1991, limita el campo de acción de los entes de control fiscal. Con ello se afecta e impacta la autonomía e independencia del control fiscal en Colombia.

Una vez proferidas esas normas impiden que el control fiscal sea el pilar fundamental, para mantener el equilibrio del sistema de pesos y contrapesos en el Estado Social y Democrático de Derecho.

El control fiscal en Colombia, es una función constitucional estratégica, para el mantenimiento del sistema de equilibrio de poderes. De tal manera que quien ejerce el control fiscal al Estado debe contar con los espacios, pautas normativas y herramientas conceptuales y tecnológicas necesarias, para poder evaluar con total objetividad acerca de como son invertidos los recursos de los contribuyentes.

En efecto es necesario el diseño de una óptima política pública para el desempeño del control externo; desde donde se realice tal cometido, como una función estratégica para la legitimación de la gestión fiscal del Estado colombiano. Así las cosas, el modelo de Estado y la forma de gobierno, y demás poderes públicos, están llamados a garantizar y avalar la existencia de su controlador.

Entra al escenario un nuevo ingrediente que, enfrenta la eficiencia y la eficacia, del Estado con la rentabilidad individual o colectiva; ese es el sector privado. Presenta una concepción efectivista de la prestación de servicios o provisión de bienes. Lo que le permite construir teóricamente riqueza; basada en la superioridad de la eficiencia del sector privado sobre el público.

En el desarrollo de ese proceso, llama la atención, cual es el lugar de la prevalencia del interés general, los indicadores de bienestar social y la legitimación del Estado. Según Nigrinis *dentro de las líneas sustantivas, adjetivas y de apoyo, se ha achacado a las permanentes limitaciones presupuestales*,<sup>77</sup> el fracaso del sector público en la provisión de bienes y prestación de los servicios.

En consecuencia, la teoría de la escuela de Chicago al aplicarse en Colombia, esencialmente en la administración pública para el tratamiento de los temas de política pública, que sea cada vez más maleable y sea incluido el sector privado. Entonces, lo planteado es mayor desregulación y menos intervención, inspección, control y vigilancia.

En 1990 bajo el periodo de gobierno del presidente Barco, se dio paso a la apertura económica. Ello supuso el examen y privatización de sectores estratégicos del Estado, surgiendo el paradigma de dejar de lado la función social inserta en el artículo 366 constitucional actual, y dismantelar todo el aparato de protección social.

Indudablemente que otro factor que incide en el carácter determinante de la nueva postura estatal, es la forma como se concibe desde la arquitectura constitucional, el control posterior, que ha demostrado hasta hoy ser un ejercicio tardío.

También disminuido por las limitaciones impuestas desde los poderes públicos, respecto del establecimiento de techos presupuestales concebidos desde la promulgación, interpretación y aplicación de la Ley 617 de 2000.

El Tribunal Constitucional colombiano, frente a la autonomía e independencia del ejercicio del control fiscal, ha construido su doctrina, interpretando las situaciones jurídicas

---

<sup>77</sup> NIGRINIS, Óp cit. p. 73



acaecidas en la vigencia de la *Ley 20 de 1975*<sup>78</sup>. Producto de esa posición, han sido proferidas entre otras, las Sentencias C-374 de 1995 y, C-189/98.

Desde esa óptica, la Corte constitucional se ha ocupado del estudio de las normas de control fiscal, atendiendo su jerarquía y en algunos casos, que el control fiscal es una actividad “...diferenciada de la que corresponde a las clásicas funciones estatales”<sup>79</sup>

Siendo la función constitucional de control fiscal, estratégica, debiera ser constituida como una actividad de exclusiva vocación pública, para que con ello se evalué la gestión sobre bienes, valores y servicios. Y que, con ellos, se protejan los intereses generales de la comunidad, representados en el permanente examen de la gestión fiscal del Estado. Para que, desde esta función, se propenda por el buen manejo de los bienes y recursos públicos, de manera tal que, se asegure el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

Ahora bien, esa actividad de exclusiva vocación pública, tiene límites objetivos y claros, descritos en la carta fundamental donde ese establece el cumplimiento de la función fiscalizadora por particulares.

*“Esencialmente por empresas privadas colombianas, escogidas por concurso público de méritos y contratadas previo concepto del Consejo de Estado o del Tribunal Contencioso Administrativo competente, según se trate de recursos con origen nacional o de las entidades territoriales, texto que es de raigambre constitucional”*<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 20. (28, abril, 1975). Por la cual se modifican y adicionan las normas orgánicas de la Contraloría General de la República, se fijan sistemas y directrices para el ejercicio del control fiscal y se dictan otras disposiciones. Bogotá: El Congreso.

<sup>79</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-374 [M.P. Antonio Barrera Carbonell] (24, agosto, 1995). Bogotá: Expediente: D-761. p. 287

<sup>80</sup> COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia 1991. Óp cit., inciso 2 Art. 267.

Esta norma es contradictoria con el análisis y conclusión que contiene la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, reflejado en la sentencia C-374 de 1995; por cuanto niega de tajo esa vocación pública de la fiscalización, ya que entra a dividir el origen y naturaleza de la misma. Ya que la importancia estratégica del control fiscal debe reflejarse esencialmente en el monopolio público de esa función.

Lo que se aprecia con esta sentencia, es que realmente se reconoció y precisó la inseguridad jurídica a que esta avocada la autonomía e independencia de la función de control, develando claramente otra clase de límites, lo que a su vez ha generado una situación excepcional.

Como la norma no establece porcentajes, pero que a futuro esa vocación pública en la que se insiste puede ser en un escenario de prospectiva totalmente privada, esto de suyo rompe el equilibrio dentro de la estructura del Estado, respecto del control e imposibilita un equilibrio, respecto del balance en el sistema de pesos y contrapesos.

En ese sistema encontramos que, los órganos de control cumplen el rol de evaluador, es decir, ser un garante, a fin que no subsistan fisuras que puedan lesionar el patrimonio público, entonces se debe ejercer control fiscal de naturaleza pública, a los poderes y demás órganos del Estado.

En la formación del control fiscal antes de elegida la Asamblea Nacional Constituyente, la vigencia de la Ley 20 de 1975, le fueron señaladas funciones importantísimas de asesoría en materia presupuestal, seguimiento su ejecución en tiempo real y no posterior y selectiva.

Es importante connotar que los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente, otorgaron con la ley suprema al control fiscal, una autonomía y una independencia condicionada a la subordinación de los poderes públicos. Cuando los asambleístas de 1991 construyeron las actuales disposiciones constitucionales sobre el control fiscal, establecieron nuevas reglas, entre ellas el control posterior.

Su cometido fue evitar la coadministración con lo que nos mostramos de acuerdo parcialmente, pero las funciones de asesoría y acompañamiento en temas especializados, fueron eliminadas.

Una de las características fundamentales del sistema Constitucional Democrático de Derecho, es el principio de separación de poderes, el cual ha sido considerado una condición esencial para garantizar el imperio de la ley suprema. Constituyéndose como una libertad política para que el derecho pueda hacer lo que las leyes permitan; en este sentido, se sostiene que la no ocurrencia de abusos de poder, se debe a las limitaciones impuestas al ejercicio del poder político.

Con la aplicación del principio de equilibrio de poderes, desde la estructura del Estado, se deben diseñar herramientas y mecanismos que reflejen las limitaciones al poder político. Ello mediante la creación de un sistema de pesos y contrapesos que actúe generando frenos entre sí, para impedir la concentración según Lasalle de *factores de poder político*<sup>81</sup> en un sólo poder u órgano. Esa garantía está dada por la escisión de las funciones de cada una de las entidades, que debe estar consignada en la ley para evitar abusos de poder.

Ahora bien, el equilibrio de poderes en Colombia, está expresado en el sistema de contrapesos entre poderes públicos y órganos de control, pero es importante connotar que esos poderes públicos son sujetos de vigilancia del control fiscal. A su vez, en las actuales circunstancias el poder público legislativo decide quién es el regente del control fiscal y, además, expide leyes ordinarias y no orgánicas para la organización del sistema de control fiscal.

Observamos que la actividad legislativa en Colombia, no ha sido privatizada en ninguna de sus actuaciones, el poder ejecutivo en ninguna de sus actividades ha dejado el monopolio de lo público al sector privado. En el caso del poder público judicial, lo que ha existido en

---

<sup>81</sup> LASSALLE, Óp cit. p. 59

una asunción de funciones por particulares, en el caso de arbitraje/conciliación, en este y los demás casos la facultad y control sigue en cabeza de ese poder.

Con la especialización de la forma de gobierno y, el régimen político en Colombia, se dio mayor importancia y preponderancia al poder público ejecutivo dentro del Estado y ello tuvo su justificación hasta la reconstitución del Estado central y unitario como respuesta a las batallas de una y otra facción política. Así pasamos en un efecto pendular del federalismo al centralismo; pero es claro que esas etapas debieron ser superadas desde la década de 1960.

En 1991, en contraposición a los criterios de validez legal, en el Estado de derecho aparece en Colombia, por disposición de la asamblea nacional constituyente, el establecimiento del Estado constitucional democrático, que responde a los principios de legitimación del ejercicio pluralista.

Ese ejercicio debe ser revisado, en lo que tiene que ver con el desarrollo y funcionamiento de los efectos de reciprocidad, desde el establecimiento de controles adecuados que determine la instauración de un equilibrio institucional, como parte esencial de la función de fiscalización y de la separación de poderes en el sistema de pesos y contrapesos.

El tribunal constitucional colombiano, también se ha ocupado del estudio de las normas de control fiscal con ocasión de la incoación de demandas de constitucionalidad de las leyes que regulan el tema fiscal y ha manifestado que el control fiscal tiene vocación pública, situación que se consignó así:

*“Control fiscal-finalidad. El control fiscal constituye una actividad de exclusiva vocación pública que tiende a asegurar los intereses generales de la comunidad, representados en la garantía del buen manejo de los bienes y recursos públicos, de manera tal que se aseguren los fines esenciales del Estado de servir a aquélla, y de promover la prosperidad general, cuya responsabilidad se confía a órganos*

*específicos del Estado como son las Contralorías (nacional, departamental, municipal), aunque con la participación ciudadana en la vigilancia de la gestión pública. Pero si bien el ejercicio del control fiscal es responsabilidad de las Contralorías, ello no excluye la posibilidad de que excepcionalmente la vigilancia se realice por los particulares.*<sup>82</sup>

Nos apartamos de esta afirmación del tribunal de cierre, por cuanto el texto constitucional determinó una posición ecléctica en el accionar del control fiscal. En efecto, el inciso 2 del artículo 267 de la carta fundamental, dispuso que para casos especiales la ley pueda autorizar que ese control se realice por empresas privadas colombianas.

En ese orden de ideas, ni la carta constitucional, ni la Ley 42 de 1993, establecen cuales casos especiales, como se determinan, por la ocurrencia de cuantos casos especiales se puede privatizar el control fiscal. Además, mucho menos se conoce cuál es el porcentaje autorizado de casos especiales, respecto del universo del control fiscal público.

Entonces, bajo las actuales circunstancias constitucionales el control fiscal no es de vocación pública. Cuando el Consejo de estado autorice que se pueda contratar esa vigilancia con particulares, será el único requisito para su perfeccionamiento, sin más formalidades y requisitos previos o posteriores.

El origen del control fiscal, está caracterizado por la necesidad de la evaluación de la gestión fiscal del Estado, con la función fiscalizadora, lo que se protege es el interés público como bien que encierra valores superlativos, ya que compete e impacta a toda la sociedad.

La otra forma de legitimar la gestión del Estado, es la que exige la rendición de cuentas para que sea evaluada por la opinión pública, los medios de comunicación y la participación de todas las personas.

---

<sup>82</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-374/95. Óp. cit.

El fundamento hoy es de carácter constitucional, con normas jurídicas que hacen explícito este ejercicio, cerrando la puerta a la discrecionalidad, como un efecto del principio de seguridad jurídica, una forma de generar un rango que se posibilita desde un equilibrio formal.

Ahora bien, el sistema de control fiscal que es aplicado en Colombia, contiene un discurso político de dominancia de los poderes públicos. Si bien está definido en la carta política en el ámbito nacional y en la organización territorial, no expresa claramente su ajuste al contexto de la salud de las finanzas del Estado en cada vigencia. Esa función de inspección y vigilancia en materia de control fiscal, no representa una política pública estratégica.

En lo relacionado con la aportación, desde la determinación de elementos estructurales que generan tensiones, desde los poderes públicos hacia el control fiscal. El actual sistema de control fiscal colombiano, no es de la naturaleza de la teoría jurídica de Ley Civil y en estricto sentido del sistema jurídico de Ley Común, resulta de un híbrido que no está sujeto al régimen estricto de las escuelas primigenias.

Por ello no es un criterio verdadero, ya que ese sistema es producto de una combinación que nace con el carácter de proteger intereses superiores.

Sería plausible que esa lectura del sistema en su fase preliminar, es decir desde 1923 hasta hoy, deba ser superada por lecturas filosóficas, históricas, políticas que incluyan correcciones de interpretaciones posteriores más amplias, comprensivas, completas y ajustadas a la realidad, para que, en esa nueva formación, poder invalidar esas posturas previas.

Esencialmente la Deconstrucción Como una actividad de lectura trata de leer los textos de forma diferente. Como lo expresa Derrida,<sup>83</sup> *Al advertir en ellos, signos cuya preeminencia y reiteración ocupan un lugar prioritario en el significado.*

En ese escenario la gramática cumple un papel estratégico, convirtiéndose en la forma de parametrizar y homogenizar en torno a la norma o al marco regulatorio todos los compartimentos bajo procesos identitarios desde la ideología lingüística.

La gramática, busca desatar los procesos introducidos por la norma constitucional, en nuestro caso, al inconsciente de nuestros sistemas como procesos en apariencia, transparentes y estables, libres de intereses grupales y de ideologías económicas, sociales y políticas.

Efectivamente, el trabajo sobre el discurso normativo no debe ser un trabajo terminado, por el contrario, se propone otro enfoque desde donde se analicen y reestructuren criterios y puntos de vista sobre el diseño de un nuevo discurso donde el análisis histórico, gramatical, teleológico guarde concordancia con la construcción filológica.

Un enfoque necesario que se debe abordar es el contenido en el método interpretativo jurídico. Considera López *que este método mantiene su vigencia dentro de la denominada interpretación doctrinal o científica*<sup>84</sup>. Ello con el fin de analizar y determinar el texto del artículo 267 constitucional y el artículo 4 de la Ley 42 de 1993. En él se analizan los argumentos lingüístico, sistémico y funcional de la proposición jurídica.

El discurso que se mantuvo por parte de los integrantes de la asamblea nacional constituyente, hacia el control fiscal en la construcción de la Constitución Política de 1991, no fue analítico de cara al valor estratégico de la función. Sólo se limitaron a enunciar la

---

<sup>83</sup> DERRIDA, Jacques. Estructura, signo y juego en el discurso de las ciencias humanas. En: Escritura y Diferencia. Barcelona: Anthropos, 1989.

<sup>84</sup> LÓPEZ L, Alfredo. El método interpretativo de von Savigny en el análisis de la legislación educativa: un estudio de casos sobre el currículo de primaria. Revista en educación y Derecho. 2014, Vol. 9.

existencia de los sistemas de Ley Civil y Ley Común; haciendo énfasis en el fenómeno de la corrupción, achacando todos los males al control fiscal.

Las disposiciones contenidas en el artículo 267 constitucional y 4 de la Ley 42 de 1993, son reglas de prestigio importadas desde el sistema de Ley Común, que le establece una limitación objetiva al control fiscal. Esas proposiciones jurídicas contienen un nuevo discurso que no tiene una connotación axiológica.

Es decir los objetivos y fines perseguidos para su establecimiento, no tienen un asidero científico, solo un juicio de valor para frenar una práctica que el Estado toleró por razones de índole partidista.

Fue una forma, de solucionar el problema que originó el otrora control previo y perceptivo, esa solución resultó ser problemática y los poderes públicos legislativo y judicial dejaron sin dientes la función de control, cuando no solo lo erigieron como posterior y selectivo; sino que además acabaron por ser igualmente previo el sistema de alertas.

El análisis lingüístico de esas normas demuestra que, si bien su redacción es clara y su lectura asequible, existen contrariedades con el sistema de control fiscal. Pues en este sistema de pesos y contrapesos, lo ideal es que estos entes gocen de un rango autonómico e independiente.

Lo ideal y deseable en la lógica de las proposiciones constitucionales y legales es que exista una excepción a ese control posterior, como regla que lo confirma y que deba ser aplicado en situaciones en las cuales se tenga noticia de que efectivamente existen serios indicios de la afectación grave del patrimonio público y la ocurrencia del daño jurídico como actuar efectivo que afecta la indemnidad del erario.

Aspectos que en la deconstrucción sirven para demostrar que, a pesar de su definición, ninguna de estas estructuras se mantiene estables, inamovibles o históricas. Para Derrida, *la*



*deconstrucción no es un método sino más bien una actividad de lectura que se apoya en otros tipos de lectura* <sup>85</sup> (temática, analítica, inferencial) para develar oposiciones conceptuales.

La construcción de los artículos bajo análisis privilegian el control posterior por encima de la oportunidad del mismo, no otorgando una excepcionalidad para los casos que demuestren afectación cierta al erario. El contexto lingüístico empleado por el Poder público legislativo para informar/advertir el sentido de lo creado, indica la primera superficie de emergencia de la norma, la lengua escrita o el término sobre el que recae la redacción jurídica.

Importante en todo caso reconocer que, lo expresado por Morelli, <sup>86</sup> *el derecho nace en el marco de la cultura y como tal implica elementos locales e históricos*, sin los cuales es imposible acceder a las ambigüedades y contradicciones del propio lenguaje.

Ergo no fueron analizadas las ventajas comparativas para nuestro sistema con la implementación de uno u otro, modificaciones sustanciales que apuntaran a marcar las condiciones, el medio y la adecuada aplicación que arrojará excelentes guarismos estadísticos acerca de la eficiencia, eficacia y efectividad.

Durante siglos, los sistemas de Ley Civil y Ley Común, han luchado y aún lo hacen con lo afirmado por Ovalle <sup>87</sup> *en mantener la hegemonía de uno sobre otro, a través de la imposición de sus sistemas en países subdesarrollados*. Como se ha indicado en el primer capítulo de la investigación, los dos sistemas en este caso, han sido impuestos, uno en la colonización y otro con sustanciales modificaciones en la actualidad.

---

<sup>85</sup> DERRIDA, De la Gramatología. Baltimore. Óp. cit. p. 21

<sup>86</sup> MORELLI, Mariano G. Derecho, historia, lengua y cultura en el pensamiento de Savigny. Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social. 2005, 28, p. 69.

<sup>87</sup> OVALLE F, José. Sistemas Jurídicos y Políticos, Proceso y Sociedad, Universidad Autónoma de México. [En línea] s.f. [Citado el: 15 de marzo de 2017.] <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/1321/1579>.

Al Estado, sus poderes públicos y órganos de control no se le pueden otorgar una existencia y propiedades de inmutabilidad, en cuanto a sus reglas y normatividad. Cuando en realidad no son herramientas inamovibles, sino que se transforman y actualizan por el uso y permeabilidad de nuevas contextualizaciones y conceptualizaciones.

El cambio de sistema o la deconstrucción es útil aquí, porque permite mostrar lo que se privilegia, mientras se suprime o invisibiliza algo. En otras palabras, la norma por la norma y no la norma por los hechos.

Dentro del nuevo orden constitucional se intentó articular a la sociedad con la institucionalidad, se consideró útil y oportuno integrar a todas las personas a través del control social. Ese control social se refirió en nuestro caso a aspectos ligados a la eficaz y eficiente gestión fiscal de los sujetos de vigilancia mediante las veedurías, juntas de acción comunal, fundaciones, corporaciones, dedicadas a funciones/actividades de vigilancia y control, en temas que impacten a los recursos públicos en los cuales el Estado tenga participación.

Esa participación fue planteada con una asignación de funciones a las contralorías y a los funcionarios/particulares, con el fin de evitar conflictos de competencia y demás circunstancias que pudieran distraer la función de control fiscal. En este orden de ideas, el control social se limitó a la observación de la ejecución de políticas públicas consolidadas a través de la contratación pública/mixta.

Esos mojones fueron claros al establecer que su función/actividad no incluía la iniciación de procesos de auditoría de los regulados por la Ley 42 de 1993 o procesos de responsabilidad fiscal, contenidos en la Ley 610 de 2000. Su relación de vigilancia estaba contenida en la presentación de derecho de petición, quejas y reclamos ante las Contralorías.

Sin que ello signifique que no puedan acudir a otros organismos de control como disciplinarios, de protección a los derechos humanos o jurisdiccionales.

Cuando el constituyente de 1991, incluye en la ley fundamental la organización territorial como un principio de integración y articulación efectivo entre el ámbito nacional y el orden territorial, busca que se dé un nuevo impulso al desarrollo del proceso descentralizador en materia administrativa, que aún sigue siendo más fuerte en la desconcentración que en la descentralización misma.

Con esa intención, se establece que, en el orden territorial, la competencia y forma de ejercer el control recae en los Departamentos, distritos y municipios; hecho que se convierte en un elemento reconocido como tensionante, ya que el Presidente de la Republica elegido entre 2000 a 2008, propuso *“la eliminación total de las Contralorías territoriales a través de la Ley 796 de 2003, por la cual convocó a un referendo”*<sup>88</sup> con este actuar se buscó dejar sin efecto el control fiscal. Esta es una forma objetiva de cómo se establecen límites en contra de la función fiscalizadora.

Por su carácter ideológico, político y filosófico, la Constitución tiene un fuerte contenido sociológico y cultural, en torno a ello se organiza el accionar de los particulares frente a la familia, la sociedad y el Estado; además de las prescripciones respecto de la función pública asumida por las autoridades, agentes y servidores públicos.

Todo ello a través de la desagregación legal y reglamentaria, donde necesariamente se efectúan determinados juicios de valor que justifican reglas de validez y legitimación como claras limitaciones al poder y accionar político.

---

<sup>88</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 796. (27, enero, 2003). Por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional. Bogotá: El Congreso.

Como ha sido indicado precedentemente, el Estado de Derecho es aquel donde todo el estamento representado en sus autoridades se rige, permanece y está sometido a un derecho vigente, reflejando un Estado de derecho formal.

Las reglas de validez, giran alrededor del sustento jurídico normativo, a través de su expedición, entonces son creadas como reconocimiento al accionar social, político, cultural de las personas, así ello es plasmado en la norma. Entonces el poder Estatal queda limitado y en consecuencia sometido a las reglas constitucionales.

Por otro lado en el Estado democrático, lo que se busca consolidar son los procesos de legitimación en su accionar, siendo su principal característica el respeto de la dignidad humana. El Estado democrático de derecho, reconoce algunos derechos omitidos por su antecesor, caracterizando el reconocimiento de derechos de índole fundamental y colectiva (económicos, sociales, culturales).

En esta clasificación, algunos derechos que se creían absolutos, como es el caso de la propiedad privada, le son colgados limitaciones, tales como la función social que deben cumplir, esto los hace aprovechables para la sociedad como destinatario del interés general.

Se busca con la formulación ideológica, económica y política, la inserción de derechos fundamentales y colectivos, mediante el matizado intervencionismo estatal, que busca generar “*reglas de igualitarismo, trato diferencial a la igualdad*”<sup>89</sup> y *criterios de equidad*.<sup>90</sup>

En cuanto al papel estabilizador en lo sociológico y político, la Constitución cumple un oficio esencial, su existencia construye y constituye la base del sistema jurídico-normativo ofreciéndole unidad de propósito, validez y sentido, en el plano formal, esto es de la

---

<sup>89</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-015 [M.P. Mauricio González Cuervo] (23, enero, 2014). Bogotá: Expediente: D-9737.

<sup>90</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-284 [M.P. Mauricio González Cuervo] (13, mayo, 2015). Bogotá: Expediente: D-10455.

producción de nuevas normas en su texto o de su reglamentación a través de decisiones judiciales.

También en el aspecto material, respecto de su contenido prescriptivo, cumple una función vital de todo el sistema de fuentes: todo el Derecho vigente está contenido en su texto, generando arraigo de su fundamento de validez; debiendo sujetarse en su sentido y alcance a la misma, al momento de establecer el contenido prescriptivo de un mandato infraconstitucional.

Por otro lado, existe consenso en la doctrina mayoritaria que comparte la idea de afirmar que el Derecho es un sistema institucional regulador normativo, en virtud del cual se legalizan las conductas sociales. Este sistema, también denominado ordenamiento jurídico, es el articulado coherentemente en instituciones, metodologías, procedimientos y criterios legales que constituyen el derecho codificado vigente en un lugar y tiempo determinados.

Sirve así a los postulados de crear, administrar, aplicar e interpretar la ley o la jurisprudencia, para una vez conocida la verdad procesal, dar justicia, a través del establecimiento de parámetros tales como argumentación, razonabilidad, ponderación, coherencia interpretativa, sustento jurídico normativo/jurisprudencial, certeza y seguridad jurídica; ello con el fin de que a través de las reglas de validez se le dé legitimidad al sistema.

Como consecuencia inmediata se crean comunidades organizadas en torno al derecho de donde se derivan instituciones con criterios de completitud y preeminencia.

En la América latina actual, el Contralor es la figura institucional con que se designa al rector del control fiscal aplicado a la gestión fiscal del Estado en la ejecución de los fines esenciales del Estado democrático de derecho.

### **3.2 SISTEMA COLEGIADO DE CONTROL FISCAL**

Este sistema denominado de Ley Civil, se origina como producto de la fusión de la cultura romana y germana en el occidente de Europa, en los albores del siglo V de la era cristiana. El distintivo esencial, radica en la adopción de un modelo personalista del derecho civil romano, con la compilación de Justiniano. Su particularidad fundamental, reside en que la regla de derecho se elabora desde la costumbre; se aplica ya decantada y previamente legitimada en el texto.

Otra característica precursora, que conserva de la tradición romana, es la Constitución escrita, base esencial desde donde se establecen principios, valores, garantías, derechos, deberes y obligaciones, a partir del derecho civil.

La escuela de Ley Civil, es donde la ley conserva su característica de general, impersonal y abstracta, y las decisiones judiciales tienen criterio auxiliar, dándole; mayor maleabilidad al derecho, haciendo posible la aplicación de las decisiones jurídicas en particular.

Es importante mencionar que la teoría de Ley Civil, fundamenta su naturaleza en el derecho civil, es decir, con arraigo privado/individual. Desde esa concepción, se busca la solución de situaciones, donde deba actuar el derecho; de tal manera que el criterio de lo válido, gira en torno a lo escrito, dándole identidad como sistema rígido.

En esta escuela toda la preponderancia es para la ley, que se destaca frente a las otras fuentes del derecho, de tal manera que la pirámide de Jellinek; se estructura con la preeminencia de la ley sobre la costumbre, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina.

El sistema de derecho civil es un sistema de leyes codificadas, las codificaciones agrupan las leyes por naturaleza de las legislaciones, asunto y jurisdicciones. Diferenciándolas en ordinarias, orgánicas, contenciosas y especiales; dentro de ellas las áreas especializadas.

Manifestación de ello son, las codificaciones sobre derecho administrativo, aduanero, tributario, de los recursos naturales, entre otros. Todo esto en un escenario ideal donde no se produzca dualidad, dispersión e hiperproducción normativa.

Siendo el elemento fundamental la ley con sus características de impersonalidad, abstracción, generalidad y coerción, no tiene cabida el tratamiento de casos particularísimos. Esas situaciones son diferidas a la jurisprudencia a través de la casuística, como una estrategia desde el poder judicial para darle una mejor aplicación a la ley.

Como se ha expuesto, la escuela de Ley Civil está determinada esencialmente en normas, las que a su vez incluyen, el diseño de ordenamientos contentivos de todas las reglas jurídicas; con el establecimiento en ellas del sistema de principios generales. La naturaleza de esta corriente es el positivismo y su catadura esencial tiene arraigo principal en la normatividad vigente, producida por el poder público legislativo.

El sistema como escuela de pensamiento, corriente filosófica y estructuración material es la expresión de la construcción de las universidades europeas a partir del siglo XII.

Como se ha indicado precedentemente, la fuente de inspiración fue el derecho romano en especial en la etapa republicana, particularmente en las compilaciones de Justiniano. A medida que se fue perfeccionando el sistema generó una identidad en el continente llegando a ser un referente jurídico común. En la América latina, con ocasión del proceso de colonización por los reinos de Castilla y Aragón, se aplicó en el ordenamiento jurídico, desde México hasta Argentina.

La generalidad de este sistema, es que aparece en el sistema parlamentario, por excepción en el presidencial, pertenece a la familia del derecho romano-germánico. En la mayoría de los casos tiene consagración constitucional. Dentro del principio de separación de poderes del Estado constitucional democrático, el poder público legislativo es un poder público definido desde la Constitución con autonomía.

La función legislativa en la forma de Estado federal, está dividida en dos segmentos con amparo constitucional, así identificamos el ámbito federal con cobertura estatal central y los miembros federativos en ambos casos con parlamentos constituidos democráticamente por sufragio universal. *Los Estados federados tienen derecho a participar en la construcción de la legislación y administración de la cosa pública*<sup>91</sup>

En la forma de Estado, se establece una clara secesión entre el Estado federal, los Estados miembros y la organización territorial, quienes se conforman particularmente en la asignación de competencias de administración, financiación, legislación y jurisprudencia. Lo que no quita el carácter de unidad nacional porque se deben tanto a la Federación central y los Estados federados.

El Estado federal, como los Estados miembros, tienen establecidos límites en su objeto, de acuerdo con el reparto de competencias en la Constitución Política federal. A su turno cada una de las Constituciones de los Estados miembros, inician desde el reconocimiento de la existencia de su carácter estatal y, su limitación al poder político de la federación. Todo ello debido a que, dentro de la complejidad del Estado compuesto, deban coexistir en el marco del Estado federal.

Que, desde la Constitución federal y las constituciones de los estados miembros, sean considerados como Estados significa que, la federación como los Estados federados, se encuentran en posesión de características, que le dan los atributos de estatalidad, los cuáles son: pueblo, territorio y poder estatal.

Se ha establecido, que la existencia de ámbitos competenciales diferenciados permiten que, *“tanto el Estado central (o Federación), como los Estados miembros puedan ejercitar autónomamente su propio poder público.”*<sup>92</sup> Esas cláusulas competenciales a nivel

---

<sup>91</sup> REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA. Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Berlín: Bundestag Alemán, 1949. Art. 70

<sup>92</sup> ARROYO G, Antonio. El orden federal alemán en los albores del siglo XXI Un estudio jurídico-constitucional del federalismo alemán desde una perspectiva competencial e institucional. [En línea] febrero



constitucional, establecen convenientes escisiones que a futuro eliminan conflictos innecesarios, para la definición de sistemas impositivos en materia tributaria, transporte entre otras, para el óptimo funcionamiento adecuado del sistema constitucional democrático.

En materia de soberanía es necesario hacer distinción entre soberanía exterior e interior: Los tratados de libre comercio han creado una nueva especie, denominada jurídica/comercial: como considera Arroyo <sup>93</sup> “*Los tratados políticos han dispuesto otras, como la soberanía exterior o jurídico-internacional y soberanía interior o jurídico-pública del Estado*”

El control fiscal en el sistema de Ley Civil se denomina control externo de las finanzas públicas o económicas del Estado. Esta investigación ha logrado establecer que sólo para el caso alemán, se evidencia la inexistencia de condicionamientos desde la Ley Fundamental de Bonn de 1949;<sup>94</sup> con las posteriores reformas o adiciones, respecto a controles jerárquicos o de tutela del orden federal hacia el federado.

De tal forma, que cuando en materia de control externo o fiscal, se avizore la coexistencia de inversión del orden federal hacia el federado, se produce el fenómeno de la concurrencia y los tribunales deben acordar conjuntamente las reglas para cumplir la función de control.

Lo que no sucede en España, que tiene el mismo sistema. Esta situación sucede en Colombia y se denomina control fiscal concurrente, lo que llama la atención por cuanto el sistema nuestro de control externo es de raigambre de Ley Común.

Los tribunales de cuentas tienen competencias importantísimas que superan el modelo de Ley Común, es la referida a la función consultiva, que contiene el asesoramiento

---

de 2012. [Citado el: 15 de marzo de 2017.]  
[https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/9203/48343\\_arroyo\\_gil\\_antonio.pdf?sequence=1](https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/9203/48343_arroyo_gil_antonio.pdf?sequence=1).

<sup>93</sup> *Ibíd.*

<sup>94</sup> *Ibíd.*

dependiente e independiente. “*El dependiente está ligado a actuaciones examinadoras y recomendaciones en el marco de la auditoría*”<sup>95</sup>, consiste en la opinión experta de los miembros del Tribunal de Cuentas. Por regla general, los tribunales de cuentas no están obligados a desempeñar la función consultiva.

Una de las más importantes funciones del Tribunal de cuentas, en el control externo en el sistema de Ley Civil, es la referida al *acompañamiento, formación, revisión y ejecución del presupuesto estatal y confederado conjuntamente con el parlamento*<sup>96</sup>.

La ventaja de conocer previamente la materia financiera a fiscalizar, tanto en procesos de auditoría como en la revisión de cuentas, es un valor agregado de mayor significado; entonces se tiene claro la asignación de recursos a cada plan/programa/proyecto/contratación, el origen de sus fuentes y las limitaciones financieras sobre el mismo.<sup>97</sup>

La preponderancia que tiene la Corte o Tribunales sobre el Gobierno de la federación o estado federado, es que atienda las previsiones del presupuesto del órgano de control externo en la elaboración del presupuesto estatal o regional, enuncia Arroyo que:

“Se presentará ante el Parlamento estatal o regional, junto con el proyecto de ley de presupuestos del Estado federado, también las previsiones divergentes del presidente del Tribunal de Cuentas estatal o regional.”<sup>98</sup>

Las cortes o tribunales de cuentas, tienen autonomía para decidir que procesos evaluadores van a iniciar. Lo que es realmente importante en el proceso auditor, es que se pueden como

---

<sup>95</sup> *Ibíd.*

<sup>96</sup> REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA. *Óp. cit.* Art. 114

<sup>97</sup> ARROYO, *Óp. Cit.*

<sup>98</sup> *Ibíd.*

asevera Teschner<sup>99</sup> *limitar las revisiones e interrumpir las verificaciones ya iniciadas en caso de falta de resultados*, situación que no sucede en el sistema colombiano, cuando se debe hacer una auditoría que no arrojará buenos resultados hasta el final.

Por su estructura y la forma como están concebidos la corte y tribunales de cuentas, las decisiones se toman en forma conjunta y fundamentalmente sobre temas referidos: según Teschner <sup>100</sup> *al informe anual, la planificación de las auditorías y conflictos de competencias*. Los tribunales de cuentas están divididos en secciones o ámbitos de fiscalización.

---

<sup>99</sup> TESCHNER, Rainer. “El Control externo del sector público en los estados federados de Alemania. Revista española de control externo. enero, 2001, Vol. III, 7, págs. 49-68.

<sup>100</sup> *Ibíd.* p. 3

### **3.3 SISTEMAS DE CONTROL FISCAL EN AMÉRICA**

La invasión a la América India, supuso la creación de una organización administrativa, en torno a los intereses del monarca. Discurrido cierto tiempo se dio la formación de virreinos, la adopción de una política de libre comercio, así como la creación del cargo de regente y la del juicio de visita y residencia. También aparecen los tributos y las rentas. Se declara la guerra contra la bebida fermentada de maíz y en su lugar, se impone el monopolio sobre la fabricación para consumo de aguardiente y tabaco.

Paralelo a ello, también se crearon los impuestos como de alcabala o de las ventas, de armada de Barlovento, almojarifazgo y el quinto real. Toda esta estructura impositiva posteriormente fue reorganizada y ajustada. También, fueron autorizadas contribuciones extraordinarias, como el impuesto de guerra de la época. Las confrontaciones en Europa demandaban recursos y esta fue una forma de financiar los gastos de esas guerras.

En la medida que la colonia, fue produciendo recursos económicos, unos se fueron creando y otros ajustando progresivamente. Esto fue formando un entorno socioeconómico, impactado negativamente por tal imposición, lo que desembocaría en la revolución de 1810.

Las corrientes jurídicas contenidas en los sistemas de Ley Civil y Ley Común, han tenido existencia diferenciada en la América latina. Desde 1492 hasta 1922, operó en Colombia el sistema de Ley Civil y en otros países de la región hasta 1931. El cambio de sistema, se dio entre 1923 a 1931, posterior a ello se dio paso al sistema de Contraloría

Hasta la década de los setenta, los países latinoamericanos tenían la gran mayoría de las actividades económicas o los instrumentos para su desarrollo estatizados. Posteriormente, el sistema de liberalismo económico, inició el proceso de privatización de la industria, servicios públicos, banca estatal y demás actividades estatales. Allí fueron involucrados los entes públicos y los de economía mixta.

A partir de los ochenta, las economías de América latina, fueron incluidas con más énfasis las políticas globales del FMI y BM para iniciar programas de reformas estructurales. Dando paso al modelo económico neoliberal, así se produjo la liberalización comercial e integración económica, que fue complementada con la apertura a la inversión extranjera, la desregulación de precios y los mercados financieros.

El sector privado global, incluyó la flexibilización en el mercado laboral de la segunda ola de privatización con descapitalización de las empresas públicas. También dio paso al modelo individual para el financiamiento de la previsión social. Como punto final, se integraron agentes privados en la prestación de servicios públicos básicos sociales y domiciliarios.

Ese proceso de privatización y desregulación estatal generó una crisis al interior de la institucionalidad, por cuanto el Estado debió replantear su forma de regular algunos asuntos, conceder la libertad vigilada y en otros dejarlos a la dinámica del mercado.

En el caso del control fiscal, con nicho público del 100%, debió buscar fórmulas, para fiscalizar el dinero de origen público en segmentos privados. Esto no fue fácil, el cabildeo ante el Poder público legislativo, facilitó la simplificación en la rendición de cuentas por los particulares, lo que a su vez planteó nuevas y diferenciadas formas de realizar la función evaluadora.

### **3.3.1 Caso de estudio control fiscal en la República Federal de México**

El sistema constitucional mexicano se fundamenta en el *“régimen republicano, federal representativo, con origen democrático; la República constituye el concepto fundamental...”*<sup>101</sup> La Carta fundamental, define como partes integrantes de la federación a

---

<sup>101</sup> MÉXICO. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. (31, enero, 1917). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México, 1917.

32 Estados. El ejercicio de la soberanía corresponde tanto a la Federación como a las entidades Federativas.

Según el artículo 42 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, denominada de Querétaro, una de las más modernas de su época, tiene establecido como modelo de Estado el sistema federal. *En el artículo 49 fue establecida en forma clara la separación de poderes.*<sup>102</sup>

El sistema constitucional democrático de México, fue erigido como Estado liberal de derecho y surge del resultado de innumerables confrontaciones bélicas desde la colonia hasta la post-república, donde adquiere cierta madurez y prestigio, hacia el desarrollo del Estado moderno hasta consolidarlo y conferirle poder y autonomía; en contraposición de las monarquías absolutas de que fue objeto ese territorio.

Ese proceso avanza con circunstancias más evolucionadas y, se importan reglas de prestigio en las cuales se plantea la necesidad de poner límites, al poder de aquellos que detentaban la dirección del Estado. Frente a la existencia de los derechos civiles o individuales, considera Hernández que:

“La teoría de la división de poderes, la soberanía popular, la ley de petición de derechos de los Estados Americanos y de las Declaraciones de los derechos del hombre y el ciudadano, proclamados durante la Revolución Francesa.”<sup>103</sup>

Embebida de la influencia de las instituciones, ideas y pensamiento de la Confederación de los Estados Unidos de América y Europa; e influenciados por el pensamiento y las teorías de J.J. Rousseau, J. Locke, Montesquieu, J. Bentham, J. Madison, entre otros, forjaron la

---

<sup>102</sup> *Ibíd.*

<sup>103</sup> HERNÁNDEZ V., Maribel. La república y el sistema constitucional en México, Convergencia. México: D.R. CONVERGENCIA, 2006.

nueva nación. De tal forma que, la organización constitucional del Estado mexicano está contenida en el pensamiento político moderno.

La característica representativa de la República de México, radica en que la soberanía tiene dos formas, la directa o representativa y es ejercida bajo los mecanismos institucionales dispuestos por los instrumentos electorales establecidos en la carta superior.

Entonces el pueblo, manifiesta su voluntad a través de la participación democrática en la que se ratifica el contrato social del pueblo soberano ante los candidatos elegidos por el sufragio universal. De tal forma que, las decisiones sobre la vida estatal, son tomadas por medio de sus representantes. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consagró ese modelo de democracia. Afirmando que indivisible y está subordinada a la Carta fundante, la federación y estados federados fueron establecidos desde el 31 de enero de 1821 y la Constitución de octubre del mismo año así lo dispuso en forma definitiva.

Esos dos órdenes jurídicos subordinados a la carta fundamental, coordinados entre sí, se les otorgan atribuciones y se les fija factores de poder y se le establecen límites al poder político. Entonces, de acuerdo con lo dispuesto en la regla general del artículo 121, “*cada poder público u órgano son competentes en sus materias.*”<sup>104</sup>

Existen varias categorías de órganos en el Estado federal mexicano, podríamos afirmar que, cuenta con algunos propios, que no pertenecen a la Federación ni a las entidades federativas; ejemplo de ello son: *el Poder Revisor de la Constitución o Constituyente permanente dispuesto en el artículo 135 de la ley suprema*”<sup>105</sup> y el Tribunal que ejerce el control de constitucionalidad de leyes y actos administrativos, cuya competencia esta atribuida al Poder Público judicial federal.

---

<sup>104</sup> MÉXICO. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. (31, enero, 1917). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México, 1917 Óp cit.

<sup>105</sup> *Ibíd.*

Los poderes públicos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, son órganos propios de la Federación diferentes a los de las entidades federativas, que constitucionalmente se le ha otorgado su nivel de competencia.

Una característica esencial del Estado federal es que las entidades federativas gozan de autonomía constitucional, es de señalar, que tienen la facultad, atribución y poder de crear y modificar su orden constitucional interno, respetando los límites y bases de la Constitución general, condición que se cumple en el Estado de México.

Para adentrarnos a hablar de la historia de la Contraloría y del control interno en México, es pertinente y útil referirnos a los antecedentes, que sobre el control del Ejecutivo han existido en todo el devenir histórico de ese país.

Advirtiendo previamente que los sistemas de control interno y control externo o control fiscal, fueron refundidos en uno solo, razón por la cual en algunos estadios históricos la función contralora estuvo en cabeza del Poder Público Ejecutivo y en otras subordinadas al legislativo, todo ello como consecuencia del cambio de modelo de Estado de unitario con centralización al federal.

Con el análisis de la historia del control en México, se intentará abarcar desde la existencia de los antiguos tribunales de cuentas del derecho indiano para arribar al establecimiento de la actual Contaduría Mayor de Hacienda, dependiente del poder público legislativo, También, serán abordados los antecedentes inmediatos de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación.

En México existe un sistema nacional de control, que se encuentra bajo la dirección y coordinación de la Secretaría de la contraloría general de la federación. La Contraloría, surge como Secretaría de Estado en las estructuras de la administración pública y existió como departamento autónomo de 1917 a 1932.



Previo a la época hispana debe destacarse que los indígenas mesoamericanos en sus organizaciones según expresa Alva<sup>106</sup>, aplicaban métodos administrativos, normas y reglas que ordenaban el manejo de los recursos públicos. Los reinos de México y Texcoco fueron el ejemplo claro de ello.

Tenían un orden estricto que, bajo el control de las dignidades de la administración de los bienes del Monarca que tenían a su cargo, para la recaudación y vigilancia de los tributos que recibía la monarquía azteca.

Esas dignidades eran supervisadas y auxiliadas por jueces, así como por amplias medidas de previsión para evitar malos manejos y desviaciones en sus conductas; que según Macedo<sup>107</sup>, *eran censuradas con rigurosas e inflexibles sanciones y, que en los casos de corrupción culminaban con la pena de muerte.*

Más adelante en la historicidad encontramos los sistemas administrativos de la época colonial, se destacaron por su excesivo aparato burocrático, aunado a la hiperinflación normativa, agravada por su dispersión y carácter difuso.

Hecho que es corroborado por la circunstancia que la ordenación administrativa de la Hacienda en los territorios ocupados, no fue uniforme durante el período de tres siglos que duró la misma, según Lanz<sup>108</sup> *conservando en esencia las características de los órganos administrativos de la Hacienda con que fueron diseñados desde la conquista en el siglo XV.*

---

<sup>106</sup> ALVA, Carlos. Estudio comparado entre el derecho azteca y el derecho positivo. México: Instituto Indigenista Interamericano, 1949. p. 33

<sup>107</sup> MACEDO S., Miguel. Prólogo a El derecho de los aztecas de j. Kohler. Traducción del alemán por Carlos Rovalo y Fernández. Edición de la Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho, México, 1924, p. 1516, citado por LANZ CÁRDENAS, José Trinidad. La Contraloría y El control. México: Secretaria de la Contraloría General de la federación-fondo de cultura económica, 1993.

<sup>108</sup> LANZ C., José Trinidad. La Contraloría y El control interno en México, antecedentes históricos y legislativos. México: Secretaria de la Contraloría General de la federación-fondo de cultura económica, 1993. Óp. cit. p. 36-39

Esto de suyo, tornaba compleja la misión de los funcionarios frente al control y vigilancia de la Hacienda Real. Para esa época, se realiza la etapa iniciada con motivo de la expedición de la Ordenanza de Intendentes, emitida en 1786, con la llegada a la corona española de los Borbones que incluyó, la aplicación de ciertas reglas de influencia francesa.

Todos los territorios desde México hasta la Patagonia, asumieron el importante papel del desarrollo de la política-internacional de la corona española en el siglo XVI. Esa política, estuvo orientada fundamentalmente a la defensa del dogma de fe católica, apoyados por las riquezas de los territorios conquistados.

Esa fuente de financiación fue determinante como soporte financiero para el sostenimiento de las guerras mantenidas contra los imperios turco, inglés y francés, situación a la que no fue ajeno el territorio mexicano.

Se entiende entonces, la importancia de la lealtad hacia la corona española, característica esencial para la escogencia de los oficiales reales de la Hacienda y ello fundado en la pretensión de allegar la mayor cantidad de recursos para la gesta bélica, todo lo anterior acompañado de la pena capital aplicada por hurto de los bienes de los monarcas.

La actividad de explotación intensa de los territorios sometidos, era estratégica, tanto que fue considerada una de las más importantes en su época denominándose como Hacienda.

Existió la obligación de los servidores públicos de realizar una declaración patrimonial, en el manejo de los recursos reales, que recayó sobre la gestión colegiada desplegada por los denominados oficiales reales: Contador, Tesorero, Factor y Veedor. Este último, como el antecedente del actual contralor, en consideraciones de Salmoral <sup>109</sup> *tuvo la obligación de declarar sus bienes antes de iniciar sus funciones, según inventarios que debían depositar en la Caja de las Tres Llaves o arca triclave como se denomina hoy.*

---

<sup>109</sup> SALMORAL, Manuel Lucena. El descubrimiento y la fundación de los reinos ultramarinos. Madrid: Rialp, 1982. p. 712

En contraposición a esa obligación, tenían el título que señalaba de modo general su derecho según Salmoral <sup>110</sup> “...al cargo con todas las honras, gracias, mercedes, franquezas, libertades, exenciones, preeminencias, prerrogativas e inmunidades...” que ordenaba se le reconocieran, de igual manera su estipendio de forma. Los comisarios apoyaban de manera complementaria a los citados oficiales reales en el manejo y control de los bienes de la Corona.

Se utilizaron entre otros medios de control, entre otros las instrucciones y las confirmaciones reales, antecedente inmediato de un procedimiento de control, referido a la regulación y existencia de las visitas y juicios de residencia.

Ello para sancionar la ocurrencia de irregularidades e inexactitudes en desarrollo y aplicación de la gestión fiscal de los gestores fiscales, o que con ocasión de ella llegaren a lesionar el patrimonio económico. Indudablemente, que esos procedimientos se constituyen, en los documentos previos que dieron vida a una perfección en los procesos y actividades referidos a la responsabilidad administrativa de los servidores públicos.

En lo referido a la responsabilidad de los funcionarios públicos, existe desde 1896 la Ley de Responsabilidades, encargada de la regulación del mencionado tema, mejorado en propósitos, procedimientos y actuaciones, en lo relacionado con los juicios de residencia, perfeccionado con la Constitución de 1857 y reglamentados en la Ley de Responsabilidades de 1870 por el presidente B. Juárez.

En el desarrollo de guerras y batallas triunfó unas veces, la facción que orientaba el centralismo, en otras el federalismo, finalmente fue restablecido éste como sistema y forma de gobierno. Existió en primera instancia, bajo la centralización en los sistemas de control desde la Secretaría de Hacienda. Así, en ese período histórico, el control fue manejado primeramente en un Departamento de Cuenta y Razón.

---

<sup>110</sup> *Ibíd.* p. 714

Una vez producida la independencia de México, no fue fácil en el período de 1814 a 1917 ubicar el sistema de control fiscal de la cuenta pública. Esta función estaba a cargo de la Contaduría mayor de hacienda. Razón por la cual, en este período no existió un órgano técnico/especializado con autonomía e independencia funcional que se encargara de vigilar el control del presupuesto y evaluar la gestión fiscal de la administración pública.

La función fiscalizadora a la gestión fiscal gubernamental en México es connatural al origen del Estado mexicano fue llevada a cabo en 1824, por la Contaduría, que realizaba el examen de cuentas. El control fiscal en esa época, quedó convertido en un ejercicio difuso, a cargo de diversos entes de la propia Administración. Fue a partir de 1917 cuando se inició una nueva etapa en México, con la promulgación de la Constitución de ese año y con la creación del Departamento de Contraloría.

Restaurado el Estado compuesto, se institucionalizó la Tesorería General de la Federación, la Dirección General de Rentas, manejada en los Estados por los comisarios y subcomisarios de Hacienda Federal, hasta llegar a la creación de la Dirección de Contabilidad y Glosa como una dependencia de la Secretaría de Hacienda en el año de 1910.

La fase discurrida de 1917 a 1932 en México, corresponde a la creación y funcionamiento del Departamento de Contraloría General de la Nación, establecida desde 1917; su reestructuración y cambio de denominación en 1926 como Departamento de Contraloría de la Federación y su extinción a partir del año de 1933.

A mediados del siglo XX, se inició un programa de moralización de la Administración Pública, con el que se instó la honestidad de los funcionarios, la austeridad del gasto y el ejercicio permanente del control interno hacia la ejecución de sus actos administrativos y tareas diarias.

Ese análisis propositivo de la institucionalidad, provocó la expedición de dos normativas, según considera Lanz<sup>111</sup> la *Ley Orgánica de las Dependencias del Poder Ejecutivo, que lo encomendó a la Dirección General de Hacienda*, que tuvo entre otras funciones, las de evaluar y determinar observaciones preventivas sobre las operaciones desplegadas por la administración, y la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados Públicos del Estado, los Municipios y Organismos Públicos Descentralizados, encaminada a persuadir y disuadir las conductas al margen del orden jurídico.

Expresa Lanz<sup>112</sup> que la creación del Departamento de contraloría en México, fue una *decisión, mal planeada, desarticulada, difusa, sin herramientas constitucionales, políticas y coercitivas*, que le permitiera realizar la función de control en forma adecuada y efectiva. Las bases constitucionales/jurídico-normativas con que fue construido el modelo en comparación con las teorías acerca de la autonomía e independencia, fue en ese país un acto lleno de precariedad.

Se adoptaron reglas de prestigio, en el sistema de pesos y contrapesos. Toda la función contralora era ejercida desde el ejecutivo; al refundir las funciones en un solo poder, lo que conllevó a condiciones que imposibilitaron en gran forma establecer y diferenciar los roles con que actuaba ese poder en la ordenación fiscalizadora.

En la década de los setentas se creó la Contraloría general de gobierno, a fin de poder cumplir sus funciones de evaluación y control del aparato estatal, fue necesario realizar una reforma estructural y funcional del poder público ejecutivo federal. A finales de esa década, con la expedición de una nueva Ley orgánica del Poder público ejecutivo, a la contraloría general le son adicionadas nuevas funciones, como vigilar la ejecución del presupuesto y evaluar la hacienda pública mexicana.

---

<sup>111</sup> LANZ C., José Trinidad. Óp. cit. p. 41

<sup>112</sup> LANZ, Óp. cit. p. 42

Con la desaparición del Departamento de contraloría de la federación, surgió una tendencia que, a nuestro juicio, deslegitimó el carácter democrático del Estado. Volviendo de nuevo a regir el centralismo que concentró de nuevo la función fiscalizadora en la Secretaría de Hacienda y por otra, la aplicación de la estrategia de constantes reformas legislativas, se fue atomizando, dispersando y desarticulando la función contralora, hasta ser absorbida por el rol del poder público ejecutivo federal.

El control fiscal fue dispersado en cinco diferentes Secretarías de Estado a saber: Hacienda y Crédito Público, Programación y Presupuesto, Comercio, Asentamientos Humanos, Obras Públicas y Patrimonio Nacional, y, en las dos Procuradurías General de la República y general de justicia del distrito federal.

En 1982, se hizo un alto en el camino institucional, en lo referido al control fiscal, para analizar las causas por las cuales se produjo el desbordamiento del control, llegando a concluir que era debido al desarrollo de la administración pública y entidades estatales que acrecentaron en lo financiero y económico; y por el grado de complejidad en lo jurídico en sus dos niveles, la federación y los Estados miembros.

La consecuencia inmediata fue que el Gobierno federal y de los estados miembros de la federación, a través de la suscripción de múltiples acuerdos, coordinaron el accionar del Estado de forma mejor planificada, encaminadas al emprendimiento de ejercicios de control y evaluación; y aplicación de postulados de transparencia en la lucha contra la corrupción, respecto del manejo de los recursos públicos.

Paralelamente, y, como una forma de consolidar esos propósitos, se entregaron funciones especiales. Así se dieron a la Secretaría de la Contraloría general de la federación, funciones relacionadas con el control interno al sistema financiero y a la función ejercida por los servidores públicos.

Más tarde, de 1994 a 2003, se denominó Secretaría de contraloría y desarrollo administrativo. A partir de 2003 fueron escindidas las funciones dadas a la Secretaría de la Contraloría, producto de un proceso de reordenamiento estructural de carácter organizacional, se adoptaron nuevas formas de integración y funcionamiento de la Secretaría, a través del rediseño de sus procesos sustantivos-adjetivos.

También el establecimiento de políticas y acciones, orientadas a su efectivo desempeño. Esas fueron relacionadas con la función pública general, de forma exclusiva a la Secretaría de la Función Pública, que en esencia expresaban, la necesidad de adquirir el compromiso institucional, de impulsar la creación y adopción de un control externo eficaz compatible con las nuevas circunstancias advertidas.

Esa eficacia debía ser reflejada en la evaluación de la gestión fiscal del Estado. Con ese propósito fue creada la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, como órgano de control.

Como resultado, la creación de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, es un órgano globalizador del control, limitado fundamentalmente a un carácter preventivo, de nuevo subordinándolo al Poder público legislativo.

En el análisis del modelo de control fiscal aplicado en México, se puede afirmar que se registra una importante fortaleza relacionada con el presupuesto federal. La Contraloría General de México, aplica controles previos al mismo, ese control se denomina administrativo, que se conoce como interno y es ejercido por la contaduría; el externo ha sido diferido a un órgano especializado, técnico y autónomo de la nación que es la Contraloría. Entonces, a esa función de control se le agregan funciones consultivas, asesoras y ejecutivas.

Cabe mencionar que el sistema de control fiscal mexicano en la actualidad es de raigambre de Ley Común, pero que contrario a Colombia realizan la vigilancia a prevención sobre el presupuesto público.

### **3.3.2 Caso de estudio control fiscal en la República de Chile**

La forma de Estado, acorde a la disposición constitucional de la carta fundamental del 11 de septiembre de 1980 en su artículo 3<sup>113</sup>, corresponde a un *Estado unitario, con un territorio dividido en regiones*. Tiene forma de República con régimen democrático.

La soberanía reside en la Nación, los ejercicios de legitimación democrática son expresados a través de plebiscitos y de elecciones periódicas, dentro de las atribuciones del régimen presidencialista, el gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, que es el Jefe de Estado y comandante en jefe de las FF.AA.

En la República de Chile la administración tiene forma descentralizada en la organización territorial y desconcentrada en el ámbito nacional, se divide en regiones y éstas en provincias. Se rige bajo un gobierno democrático y existe en el Estado la separación de poderes públicos con una garantía democrática de sus residentes.

El Poder Público Legislativo es bicameral, conformado por la Cámara de Diputados que está integrada por 120 diputados elegidos para períodos de 4 años en las 13 regiones del país y el Senado o Cámara Alta, formado por 49 senadores, todos elegidos por sufragio universal. A su vez la administración de justicia es realizada por la Corte Suprema, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Calificador de Elecciones.

La historicidad del control externo o control fiscal en Chile, nace a la vida institucional y jurídica con la llegada de los reinados de Castilla y Aragón, a la par de la fundación de la

---

<sup>113</sup> CHILE. CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA. (17, septiembre, 2005). Constitución Política de la República de Chile. Santiago, 1980.



ciudad de Santiago, en 1541; estableciendo como prioridad la creación de una institución y normas que ayudaran, a administrar las riquezas de propiedad de los monarcas e impulsar la naciente colonia.

Al igual que en la América Latina, se instaura la función fiscalizadora con la Real Audiencia, inaugurada en 1567, después del siglo XVIII. Sus funciones son asumidas por la Contaduría Mayor de Cuentas. Desde 1869 es reemplazada por la Dirección General de Contabilidad. En 1888, se crea el Tribunal de Cuentas, que aglutinó el pasado y presente de las atribuciones otorgadas hasta entonces a todos los organismos contralores.

En 1925, se dio el paso para la contratación de la misión Kemmerer proveniente de los Estados Unidos de Norteamérica y que al igual que en el resto de la América Latina, replicó el modelo de Contraloría. Ello con la creación de la Contraloría General de la República, desde la fusión de la Dirección General de Contabilidad, el Tribunal de Cuentas, la Dirección General de Estadísticas y la Inspección General de Bienes de la Nación.

Así la República, inició la etapa de la Contraloría que cobró vida en virtud del DFL N° 400-Bis, del 26 de marzo de 1927. Luego de su creación, se presenta la reforma aprobada en 1943, que le otorgó rango constitucional a esta entidad fiscalizadora.

Posteriormente, es promulgada en 1952 la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, la cual a su vez ha experimentado diversas modificaciones hasta la fecha. Entonces tenemos que, el órgano superior de fiscalización de la administración del Estado, es Contraloría General de la República, su regente es designado por el Jefe del poder público ejecutivo acuerdo previo con el Poder público legislativo.

La edad de cesación para el ejercicio del cargo o de retiro forzoso está dispuesta al cumplir la edad de 75. Para suplir la ausencia del Contralor en los casos anteriores, existe la figura de Subcontralor.

Las funciones que desempeña la Contraloría General de la República de Chile, son las clásicas del control fiscal: fiscalización, de Tribunal de Cuentas y funciones complementarias. Así mismo, a nivel local, la Contraloría General de la República mantiene un orden regional desconcentrado a través de las Contralorías regionales que actúan en el ámbito de sus competencias.

Para ejercer la rendición de cuentas, el Contralor debe presentar al Presidente de la República dentro de los primeros quince días de cada mes un informe sobre las operaciones fiscales contabilizadas en el mes inmediatamente anterior. De igual forma, entrega al Presidente de la República y al Congreso Nacional, a más tardar el treinta de abril de cada año, un informe sobre el ejercicio financiero del año anterior.

Esta situación confirma una de las características del híbrido sistema de Ley Común, con la comisión Kemmerer, donde la Contraloría General de la República de Chile no tiene autonomía financiera, de modo que la aprobación de gastos y funcionamiento, está sometido a los mismos tramites del presupuesto general del Estado.

El control fiscal, es considerado como el conjunto de actividades realizadas por la institución competente, que en todos los casos es la Contraloría General de la República, quien mediante el establecimiento de sistemas y procedimientos diversos, busca dos propósitos fundamentales: el eficaz y eficiente funcionamiento de la administración pública con resultados tangibles, apegados a la constitución, la ley, y la protección del interés general e indemnidad del patrimonio público.

El control fiscal se convierte en la vanguardia del nuevo derecho administrativo, con fortalecimiento hacia el control y el avance hacia la especialización del derecho resarcitorio. Este cada vez cobra mayor importancia, a medida que avanza la actividad financiera de los presupuestos públicos, donde todo recurso deba tener una trazabilidad en su ejecución, inversión o gasto.

En ese orden de ideas, la consagración del control fiscal es de rango constitucional, establecido desde el 11 de septiembre de 1980, en los artículos 98, 99 y 100. El ente fiscalizador ejerce los controles típicos de la actividad sobre los actos de la Administración, que lleven implícita la realización de la gestión fiscal ejecutando la función jurídica de control.

Esa tarea se cumple mediante, la función de evaluación de la gestión fiscal con apoyo de dictámenes y análisis que apareja actos jurídicos con carácter obligatorio para la administración fiscalizada.

También, fiscaliza la ejecución de los inventarios y la inversión de los fondos del Estado, en el ámbito nacional como en las municipalidades, así como de los demás organismos y servicios que sean asumidos por el Estado.

Así mismo, examina y dictamina las cuentas de las personas naturales o jurídicas que tengan a su cargo bienes, fondos donde el Estado tenga participación mayoritaria; además son responsables de llevar la contabilidad general de la Nación. La función pública cumplida a través de la emisión de dictámenes, es una de las actividades trascendentales del ejercicio de la función fiscalizadora y se erige como el pilar fundamental en su lucha contra la corrupción.

Con base en ella interpreta las normas jurídicas que inciden en el ámbito de su competencia, labor que se materializa en la emisión de lineamientos jurídicos estos generan normas generales para armonizar el ejercicio de la gestión fiscal de todas las entidades públicas con carácter obligatorio para los sujetos de vigilancia fiscal por la gestión fiscal desplegada sobre bienes, servicios y valores sometidos a inspección, vigilancia y control del ente de fiscalización.

Al desplegar esta actividad de interpretación, crea una doctrina de derecho administrativo que es conformada por un sistema de precedentes obligatorios para los sujetos de

vigilancia. Con ello, se consolida la unidad del sistema doctrinal normativo en forma uniforme, impersonal y abstracta, lo que permite su consistencia.

De tal forma que, cada decisión contribuye a orientar otras múltiples decisiones posibles, haciendo posible el proceso de mejora continua de la administración vigilada buscando el cumplimiento de los entes públicos a través su integralidad y coherencia. Con esta actividad la Contraloría general, proporciona parámetros en la aplicación de la norma legal relacionada con la transparencia, publicidad, economía, eficiencia, equidad, valoración de costos ambientales y ética pública.

Lo que conlleva a su reiterada aplicación particular, equivalente en normas específicas. El efecto que genera en el largo plazo, la actividad de interpretación al sistema jurídico a través de precedentes administrativos, es que posibilita que el rol de la administración pública, al cumplir los cometidos estatales, gane en previsibilidad; afirmando la legítima expectativa que tienen todas las personas, de que la administración tome decisiones de manera armónica.

El sistema de control fiscal de Chile, ha mutado jurídicamente y se encuentra que, ejerce una forma de coadministración paralela a la potestad administrativa y legal de los decretos con fuerza de ley que dicta el Presidente de la República; además de los decretos y resoluciones que deban surtir su trámite ante ella.

Sin lugar a dudas, lo que instituye un control de juridicidad de los instrumentos que se examinan; que aunque no pueda pronunciarse o calificar los aspectos referidos a los requisitos de fondo o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas, se constituye en un *“procedimiento obligatorio para el Presidente de la República.”*<sup>114</sup>

---

<sup>114</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE, Contraloría General de la República de Chile. [En línea] s.f. [Citado el: 15 de marzo de 2017.] Disponible en: <http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/portalCGR/CGRTransparente/facultades1.html>.

Control totalmente inconveniente porque termina legitimando decisiones que no puede modificar o controvertir.

El objeto misional de las Contralorías es la realización de su principal producto: el informe de auditoría gubernamental con enfoque integral, con ella ejecuta su plan de auditoría. La Contraloría General de la República de Chile, no es la excepción, le corresponde efectuarlas. Su propósito con ellas es velar por el cumplimiento del orden jurídico, garantizando en la ejecución de la gestión fiscal la indemnidad y protección del patrimonio público, representado en el presupuesto.

A través de las auditorías, se analizan, evalúan y fiscalizan los sistemas de control interno de las entidades y personas naturales o jurídicas particulares que tienen a su cargo, patrimonios públicos, fondos, bienes y servicios. Se realiza la evaluación del cumplimiento del conjunto normativo sobre materias financieras, particularmente, las que se refieren a la ejecución de los estados financieros y se formulan las proposiciones que sean adecuadas para corregir los yerros detectados.

El examen de cuentas, es otra función constitucional que le corresponde realizar en forma exclusiva a la Contraloría general. Ese examen queda incluido dentro del plan y programas de auditoría. Asimismo, dentro de las acciones ciudadanas y del sistema de derecho de petición, quejas y reclamos; el órgano controlador debe realizar visitas administrativas a los sujetos de control.

El resultado de esas visitas es un informe, en el que asume los asuntos de su competencia, básicamente el tema de la responsabilidad fiscal. A través de la realización de las indagaciones a que haya lugar y dando traslado de los resultados del informe a las instancias competentes, por las presuntas infracciones a los diferentes ordenamientos jurídicos inobservados.

Otra de las responsabilidades del organismo es la función relacionada con la actividad contable, se examina y evalúa los actos expedidos por el sujeto de vigilancia conforme a los principios y normas sobre contabilidad.

Siendo también su competencia exclusiva, la regulación de la contabilidad general del sector público, atendiendo para este fin los parámetros definidos por la “*Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado sobre la contabilidad nacional y sus procedimientos técnicos aplicables*”<sup>115</sup>

La Carta fundamental de Chile, difiere al ente de control la función examinadora sobre el contenido de las cuentas rendidas por los obligados a cargo de bienes, servicios o fondos originados en el presupuesto público. Con ello debe velar por la legalidad, indemnidad e integridad del patrimonio del Estado desde la evaluación de la gestión fiscal de sus sujetos de control.

Como es lógico, establecieron el procedimiento para el inicio y finalización de los procesos de responsabilidad fiscal, a quienes causaron daño al patrimonio estatal. Para tal propósito, la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República N° 10.336 de 12 de mayo 1952, regulando la institucionalidad conforme a la cual este ente debe llevar a cabo dicha función, contemplando para tal efecto, “*la existencia de una Fiscalía y de los Tribunales de Cuentas de Primera y Segunda Instancia*”<sup>116</sup>

Se lleva a cabo un proceso de responsabilidad administrativo, la primera instancia se tramita en el juzgado de cuentas creado para tal fin, cuyo juez es el Subcontralor. Una vez surtido el trámite procesal administrativo, se inicia la segunda instancia, tramitada ante el Tribunal de Cuentas de segunda instancia que está compuesto por el Contralor General y por dos abogados designados por el Presidente de la República.

---

<sup>115</sup> CHILE. MINISTERIO DE HACIENDA. Decreto Ley Orgánico de Administración Financiera Del Estado 1263. Santiago de Chile, (21, noviembre, 1975)

<sup>116</sup> *Ibíd.*

El oficio principal de este último Tribunal, es conocer los recursos de alzada y de revisión, que sean interpuestos. En todas estas etapas del juicio de cuentas, la Fiscalía de la Contraloría General de la República actúa en defensa de la sociedad, para la indemnidad, protección y garantía de los intereses patrimoniales públicos.

La efectividad de los mecanismos de responsabilidad en Chile tiene a su cargo el deber legal “*de fijar directamente responsabilidades de tipo patrimonial.*”<sup>117</sup> Similar a lo que acontece en Colombia.

### **3.4 SISTEMAS DE CONTROL FISCAL EN EUROPA**

Francia, pionera de la implementación de los sistemas de control externo en la historia de la función fiscalizadora, la Cour des Comptes, es el órgano de mayor antigüedad, en los albores de la aparición del Estado. Nacido en la edad media en 1190, por recomendación del Consejo real de Felipe II para efectuar actividades para la elaboración de un proceso de rendición de cuentas, ante la corte del Rey según considera Valles<sup>118</sup> *a fin de enterarlo del gasto de los tributos recaudado de los súbditos.* Es éste el antecedente de la moderna Corte de Cuentas, pero en este caso, con proximidad al poder ejecutivo en principio en cabeza del soberano.

Posteriormente, se crearon los jueces de cuentas y la cámara de cuentas en 1256. El marco competencial de la Corte de Cuentas francesa, se direcciona al análisis de la contabilidad y la rendición de cuentas, ejerciendo el control regular de la gestión llevada con el gasto por los obligados.

Durante la ocurrencia de la revolución, fue suprimido el sistema de instituciones colegiadas, bajo el señalamiento de corrupción y de pertenecer al antiguo régimen. En otros casos, y sobre jueces provinciales, por su ineptitud para ejercer el cargo.

---

<sup>117</sup> *Ibíd.*

<sup>118</sup> VALLES, Óp. cit. p. 52

Ello no quiere decir que los gestores de la revolución no tuvieran presente la necesidad de garantizar el control a la gestión fiscal de la administración, sobre bienes, fondos o servicios públicos; por el contrario, en la Declaración de los Derechos del hombre y el ciudadano de 26 de agosto de 1789, fueron categóricos cuando en su artículo 14 consignaron:

*“Los ciudadanos tienen el derecho de comprobar, por sí mismos o a través de sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de aceptarla libremente, de vigilar su empleo y de determinar su prorrata, su base, su recaudación y su duración”*<sup>119</sup>

Una vez fue instalada y entrada en funcionamiento la Asamblea Legislativa, reservó al poder público legislativo francés la potestad de ajustar las cuentas públicas de la nación, mediante el Decreto N° 17-29 de septiembre de 1791, ello con fundamento en la teoría de la representación política y democrática, válida por la situación de la época.

Lo que se materializó mediante, el establecimiento de un órgano de carácter técnico especializado denominado, la Oficina de contabilidad, que fue concebida para reemplazar la Cámara de cuentas. La Oficina de contabilidad, como ente auxiliar de la Asamblea Legislativa limitaba su función a la preparación y examen de las cuentas presentadas. Con el cumplimiento del debido proceso eran recibidos los descargos de los entes públicos a través de los contadores.

Ese ente profería un acto administrativo en caso de conflicto para su resolución, denominado contencioso-contable, pero quien tomaba la decisión final era el Tribunal civil que fuese competente, por razón del territorio, para hacer efectivo el cobro de los débitos.

---

<sup>119</sup> ASAMBLEA NACIONAL FRANCESA. Óp. cit.



Durante el período de estabilización de Francia, en la época de la revolución, intervinieron en el inicio, tramitación y culminación del sistema contable, tres instancias claramente diferenciadas: *la Oficina de Contabilidad, la Asamblea Legislativa y el Tribunal Civil.*<sup>120</sup>

En 1807, Napoleón Bonaparte, mediante Ley de 16 de septiembre, decidió reconstruir la jurisdicción contable lo que no previo *fue la colaboración de los comisarios al Parlamento, que los usaba para controlar al ejecutivo.*<sup>121</sup>

Al estabilizarse el Tribunal de cuentas de Francia, desde 1807 amplía todas sus competencias, atribuciones y facultades, que van desde la regularidad formal de los ingresos hasta la fiscalización de cuentas de las empresas públicas y la seguridad social, además incluyendo el examen de la gestión fiscal de todos los organismos que reciben subvenciones financieras del Estado.

El devenir histórico desde la creación de la Corte de Cuentas de Francia, ha sido función inherente de control a la gestión fiscal sobre los recursos. Ese hecho es en realidad idéntico a lo sucedido en los reinos de Castilla y Aragón, en esta primera etapa el Monarca Francés, pedía cuenta a sus súbditos sobre su gestión por medio de los consejeros de la corte de cuentas.

Con la aparición del Estado constitucional, se prueba la inseparable función de controlar, a través de reglas de validez, el poder político es limitado dentro del sistema de pesos y contrapesos, mediante la aplicación del principio de la separación de poderes. En la modernidad, con el surgimiento de los partidos políticos, se instituyó el control externo como una garantía a las personas y ciudadanos.

---

<sup>120</sup> *Ibíd.* p. 57

<sup>121</sup> *Ibíd.* p. 58

Desde la consolidación del Estado constitucional democrático, el control fiscal se convierte en una institución imprescindible que con procesos de legitimación confirma el principio de separación de poderes y la acción gubernamental.

### **3.4.1 Caso de estudio control externo financiero en Alemania**

La forma de Estado de Alemania, es de conformidad con el artículo 20-I de la Ley Fundamental de Bonn, el de una República democrática con una organización federal. El sentido del principio republicano se concreta por ejemplo, en las disposiciones en materia electoral sobre la designación por sufragio universal del Presidente federal como jefe de Estado.

La República Federal Alemana tiene un sistema de gobierno parlamentario, único órgano federal elegido directamente por los ciudadanos. En función de la facultad de representación recibida de los ciudadanos, toda actuación estatal debe ser autorizada/refrendada por el Poder Público Legislativo. El legislativo cumple la función de conformar el Gobierno federal nombrando al Canciller federal y éste a su vez, a los ministros federales nombrados por él.

Dentro del principio de separación de poderes del Estado constitucional, el Poder público legislativo es un ente definido desde la Ley Fundamental, como constitucional autónomo. Por ello, conserva incólume la potestad de ejercer el control externo sobre el gobierno, esencialmente a la reclamación de la presencia de los miembros del Gobierno federal, al nombramiento de comisiones de investigación y según lo considera Elías<sup>122</sup> *a la revisión del presupuesto en combinación con el Tribunal Federal de Cuentas.*

---

<sup>122</sup> ELÍAS M., Cristina. El sistema constitucional de Alemania. Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad Nacional de Educación a Distancia-UNED. [En línea] s.f. [Citado el: 15 de abril de 2017.] Disponible en: [http://www.ugr.es/~redce/REDCE15/articulos/02CEliasMendez\\_OBleisteiner.htm#cinco](http://www.ugr.es/~redce/REDCE15/articulos/02CEliasMendez_OBleisteiner.htm#cinco)

Existe dentro de la forma de Estado, una clara división entre el Estado federal y la estructura territorial, quienes se conforman particularmente en la asignación de competencias de legislación, administración, jurisprudencia y financiación entre la Federación y los Länder.

En lo relacionado con la función legislativa, en el ámbito federal como el estatal, existen dos órganos: uno estatal central y otros dieciséis federativos constituidos democráticamente por sufragio universal. Coexiste una cláusula de las denominadas pétreas constitucionales y es la denominada como derecho de participación fundamental de los Länder en la construcción de la legislación y administración de la cosa pública.

Sin embargo, antes de abordar el tema del sistema de control externo de Tribunal de Cuentas, se considera pertinente abordar brevemente el sistema de Ley Civil. Como precedente se comentó el distintivo esencial radica, en la adopción de modelo personalista del derecho romano y se caracteriza porque la norma de derecho se elabora recogiendo el uso de la costumbre y se aplica, ya decantada y previamente legitimada.

La ley tiene toda la preponderancia frente a las otras fuentes del derecho, es un sistema positivista, es decir, fundamenta su accionar en la normatividad emanada del poder público legislativo, generalmente y excepcionalmente por el poder público ejecutivo.

Los Länders son los Estados federados, y su potestad no es absoluta, está limitada en su objeto, de acuerdo con el reparto de competencias de la ley fundamental, entre la Federación y los Estados, pero no se deriva de la Federación. El análisis referido a las Constituciones de los Estados federados como parte integral de la República Federal de Alemania enfatiza Vogel<sup>123</sup> *se inicia desde el reconocimiento de la existencia de unos entes de carácter estatal.*

---

<sup>123</sup> VOGEL, Juan J. El régimen federal de la ley fundamental. Manual de derecho alemán. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001. p. 621

Esa forma estatal denominada Estados federados, tienen el reconocimiento y la capacidad, mediante norma constitutiva de rango fundamental, que dentro de la complejidad del Estado compuesto deban cohabitar en el marco de un ordenamiento federal, conferido igualmente de su propia Constitución, en este caso, la Ley Fundamental alemana.

Para tener una comprensión apropiada del conjunto del sistema jurídico-fundamental alemán, en relación particular con las Constituciones de los Estados federados deben ser observados como expresa Giménez<sup>124</sup> *los conceptos de cualidad estatal, soberanía, autonomía constitucional y competencia.*

Que para el modelo de Estado se convierten en imprescindibles para comprender la naturaleza jurídica, posición en el sistema de fuentes, contenido y funciones de esas Constituciones de los Estados federados. Esos elementos permiten conocer /calificar la posición del Estado y su Constitución en el régimen jurídico-político.

Por lo tanto, es pertinente anunciar la innecesaria división al referir el término Constitución, pues será la misma para aludir a la Constitución federal como a las Constituciones de los miembros federados.

Ahora bien, existen diferencias y éstas serán apreciadas por el lector en cuanto a teorías y cualidades sobre la autonomía e independencia de los Estados federados en Alemania. Esas diferencias esenciales se intentarán exponer de manera muy breve y sustancialmente descriptiva.

Hoy al menos, excepto la teoría unitarista, está zanjada la discusión acerca la cualidad estatal de los Estados miembros, entendida como la existencia de una separación de competencias, básicamente, aunque no sólo de carácter legislativo, establecida, en sus

---

<sup>124</sup> GIMÉNEZ SÁNCHEZ, Isabel. Cualidad estatal, soberanía, autonomía constitucional y competencia en la república federal de Alemania: Las constituciones de los 'Länder'. REAF. 2012, 16, pp. 30-73.

elementos estructurales, como manifiesta De Vega<sup>125</sup> *por el sistema de ley fundamental federal y, por lo tanto, indisponibles para una sola de las partes.*

Que la Federación y los Estados miembros sean considerados como Estados significa sobre todo que, tanto una, como los otros, contienen una serie de características que le dan los atributos de estatalidad denominados pueblo, territorio y poder estatal.

La construcción de esta teoría denominada de los tres elementos, en la federación alemana tiene su génesis en Jellinek, en la que se considera que el Estado consiste en una asociación humana reunida, en lo manifestado por Dalla<sup>126</sup>, *en torno a un pueblo estatal que vive en un determinado territorio y que cuenta con un poder público organizado.* Resalta con preponderancia en la teoría de los tres elementos, el último, referido a los poderes públicos, el que ha sido caracterizado según Locke<sup>127</sup> *como decisivo en orden a la definición de la estatalidad.*

Así las cosas la condición esencial para tener no solo cualidad estatal, sino al poder público organizado como función suprema, que pueda ser inveteradamente ejercido de manera independiente en el campo de sus pertinentes competencias, siendo en todo tiempo oponible a los asociados.

Entonces, la clave está contenida en la preexistencia de espacios competenciales caracterizados, lo que posibilita que Estado central y federados puedan ejercitar autónomamente su propio poder público. La regla constitucional es la llamada en el orden estatal a realizar el prorrateo de los segmentos de competencia.

---

<sup>125</sup> DE VEGA G., Pedro. El transito del positivismo jurídico al positivismo. Teoría y Realidad Constitucional. 1998, Vol. 1, 1, pp. 65-87.

<sup>126</sup> DALLA V, Alberto Ricardo. Consideraciones sobre la Teoría General del Estado. [En línea] Revista Mexicana de Derecho Constitucional, s.f. [Citado el: 15 de marzo de 2017.] <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5765/7587>.

<sup>127</sup> LOCKE, John. Segundo Tratado del Gobierno Civil 1690. Óp. cit. p. 29

Esa asignación de competencias debe estar claramente separada en orden a diferenciar las correspondientes a la Federación, es decir al Estado central y qué otras a los Estados miembros.

Además, establece una clara separación que evita a futuro conflictos desgastantes en punto a definir regímenes impositivos en materia tributaria, transporte y demás situaciones estratégicas para el funcionamiento adecuado del sistema constitucional democrático.

Ahora se comentará brevemente la soberanía en el Estado federal alemán, concepto que en el derecho constitucional ha variado, siendo necesario hacer distinción entre soberanía exterior e interior. Y nos referimos particularmente a los procesos de integración regional económica que generan ordenamientos supranacionales, Unión Europea, Comunidad Andina, Nafta, Mercosur, entre otros.

Esos ordenamientos en materia jurídica/comercial, han establecido nuevas definiciones expresadas por Arroyo<sup>128</sup> *tales como, soberanía exterior o jurídico-internacional y soberanía interior o jurídico-pública del Estado.*

En este esquema debemos concluir en el Estado federal, los Estados miembros en relación con la soberanía exterior, solamente tienen las competencias que en la esfera internacional les conceda la Constitución federal o les ceda la propia Federación, pero en la integración no poseen ningún poder soberano.

En el caso de la soberanía interior, se alude que la autonomía constitucional, es derivada desde el Estado federal a partir del concepto de soberanía. Es aún, por ello, que en el derecho constitucional es aceptada la caracterización del Estado federal como una unión de Estados, en la que al Estado superior le corresponde tanto la soberanía interior como la exterior, en contraste con la Federación de Estados, en la que la soberanía permanece en los Estados miembros.

---

<sup>128</sup> ARROYO, Óp. cit.

Pero este concepto, en una colectividad con vocación estatal y de soberanía popular, deberá reformularse, no es posible tener un poder superior y originario es inconcebible en una democracia, ya que haría imposible la gobernabilidad, por cuanto sería oponible el poder soberano.

Entonces, a partir de la perspectiva de la soberanía popular, el poder público siempre será derivado. En otras palabras, no se trata más que de una competencia delegada desde el pueblo a los órganos creados por la Constitución para su ejercicio. Por lo tanto, el único soberano, es el pueblo, que con su acción electoral legitima el poder público.

La concepción del poder político interno y externo es concebida desde las federaciones. Es loable indicar que, bajo esa perspectiva existen Estados federados y Estado federal, desde un punto de vista jurídico y los estados miembros, resultan ser parte integral del pueblo federal.

Así las cosas, en el régimen federal alemán, deben entenderse conceptualmente la soberanía como la legitimación directa de la decisión electoral, antes que impedir la caracterización del Estado federal, la consolida como una estructura de soberanía compartida.

Es decir la misma decisión popular en la federación tiene aplicación a los Lander. Lo que refiere que poder público de la Federación y poder público de los Estados federados, constitucionalmente está distribuido en competencias.

Acorde con lo expuesto entonces, el sistema de control fiscal en la República Federal de Alemania resulta estar inspirado y construido bajo la marca indeleble del prototipo Románico-Germánico de Ley Civil. Para ser aplicadas en Tribunales de fiscalización, creando toda una doctrina autónoma que requiere intervención de otras cortes o tribunales del poder público judicial.

Así está integrado por el tribunal federal y los tribunales de los dieciséis Estados miembros o Estados federados, quienes actúan bajo un nivel de jurisdicción y competencias diferenciados por el ámbito Nacional y el orden Territorial.

El control fiscal en Alemania, se denomina control externo de las finanzas públicas de la República Federal de Alemania y de los Länder que, poseen autonomía dentro del ámbito de sus competencias. Ha sido establecido claramente, la inexistencia de condicionamientos desde la Constitución de 1949 con las posteriores reformas, adiciones, respecto a controles jerárquicos o de tutela del orden nacional hacia el territorial.

Esa regla tiene su excepción y es la referida a la obligatoria aplicación de los reglamentos y procedimientos, cuando en una actuación auditora se vislumbre la coexistencia de inversión del orden nacional en lo territorial.

Entonces al darse allí, el fenómeno de la concurrencia de los tribunales, de uno y otro nivel, establecer conjuntamente las estrategias y objetivos para cumplir la función fiscalizadora. Como sucede en Colombia, siendo su sistema de ascendencia de Ley Común.

Contrario a ese modelo, el Tribunal federal de cuentas de Alemania, donde se adoptó el sistema de Contraloría colegiada, cumple las funciones de: verificar la función fiscalizadora y evaluadora de la gestión fiscal; mediante las auditorías de cumplimiento, previo acuerdo con la administración fiscalizada.

También asesora al Gobierno federal, regional o municipal y dentro del resultado de esas evaluaciones, procede a realizar las recomendaciones pertinentes que no tienen carácter vinculante, pero bajo el entendido que su desatención pueda generar consecuencias en futuros procesos auditores.

Diferente a lo que sucede con el sistema de Contraloría, establecido en Colombia, el modelo colegiado aplicado en Alemania, tiene competencia constitucional y legal para



asumir la función consultiva independiente de ser tribunal federal o de los estados miembros.

Esa función se divide en asesoramiento dependiente e independiente. El primero es afín a actuaciones examinadoras/evaluadoras específicas, entendiendo por ellas no sólo propuestas y recomendaciones en el marco de las conclusiones de la auditoría.

Ese asesoramiento genera un valor agregado importantísimo, por cuanto un intercambio informal de posturas, ideas y opiniones de los problemas de la Administración. Es esta la instancia, en que los tribunales de cuentas comparten, el rol asimilado de socios expertos, en conocimientos técnicos y experiencia, como resultado de acumulados históricos de procesos auditores.

El segundo se efectúa para tratar temas de medidas o procedimientos de carácter financiero u organizativo, programados por el Gobierno o los ministerios, o bien por las instituciones subordinadas y recae sobre los parlamentos, gobiernos y ministros. No está relacionado con procesos concretos de control, pero debe estar legitimado por experiencias fiscalizadoras.

La opinión experta, se da sobre la base de propuestas de optimización, convirtiéndose en un compromiso futuro de la administración vigilada. Por regla general, los tribunales de cuentas no están obligados a desempeñar la función consultiva.

A nuestro juicio, una de las más importantes funciones del Tribunal de cuentas en Alemania es la de acompañar la formación/revisión/ejecución del presupuesto conjuntamente con el poder legislativo federal, que genera muchas ventajas; la primera es tener clara la asignación de recursos a cada programa/proyecto/contratación, el origen de sus fuentes y las limitaciones financieras sobre el mismo.

En Colombia, con la adopción del sistema de Contraloría la labor coadministradora está vedada desde la carta suprema, por disposición del artículo 267, de la Ley 42 de 1993,

artículo 5 y entre otras de las Sentencias C-113 de 1999<sup>129</sup> y C-716 de 2002<sup>130</sup>, proferidas por la Corte Constitucional.

También, la intangibilidad del presupuesto del tribunal federal y de los länder, contrario a lo que sucedió en Colombia con la expedición de la Ley 617 de 2000, que impuso techos presupuestales a la organización territorial, ello produjo la extinción de la función fiscalizadora territorial en más del 70%.

Es importante connotar que, el control externo de las finanzas públicas también es efectuado por los Estados miembros. En esta forma de Estado, no sólo la Federación posee carácter estatal, sino también cada uno de estos, es competencia de los tribunales de cuentas de los Lander. Similar a lo que sucede con las competencias del control fiscal territorial en Colombia; siendo titular de la capacidad de la guarda de la gestión fiscal de la administración vigilada.

Las atribuciones de los tribunales de cuentas se derivan de la Constitución. Como órganos de control con carácter de autonomía e independencia, estando sometidos únicamente a la ley. Lo que es replicado en los tribunales de cuentas regionales que para su ejercicio no dependen de ninguno de los poderes del Estado federado, sino que se encuentran entre el Poder Público Legislativo y Ejecutivo, sin ser órganos dependientes suyos.

Todo ello por mandato de las normativas legales generales del poder público legislativo federal, en el ámbito de la gestión presupuestaria, de donde se produce el ejercicio de la función fiscalizadora, evaluadora y de acompañamiento. Esta es una gran ventaja sobre el sistema de Contraloría, el cual se encuentra objetivamente subordinado a los poderes públicos del Estado y su función de control se ve ostensiblemente limitada.

---

<sup>129</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-113. Óp cit.

<sup>130</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-716. Óp cit.

Se puede afirmar que la función de control hoy, se encuentra estandarizada sobre una misión que es igual en los tres sistemas, ya que se inclina a la fiscalización del cumplimiento de la aplicación de debida forma de los principios de economía, eficiencia, eficacia y efectividad.

En cuanto a la naturaleza de los sujetos de control, se incluyen públicos, mixtos y privados, todos bajo la condición de administrar dineros provenientes del erario. Ello sucede en igual forma en el Estado federal alemán y de los Estados miembros. Siempre que se cumplan estos requisitos, no existe ningún tipo de área o entidad exenta de control.

Dentro del proceso de fiscalización, los tribunales de cuentas tienen autonomía para decidir que procesos auditores se van a iniciar. Lo que es realmente importante en este proceso auditor es que ante la falta de resultados se pueden limitar las revisiones e interrumpir las verificaciones ya iniciadas.

El Poder público legislativo o el ejecutivo regionales pueden realizar solicitudes no vinculantes, a los entes de control externo, en el marco de su responsabilidad constitucional.

Las decisiones del órgano de control se toman en forma colegiada y esencialmente se realizan sobre temas de importancia cuales son: el informe anual, la planificación de las auditorías y conflictos de competencias. Las disposiciones que no tienen carácter vinculante son diferidas a un consejo formado por dos o tres miembros.

Los tribunales de cuentas están divididos en secciones o ámbitos de fiscalización, cada uno de ellos es dirigido por un magistrado donde sus competencias están ordenadas de acuerdo con criterios establecidos en el reglamento. Indudablemente, el sistema de Cortes y Tribunal de cuentas, en el sistema de control fiscal, ofrece comparativamente mayores ventajas, ya que el proceso judicial se acompaña del administrativo con la ejecución del proceso auditor y la evaluación de la gestión fiscal.

Las funciones asesoras, coejecutora dictaminadora, inspectora, y de vigilancia, le generan un plus que le da prestigio al ente de control, adicionada a la autoridad que deben reconocer los poderes públicos.

### **3.4.2 Caso de estudio sistema de control externo, Tribunal de Cuentas y órganos de control externo de las comunidades autónomas en España**

En la monarquía constitucional de España, el presidente del Gobierno se comporta como individuo para unos asuntos bajo la aplicación del Principio de dirección presidencial, en otros actúa en calidad de colegiado. El Gobierno tiene dependencia vinculante de carácter político del Poder público legislativo integrado por Diputados, quienes ejercen control sobre “los actos políticos del gobierno, generando responsabilidad política por cada uno de los miembros del gobierno.”<sup>131</sup>

La designación del Presidente de Gobierno, es de competencia exclusiva de las Cortes Generales o Poder público legislativo, compuestas por el Congreso de los Diputados y el Senado, acto político a cargo del Congreso de los diputados, que se produce cuando se forman las dos cámaras de diputados.

El candidato del partido vencedor en el proceso electoral, dirige el discurso protocolario ante el Congreso, una vez concluida su intervención los diputados proceden a expresar mediante el voto su intención de designarle como Presidente del Gobierno.

Si el partido mayoritario en las elecciones tiene mayoría absoluta, el candidato será elegido sin mayores complicaciones, a contrario sensu si la correlación de fuerzas políticas es relativa deberán realizarse las coaliciones resultados concretados a través de los denominados pactos políticos o partidistas.

---

<sup>131</sup> ESPAÑA. CORTES GENERALES, CONGRESO DE LOS DIPUTADOS Y SENADO. Óp. cit.

Según el artículo 98 de la Carta fundamental de España para cada legislatura es el Presidente del Gobierno es la investidura de mayor poder político efectivo del Estado, siendo la figura más importante del Gobierno.

La designación del Vicepresidente o Vicepresidentes, es de la exclusiva competencia del Presidente del gobierno. Su existencia es potestativa y no obligatoria, sus funciones son las que encomiende el Presidente. En el caso de los Ministros, la vinculación y su declaración de cese de función la realiza el Rey a propuestas del Presidente del gobierno y cesa por el mismo procedimiento, sus funciones son las del ámbito departamental de sus ministerios.

La estructura política del Estado español según Biglino<sup>132</sup> es la *monarquía constitucional hereditaria con un régimen de democracia parlamentaria*. Conserva la separación tradicional tripartita de los poderes públicos segmentados en Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Según lo normado en la ley suprema española, el monarca regente es el Jefe de Estado y Capitán General del ejército, como máximo jefe de las Fuerzas Armadas.

Como ha sido mencionado precedentemente, entre las funciones que le otorga la Constitución figuran la de formalmente proponer al Congreso el candidato a Presidente del Gobierno y nombrarlo, una vez que ha obtenido la confianza de las Cortes, la de nombrar a los restantes miembros del Gobierno propuestos por el Presidente y sancionar las leyes aprobadas en las Cortes. Con relación al ejercicio monárquico y según Castella<sup>133</sup> *La persona del Rey tiene un fuero especial que le otorga inmunidad, por lo que es inviolable y no está sujeta a explicaciones*.

Dentro de la estructura de la división de poderes públicos se encuentra la independencia del poder legislativo, sus miembros son elegidos cada cuatro años. Unas de sus funciones más

---

<sup>132</sup> BIGLINO C, Paloma. Parlamento y Control de Cuentas. Revista Española de Control Externo. 2001, Vol. 2, 7, pp. 25-38.

<sup>133</sup> CASTELLÁ, Josep María. Sistema parlamentario y régimen electoral en España: similitudes y diferencias entre la forma de gobierno en el Estado y las Comunidades Autónomas. Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. 2012, 27, pp. 73-103.

relevantes son, aprobar los presupuestos del Estado, controlar la actividad Gubernamental y elegir al presidente del gobierno cada cuatro años.

El Poder público ejecutivo de la nación, lo ejerce el Presidente del gobierno, elegido por el poder público legislativo por períodos de cuatro años. El Poder público judicial administra justicia con Jueces y Magistrados.

En cuanto a la organización territorial en su forma Político-Administrativa, está organizada en municipios, provincias y las regiones autonómicas, en comunidades. A su vez cada Comunidad está formada por una o varias provincias, en España, hay 50 provincias. Cada provincia la componen un número determinado de municipios.

Aunque es un Estado unitario, cuenta con niveles de descentralización, política y administrativa, de tal forma que las decisiones sobre política pública corresponde al Poder Central estatal, en algunos casos a las Comunidades Autónomas y las entidades locales.

Con el discurrir del tiempo, se ha formado un acuerdo general alrededor de la obra contenida en la Constitución de 1978, se ha llegado a calificar por algunos miembros del Tribunal de Cuentas como una obra nacional de consenso, que ha generado estabilidad entre las fuerzas políticas y ha posibilitado por los miembros de los territorios o regiones que componen el Estado español; la gestión para la formación de la autonomía e independencia de sus formas de gobierno. Según considera Martín<sup>134</sup> *por estar dotada, sin duda, de una autoridad superior a cualquiera otra de las Constituciones promulgadas desde 1812*

Sobre este tema añade García de Enterría, que

---

<sup>134</sup> MARTÍN M., Paulino. Reflexiones sobre el Tribunal de Cuentas en el vigésimo quinto aniversario de la Constitución española de 1978. Revista española de control externo. 2003, Vol. V, 15.

*“En la historia constitucional española existía la presencia y acción de un poder constituyente general, robustecido por el poder popular, quien tuvo la intención y claridad de tomar una decisión inequívoca de instituir una norma suprema y estable, como modelo para la cohesión de la vida colectiva”*<sup>135</sup>

El sistema parlamentario español, tiene como antecedente esencial la Ley Fundamental de Bonn y el constituyente de segundo grado, tuvo presente como complemento la práctica y recorrido constitucional ocurrido en Italia, la cual vio como una regla de prestigio y adoptó también como contra modelo.

Se observa en la estructura del poder público legislativo, un claro predominio del Congreso de los Diputados sobre el Senado.

La Constitución Política española de 1978, estructuró e instauró un sistema de jurisdicción constitucional inspirado en el sistema de Ley Civil de la jurisdicción constitucional alemana, el cual fue establecido en “los artículos 159 a 165”<sup>136</sup>, que es desarrollado por la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre.

En lo referido al control externo o fiscal, existe una normativa contenida en el artículo 136 de la carta fundamental, que, armonizada con el capítulo de la jurisdicción constitucional, resulta ser un sistema jurisdiccional para el control externo.

Esa normativa, le atribuye al Tribunal de cuentas, como expresa Martín<sup>137</sup>, *el carácter jurídico constitucional de órgano supremo fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y asimismo del sector público*. Se le reconoce de manera expresa su

---

<sup>135</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Fundamentos constitucionales del Estado. Revista Española de Derecho Constitucional. enero-abril, 1998, Vol. 18, 52. p. 12

<sup>136</sup> ESPAÑA. CORTES GENERALES DE ESPAÑA. Ley Orgánica 02. (3, octubre, 1979). “modificada por las Leyes Orgánicas 8/1984, de 26 de diciembre; 4/1985, de 7 de junio; 6/1988, de 9 de junio; 7/1999, de 21 de abril, y 1/2000, de 7 de enero”. Madrid, 1979.

<sup>137</sup> MARTÍN, Óp. cit. p 80

propia jurisdicción, en el desarrollo de sus funciones, los magistrados gozan de las mismas prerrogativas de los jueces.

En el tema referido al sistema de control fiscal, identificamos la funcionalidad del Tribunal de cuentas como el órgano fiscalizador de la Administración del Estado y a los Órganos de Control externo de las Comunidades autónomas, que según la Ley de Funcionamiento refieren su control a las mismas.

A partir de la óptica del derecho público, la estructura y el acumulado de Órganos de control Externo de España, no se comporta como un ordenamiento con designaciones y denominaciones homogéneas. No son exactamente iguales, en la codificación jurídica española, unas tienen el control externo en su forma como Comunidades autónomas y otras son un conjunto de instituciones heterogéneas, tanto en su organización individual o colegiada, como en sus competencias.

Por lo tanto, no es igual el Tribunal de Cuentas del País Vasco que la Cámara de Cuentas de Madrid, ni la Cámara de Comptos de Navarra o que la Sindicatura de Cuentas de Cataluña. Ello significa una suma de diferentes complejidades en las relaciones del Tribunal de Cuentas hacia estos entes de control.

La actividad fiscalizadora como función del Tribunal, se desarrolla normativamente a partir de 1982 cubriendo este período hasta 1988. En ese periodo se aprueban normativas referidas a su composición y funcionamiento tendientes a regular la representación de la función fiscalizadora del Tribunal, los procedimientos para su ejercicio y la forma de tramitar los informes ante el Poder público legislativo.

Los objetivos perseguidos por la función fiscalizadora del Tribunal de cuentas, son el sometimiento de la actividad económico-financiera realizada por la administración vigilada a través de la gestión fiscal del sector público ello en aplicación de los principios de legalidad, eficiencia y economía.



En España el Tribunal de cuentas es una de las instituciones con mayor raigambre histórica en el derecho público, con un origen que se remonta a las Ordenanzas de Juan II de Castilla de 1437, que creaba una Contaduría Mayor de Cuentas según considera Bouza<sup>138</sup>, “...dependiente desde los primeros Asturias del Consejo de Hacienda, para completar la labor examinadora de las Cortes sobre el empleo de los fondos recaudados a través de los servicios que éstas votaban.”

Son muchas las Constituciones que de manera directa o indirecta han regulado la existencia y funciones del Tribunal de cuentas; así se encuentran disposiciones constitucionales en el Estatuto de Bayona de 1808 artículo 122, Constitución de Cádiz de 1812 artículo 350, Constitución non nata de 1856, artículo 42, Constitución de 1869 artículo 58.5 y en la Constitución de 1931, artículo 120.

En la tradición jurídica de Ley Civil, los constituyentes españoles acudieron al derecho comparado, sea como aplicación de modelos o contramodelos. Así lo demuestran los casos que guardan similitud en los postulados jurídicos de la familia romano/germánica, destacamos los casos de la Constitución italiana de 1947 artículo 100.2, Ley fundamental de Bonn de 1949 artículo 114.2, Constitución francesa de 1958 artículo 47.6.

Con esta nueva formulación se reconoce en forma expresa, en el texto en el que se enfatiza el reconocimiento de mayor independencia al Tribunal de cuentas frente a las Cortes Generales. La regulación legal del Tribunal de cuentas se encuentra, “por prescripción del art. 136.4, en una norma con rango de ley orgánica, que como en Colombia están constituidas bajo principios y relaciones de jerarquía, sino esencialmente de competencias. Además, donde sea susceptible la formación de jurisdicciones que permitan consolidar los criterios de autonomía.

---

<sup>138</sup>BOUZA, Fernando. Monarquía y consejos, Época: Austrias Mayores Inicio: Año 1516. Fin: Año 1598 Antecedente: El gobierno de la Monarquía en la Corte. ArteHistoria. [En línea] s.f. Disponible en: <http://www.artehistoria.com/v2/contextos/6582.htm>.

La diferencia con el control fiscal colombiano, estriba en que éste ha sido manejado por leyes ordinarias, siendo este un elemento jurídico que afecta su autonomía e independencia, por cuanto no existe un principio de seguridad jurídica respecto del quórum calificado para la modificación de las mismas.

En ese orden de ideas, la Ley Orgánica 02 de 12 de mayo 1982, que establece la competencia del Tribunal de cuentas, regula la materia, conjuntamente con las Leyes 7 de 1988 y 22 de 1993 sobre medidas fiscales y función pública.

La estructura del Tribunal está reglamentada por el artículo 21 de la ley en cita; su composición es de doce Consejeros y el Fiscal. Que son designados por el Poder público legislativo.

Esos miembros son designados por períodos de nueve años y son escogidos de entre funcionarios del Tribunal de cuentas, académicos y servidores públicos. Deben cumplir los requisitos habilitantes de ley.

Además, de la acreditación académica, demostrada mediante los respectivos títulos, deben de igual forma probar reconocida idoneidad y competencia, contabilizando más de quince años de ejercicio profesional. Quien cumple la función fiscalizadora al interior del Tribunal, debe pertenecer al sistema de mérito, es nombrado por el Gobierno.

El Tribunal siendo un cuerpo colegiado, de inspiración romano-germánica efectúa su actividad fiscalizadora y de vigilancia; para funcionamiento se organiza en torno a los siguientes órganos: la Presidencia, el Tribunal en Pleno, su Sala de Gobierno, entre otros. Quien regenta el Tribunal es escogido de entre sus pares, a propuesta del Plenum, para un período de tres años.

Este funcionario a su vez funge de ordenador del gasto, la potestad de la función pública y disciplinaria, en consecuencia, ejerce la jefatura superior del personal, dispone los gastos y

contrataciones, en los casos de vacancia, ausencia, enfermedad o cualquier otro impedimento legal del Presidente, le sustituyen los Presidentes de la Sección de Fiscalización y Enjuiciamiento, y en su defecto, el Consejero de más edad.

El sistema de Ley Civil siendo de raigambre jurisdiccional, en lo que tiene que ver con la función de fiscalización, tiene entre otras, la generación de decisiones que sirven de base para la formación de una doctrina orientadora en los casos bajo estudio.

En ese orden de ideas, esa doctrina se nutre no sólo de las decisiones mayoritarias sino también de las posiciones adoptadas por los consejeros y el fiscal, a través de su voto contrario al acuerdo adoptado, con las explicaciones y sustentaciones pertinentes.

Los resultados de las deliberaciones del Tribunal, son contenidos expresados en pronunciamientos, que son incorporados a los Informes enviados al Poder Legislativo, a las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y al Gobierno.

En el ejercicio de la función de control externo acorde con lo que establece en el artículo 21.2, de la Ley Orgánica 02 de 12 de mayo 1982, le corresponde al Tribunal esbozar los conflictos de competencias que limiten, afecten e impacten las atribuciones del mismo. Asimismo, asumir y resolver los recursos impetrados contra los actos adoptados por el resto de los órganos del Tribunal en el ejercicio de sus funciones.

A la Comisión de Gobierno le corresponde mantener relaciones permanentes con el Poder público legislativo, ello se direcciona y ejecuta a través de la Comisión mixta, designada por el Tribunal para tal efecto.

Además de lo anterior debe ejercer lo relacionado con la administración del talento humano, hacer uso de la potestad disciplinaria en casos de faltas muy graves y distribuir los asuntos entre las Secciones.

La estructura del Tribunal de Cuentas contiene una dependencia especializada para el tema de la fiscalización, está compuesta por un presidente y los correspondientes consejeros quienes deben ejercer la función sobre los departamentos sectoriales y territoriales.

La organización esta escindida en departamentos sectoriales, para controlar las áreas de la acción de la gestión fiscal del sector público, es decir nuestra desconcentración que lleva a cabo la Contraloría General, mientras que los departamentos territoriales llevan a cabo la fiscalización de la actividad de la gestión fiscal de las Comunidades Autónomas es decir la regionalización. En el caso de las Corporaciones Locales, en nuestro caso las contralorías territoriales en el proceso de la descentralización administrativa.

La función jurisdiccional del Tribunal, es llevada a cabo por la Sección de Enjuiciamiento, que es la encargada de iniciar el trámite e imputación de la responsabilidad fiscal, aplicable a los servidores públicos o particulares, que en el ejercicio de funciones públicas transitorias o permanentes le causen una lesión al patrimonio público, a través de la ocurrencia del daño antijurídico. Para ello debe fijar las sanciones pecuniarias del caso, por el inadecuado, antieconómico e ineficaz despliegue de la gestión fiscal a su cargo.

La primera instancia está a cargo del presidente y los consejeros de cuentas designados por el Tribunal para tal caso. Estos servidores públicos están adscritos al tribunal mediante salas y sobre ellos este último ejerce el control sobre sus providencias.

Esa actividad corresponde a la Fiscalía del tribunal, depende funcionalmente del Fiscal general del Estado, es decir, tiene independencia funcional del Tribunal y está integrada por el Fiscal y los Abogados fiscales. Sus cometidos son los de consignar dictamen escrito en las actuaciones a su cargo.

Esa instancia dictamina acerca del cumplimiento de las ritualidades constitucionales, legales y reglamentarias en los aspectos sustancial y adjetivo. Todo ello a efectos de esclarecer las posibles responsabilidades contables y ejercitar la acción de responsabilidad

y deducir las pretensiones de esta naturaleza, que está a cargo de la sección de enjuiciamiento.

Dentro del sistema de Tribunal, existe una permanente asesoría jurídica, para todos los entes colegiados del mismo en aras de evitar, dualidades y colisiones innecesarias. Todo lo anterior, permite desplegar su accionar traducido en el ámbito funcional que podemos destacar en dos grandes grupos la función fiscalizadora y el enjuiciamiento contable.

De raigambre constitucional la función fiscalizadora, reside sobre los principios de legalidad, eficiencia, eficacia, economía, que fueron desagregados por la normativa que establece las competencias del Tribunal; con relación al examen de la gestión fiscal sobre la actividad económico/financiera del sector público, relacionada con la ejecución de los programas de ingresos y gastos.

En la organización del Estado, se encuentra el sector de autonomía regional, en esas instancias desarrolla sus funciones de fiscalización, sobre las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, esencialmente sobre la gestión fiscal de estos en la celebración de los actos y negocios jurídicos. Asimismo, sobre la variación de su patrimonio y materia crediticia.

El resultado de esta evaluación, entra a hacer parte de un programa anual de fiscalización, es decir una etapa importante de la planeación en el tema de fiscalización; siendo además el insumo adecuado para que el Poder público legislativo nacional o regional, a través de informes o memorias que se alleguen según los casos tomen las decisiones a que haya lugar.

Al activarse la etapa derivada de la aplicación del procedimiento referido al ajusticiamiento contable, de origen constitucional y reglamentado en la Ley 7 de 1988, se establece para los responsables la obligación de rendir cuentas ante el Tribunal. En ese orden de ideas el enjuiciamiento contable, es de carácter jurisdiccional.

Esa función tiene por objeto iniciar, tramitar y establecer la responsabilidad de los sujetos de vigilancia por alcances, glosas u observaciones fiscales, sobre caudales o efectos públicos y por infracción a las normas que establecen obligaciones accesorias constituidas en garantía de su gestión, todo en relación con quienes recauden, intervengan, administren, custodien o utilicen fondos públicos.

Existe una limitación respecto de las decisiones ejecutoriadas y es que sólo surten efecto para la responsabilidad fiscal derivada de los alcances contables, quedando sin efecto los asuntos fuera del ámbito de esa jurisdicción. Los asuntos de competencia de la Sala de enjuiciamiento, se direccionan a determinar en forma clara y precisa la indemnización por daños y perjuicios al sujeto pasivo de la acción del control fiscal externo, por la ocurrencia del daño antijurídico.

Es decir, conserva su naturaleza de acción resarcitoria, sin que le sea dado al Tribunal y a los entes de control externo de las comunidades autónomas o localidades, el pronunciarse sobre otras infracciones diferentes a las glosas formuladas.

Se conserva la obligación de que particulares, servidores públicos y demás personal al servicio de la Administración pública, deben comparecer y se tiene el derecho de recurrir las resoluciones del Tribunal en casación y revisión ante el Tribunal Supremo.

Es la Ley suprema española, en su artículo 136, que dispuso según Martín<sup>139</sup>, *no una vinculación institucional especial entre el Tribunal de Cuentas y las Cortes Generales, sino una delegación que en realidad se asimila a una dependencia funcional*, replicada su vez en la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas,.

Ese control se cumple mediante la comisión mixta del Congreso de los diputados y del senado para las relaciones con el Tribunal de cuentas. En ese orden de ideas los informes del Tribunal, son sometidos a dos formas de examen por el poder legislativo.

---

<sup>139</sup> MARTÍN, Óp. cit. p 83

En el caso de la declaración definitiva sobre la cuenta general del Estado, la comisión mixta, actúa como asesor y debe emitir un dictamen, en el que crea propuestas de resolución, que a su vez son debatidas en el Congreso de diputados y del Senado.

En lo relacionado con los informes anuales y extraordinarios es la Comisión Mixta competente para aprobar las resoluciones que estime pertinentes. En el caso de las memorias, mociones y notas, son direccionados desde las cortes generales a su inclusión de objetivos específicos, donde se desagregan en niveles particularísimos, buscando hacerla aún más explícita, con el examen de la Cuenta General del Estado y las modificaciones presupuestales.

La ausencia de previsión legal de las realidades sobre la información financiera proveniente de los obligados/responsables de rendir cuentas impactó negativamente la confiabilidad contenida en las cuentas públicas.

Ello afectó en grado sumo la función consultiva y asesora del Tribunal, por cuanto no pudo emitir informes o memorias que generaran una tendencia acerca de la gestión fiscal desplegada; que conllevara al necesario ajuste de las políticas públicas de cada sector.

Es por ello que existió un bache en tal predicción que limitó el producto final y además deslegitimó la evaluación. Dejando evidencias sobre la presencia de sesgos principalmente en la administración pública, lo que develó en aquellas con mayor presupuesto, arrojó una tendencia que no atendió la realidad, en relación con disminución del déficit presupuestal. Sobre este punto se concluyó que según considera López<sup>140</sup>, *la reforma no está funcionando adecuadamente.*

El tema tiene trascendencia supranacional, cuando ha sido incorporado un nuevo ámbito de evaluación a la gestión fiscal del sector público. Esa trascendencia es producto de la

---

<sup>140</sup> LÓPEZ L., Juan C. Aprobación y rendición de cuentas: problemas y responsabilidades. Revista española de control externo. enero, 2000, Vol. 2, 4.

integración de España al acuerdo de Maastricht del 7 de febrero de 1992, conocido como la Unión Económica de Europa. El principal objetivo de política pública, es expresado a través de la estabilidad de las finanzas públicas, buscando forjar en lo posible la estandarización en el cumplimiento de los indicadores en materia de déficit y endeudamiento públicos.

Este nuevo actor necesariamente condiciona la existencia e impulsa la mejora continua de procesos y procedimientos de naturaleza y competencia legal, técnica y contable; desde la hacienda pública española al desplegar el agenciamiento de la gestión fiscal.

Con ello en principio se exhorta a esa administración pública a generar criterios de certeza en el manejo de la contaduría nacional. Dentro de esa nueva circunstancia corresponde a los órganos fiscalizadores, según Álvarez,<sup>141</sup> *la inclusión del proceso de determinación a través de la Contabilidad Nacional; mediante la exigencia de una adecuada y transparente correlación entre ésta y la contabilidad pública.*

Las exigencias contenidas en la Ley sobre eficiencia y economía, adquieren esencial importancia en la evaluación del proceso de reestructuración en la gestión pública, que es una obligación con la Unión Europea.

En consecuencia, el proceso de modernización que se ha producido en la sociedad española, con ocasión de su inserción a la comunidad económica europea, ha impactado el giro tradicional de la actividad de las entidades públicas, con lo que ha sido necesario someterla a nuevas reformas que conlleven procesos de racionalidad de su gestión.<sup>142</sup>

Por otro lado se busca a través del ejercicio fiscalizador, el incremento de la realización de auditorías operativas o de gestión, con especial énfasis en mejorar las situaciones

---

<sup>141</sup> ÁLVAREZ, Ramón. Consejero del Tribunal de Cuentas. Ponencia presentada en la Mesa Redonda sobre: el Tribunal de Cuentas y los órganos de control externo y la fiscalización del Tribunal de Cuentas. Revista Española de Control Externo. Tribunal de Cuentas, 2002, Vol. 4, 12, p. 108

<sup>142</sup> *Ibíd.* p. 109



sobrevinientes y especiales que interesan a la función evaluadora externa, recayendo sobre el análisis puntual de los programas anuales de las entidades del sector público. En otros casos, hechos y operaciones nuevas que deben ser fiscalizadas en todos sus giros y roles.

El tribunal tiene claro que dentro de la mejora continua en el diseño y aplicación de procesos y procedimientos, debe mejorar el ejercicio de la función evaluadora y el poder determinar la existencia de resultados visibles, todo ello sobre la actividad para optimizar el funcionamiento para la de detección de las posibilidades de fraude.

A esos criterios se les debe realizar, un examen basado en la eficiencia, eficacia, y economía/trasparencia con que actúa la administración pública. Todo ello busca necesariamente evitar “(...) las posibilidades de manipulación y utilización interesada de estos instrumentos fundamentalmente diseñados y aplicados en el sector privado”<sup>143</sup>

Con este ejercicio se cualificará el grado de certeza con la función contralora en punto a observar en los Informes, la no utilización de nuevas metodologías, técnicas y herramientas de gestión en las entidades públicas; así como la inadecuada utilización de nuevas técnicas de gestión que no contribuyan a generar resultados positivos reales, en lugar de crear mayores problemas que los que resuelven.

Es preocupación actual, del Tribunal de Cuentas y los demás órganos del orden descentralizado, que invita al estudio del establecimiento e implementación de nuevas regulaciones a fin de circunscribir taxativamente las excepciones al principio de limitación a su función. Ello sobre los perceptores de fondos públicos, cuando se encuentre acreditada la de posiciones dominantes, debiendo delimitarse, el alcance de su actuación.

Por otro lado, como en todos los sistemas de control externo o fiscal, uno de los problemas a resolver es la falta de coordinación entre los controles interno y externo. Se propende porque la administración vigilada deba interactuar en mejor forma con las herramientas

---

<sup>143</sup> ÁLVAREZ, Óp. cit. p. 107

necesarias para implementar en debida forma las políticas públicas. Una vez solucionado ese problema, posibilitar el ejercicio de las funciones de control y evitar duplicidades.

Es decir, entrelazar el accionar conjunto para tener información exacta de la economía de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales y así generar una doctrina general que permita unificar criterios en el ámbito estatal y el orden descentralizado; evitando decisiones contradictorias en casos similares.

Con esos elementos de proactividad, reglas de validez y legitimación ciudadana, se genera en perspectiva un necesario proceso de actualización y funcionalidad adecuada del rol y alcance de la función contralora sobre la gestión pública; en dirección a garantizar su objetividad y eficacia.

### CAPITULO III

#### 4 LA AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA DEL CONTROL FISCAL EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO COLOMBIANO

“La acumulación de todos los poderes, el legislativo, el ejecutivo y el judicial en las mismas manos, a veces en una, o en pocas, o muchas, a veces de manera hereditaria, por auto-nombramiento, o por elección, es la definición más exacta que se pueda dar de la tiranía”<sup>144</sup>

Nuestra intención en este capítulo, es a través de la crítica propositiva, analizar las tensiones originadas desde la estructura del Estado colombiano, en procura a contribuir al examen de elementos tales como la determinación del carácter de la función pública de control fiscal en la constitución colombiana y su interacción con el accionar de los poderes públicos.

Ello desde el período de expedición de la Constitución política de 1991, con el fin de analizar, interpretar y establecer la construcción de una nueva conceptualización institucional en Colombia, que propugne por la aplicación de un sistema de control fiscal autónomo e independiente, articulado con la sociedad y la opinión pública.

En ese orden de ideas, en este capítulo se ocupa de la institucionalidad del control fiscal en el Estado constitucional democrático en Colombia, desde la importancia estratégica del sistema en la lucha contra la corrupción; que busca expresar el ejercicio autónomo e independiente de la función controladora.

Así mismo, se busca que exista correspondencia en la importancia estratégica del control fiscal y el mecanismo financiero contenido en el presupuesto público; como una forma de presentar a los colombianos y a la comunidad internacional, un Estado incluyente que

---

<sup>144</sup> James Madison, El Federalista, N° 47. Palabra célebre.

fortalece el sistema de pesos y contrapesos, desde el establecimiento del ejercicio funcional y sistémico de controles.

También, propugnando a través de la evaluación de la gestión fiscal, por la optimización efectiva de la inversión de los recursos públicos para el desarrollo socioeconómico y cultural; con la realización de obras tangibles e intangibles que contribuyan a la mejora de las condiciones de vida de todos.

Para que esto ocurra, es claro que el texto de la constitución política, la ley y la jurisprudencia de los tribunales de cierre, deben construir claramente la literatura que contenga las herramientas que posibiliten el papel dinámico y estabilizador, hacia la preservación y ejercicio eficaz del sistema de pesos y contrapesos en el Estado democrático.

La tradición histórica, señala que la función de fiscalización y control de la actividad estatal, con mayor énfasis en el Poder público ejecutivo, se ha asociado a la actividad contralora del Poder público legislativo, quien en sus inicios intentó por todos los modos fiscalizar la gestión del Monarca.

Esa función vigilante y contralora se resume en una batalla de poderes por el control político, direccionada hacia el entramado administrativo del Estado, con el propósito del ejercicio evaluador de la inversión del presupuesto público.

Es con el nacimiento del Estado constitucional de derecho, que se instauran unos límites precisos entre los poderes públicos, surgiendo así, la separación de poderes. Desde allí, se inicia la construcción de una compleja literatura constitucional y legal, para establecer un sistema de pesos y contrapesos. Fundamento fáctico y jurídico para la aparición en escena de los órganos contralores de la gestión fiscal del Estado.

En la discusión promovida con ocasión de la convocatoria a una Asamblea Constituyente, en el nivel nacional, para redactar una nueva carta magna, fue establecido un modelo de

control fiscal en el ámbito nacional y territorial, luego de amplios y críticos debates en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente de 1990-1991. Así con estudios técnicos y no técnicos, que recomendaron su eliminación del panorama colombiano, como institución de control fiscal de la actividad, gestión y finanzas del Estado.

Todo ello aunado al acumulado histórico del desempeño del control fiscal, en la época de las batallas de independencia y pos-independencia, dentro del período denominado la Patria Boba y, más adelante, en el período denominado frente nacional.

Desde donde se realizó el reparto exacto de las entidades y contratos del Estado y sus instituciones, entre los partidos conservador y liberal, algunos asambleístas de 1991 abogaban por su desaparición constitucional. A raíz de ello, surgieron posturas menos radicales, que proponían la instauración de una Corte de Cuentas, que cumpliera el papel de cierre y generador de la jurisprudencia general sobre el tema y, a nivel territorial, el establecimiento de Tribunales de cuentas.

Toda esta argumentación bajo la inspiración de la Europa continental, acatando reglas normativas de prestigio, dentro del sistema de Ley Civil, románico-germánico-italiano-español. Es importante señalar que el sistema de corte de cuentas de control fiscal, fue aplicado en el Estado colombiano en épocas pretéritas a la Constitución de 1886.

Estas posturas minoritarias, en uno y otro caso, perseguían cambiar el sistema de control fiscal y la institución que lo representaba. Agravado por el acumulado de corrupción, por el indebido uso que desde 1923, hicieron de la figura del control previo y perceptivo.

Los asambleístas<sup>145</sup> adoptaron un esquema muy similar al diseñado anteriormente en la Constitución de 1886, es decir se conservó la concepción política e ideológica de poder

---

<sup>145</sup> ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN. Ponencias de los Asambleístas Constituyentes Álvaro Cala H., Mariano Ospina H., Cita N° 13 Jesús Pérez G., German Rojas, Helena Herrán M. y Carlos Rodado N. Gacetas Constitucionales N° 4. Bogotá: N° 53 de abril 18, N° 77 de mayo 20 y N° 120 de agosto 21, 1991.

político de la otrora reconstituida Carta de 1886. Aunque dentro de las innovaciones del modelo de Estado el ordenamiento de 1991, estableció, el Estado democrático y social de derecho como una forma de buscar un nuevo quehacer en la dignidad humana.

En el contexto general, en la intención de los electores y elegidos en la época de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, se identificaron para el control fiscal causas de atrofia por corrupción funcional y funcionarial, hasta el costo elevado de su funcionamiento y la poca o nula eficacia en la vigilancia de las finanzas del Estado.

Se buscaba con la nueva carta fundamental, tratar de variar las condiciones de corrupción nutrida desde la riqueza, constituida con el esfuerzo tributario de los contribuyentes a través del presupuesto público.

Tenemos que la estructura del sistema de control fiscal colombiano parte del modelo de descentralización político administrativo consagrado en la Carta de 1991, donde el municipio es la célula fundante de la organización del Estado, direccionado bajo el principio de autonomía territorial del sistema de pesos y contrapesos.

La regla constitucional, en materia de descentralización y autonomía de las entidades territoriales, se ha ido desmontando gradualmente a través de reformas vía Poder público legislativo y en lo que respecta a la Corte Constitucional en sus puntuales sentencias ha establecido líneas jurisprudenciales que reconstituyen el centralismo y ha permitido ese desmonte del diseño constitucional.

La intención del constituyente, es reconstituir el centralismo del control fiscal, en cabeza de la Contraloría General de la Republica, ello demostrado en la redacción de los artículos 356 y 357 de la Constitución Política, la facultad referida en el ejercicio del control excepcional del artículo 267, el control concurrente sobre cualquier recurso que la Nación transfiera a las entidades territoriales, el control Prevalente en desarrollo de los juicios fiscales y de responsabilidad fiscal y de los recursos objeto del sistema general de participaciones.

Los entes de control externo tienen la misión constitucional de vigilar “(...) la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejen fondos o bienes públicos; para desplegar el examen y evaluación a esa gestión fiscal.”<sup>146</sup>

Desde la visión constitucional de la aplicación de los principios de la función administrativa, se adicionan los propios del control fiscal por cuanto el ejercicio de tal función, al examinar la gestión fiscal de todos los entes o personas involucradas deba aplicarlos en forma integral.

De tal forma que la función evaluadora comprenda el universo de principios constitucionales y legales que permita la consecución de un adecuado fin. En ese orden de ideas “(...) la aplicación de controles financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, economía, equidad y valoración de costos ambientales”.<sup>147</sup>

Se tiene entonces que, el control fiscal se organiza constitucionalmente como una entidad de carácter técnico, teóricamente con autonomía administrativa y presupuestal; con competencias y funciones de carácter horizontal en el ámbito nacional, departamental, distrital y municipal; vale decir, que entre estos organismos fiscalizadores del Estado no existe una dependencia jerárquica o vertical, ni de sus actos ni de sus funcionarios (control jerárquico o de tutela).

Entonces esos organismos fiscalizadores quedan habilitados para aplicar la función de control fiscal en cada jurisdicción de la entidad territorial respectiva, como su máximo organismo en materia fiscal.

Con la irrupción en el escenario normativo de la Ley 617 de 2000, se limitó la autonomía presupuestal de las entidades territoriales. Ello generó un fenómeno en cascada, afectando e impactando sensiblemente la existencia del control fiscal, ya que gran parte de las

---

<sup>146</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 42. Óp. cit.

<sup>147</sup> *Ibíd.*

Contralorías municipales desaparecieron; correspondiendo el ejercicio fiscalizador a las Contralorías departamentales en aquellos municipios donde esta fue eliminada.

En esos casos, existe una especie de organización vertical con funciones y competencias territoriales diferentes al ámbito de creación de origen de la respectiva Contraloría. Aunque teóricamente se buscó el mejor ejercicio de la democracia, esta no se hizo tangible respecto de la protección de los recursos públicos, a través de la evaluación de control fiscal. Además, la designación y ejercicio del control fiscal recogió la forma y fondo de subordinación al Poder público legislativo.

De tal forma que las Contralorías fungen en la función administrativa como organismos altamente técnicos, para evaluar de la gestión fiscal del Estado, vigilan el manejo de la inversión de los recursos públicos, “...el cumplimiento de la ley y verifican los resultados de las gestiones estatales, que debe tener lugar de manera posterior y selectiva”.<sup>148</sup>

Se reitera la posición asumida por el tribunal constitucional, quien en diferentes sentencias entre las que se destacan la C-364 de 2001 y la T-107 de 2006,<sup>149</sup> ha desarrollado el Control fiscal de la Contraloría general de la República en la categoría de prevalente o competencia concurrente, en detrimento del factor funcional de las Contralorías Territoriales.

Por ello, determinando que la Contraloría General de la República, concurre con Contralorías territoriales, en el control fiscal sobre el uso de los recursos del sistema general de participaciones asignado a las entidades territoriales.

Señalando la jurisprudencia del Tribunal constitucional que la Contraloría general de la República tiene una facultad prevalente, lo que representa un desplazamiento del control fiscal territorial, sobre el proceso auditor y los procesos de responsabilidad fiscal derivados

---

<sup>148</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-113. Óp. cit.

<sup>149</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-364 [M.P. Eduardo Montealegre Lynett] (2, abril, 2001). Bogotá: Expediente: D-3182.



por la indebida gestión fiscal de la administración vigilada, sin que tenga la oportunidad de recuperarla bajo circunstancia alguna.

El tribunal constitucional, mediante la jurisprudencia, dio al control que ejerce la Contraloría general de la República sobre los recursos provenientes de ingresos de la Nación, el carácter de prevalente y lo situó como órgano superior del control fiscal del Estado.<sup>150</sup>

De tal forma que para ello no se requiere de autorización ni solicitud, bajo el argumento excluyente de que, al tratarse de intereses de carácter nacional, los recursos que les sean transferidos al presupuesto de las entidades territoriales, no pierden su esencia de nacionales.

Para el tema relacionado con los recursos de las entidades territoriales que provienen de fuentes propias, el tribunal constitucional bajo el argumento de que, “el equilibrio entre los principios de autonomía y de unidad implica que la ley puede obviamente regular las cuestiones vinculadas a un interés nacional.”<sup>151</sup>

Así desarrolló la línea jurisprudencial del control excepcional, autorizando la intervención de la Contraloría general de la República en los asuntos territoriales, posibilitando la modificación de la autonomía financiera de tales entidades; dejando sin efecto la teoría de la descentralización administrativa, según la cual, “los poderes de acción de que gozan las entidades territoriales para poder satisfacer sus propios intereses”<sup>152</sup>

Por otro lado, el proceso de responsabilidad fiscal es uno de los productos esenciales de la función fiscalizadora, ejercida a la administración vigilada sobre la gestión fiscal por ella desplegada. La corte le permite a la Contraloría general, en los casos en que se ejerza la

---

<sup>150</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-364. Óp. cit.

<sup>151</sup> *Ibíd.*

<sup>152</sup> *Ibíd.*

función de control prevalente, adelantar y culminar dichos procesos, en detrimento de la competencia orgánica otorgada por la Constitución y la ley a las Contralorías territoriales. Esa doctrina es reiterada por el Consejo de Estado, quien aduce que la competencia de la Contraloría general es prevalente, lo cual implica que una vez “iniciada la actuación por la Contraloría General, la Contraloría territorial debe abstenerse de actuar en el mismo caso”.<sup>153</sup> Al defender el modelo de Estado, la Corte Constitucional ha expresado la doctrina sobre la descentralización y autonomía, que refiere a la armonización.

Todo ello desde una construcción teórica, que refunde a las entidades territoriales y a las que no han sido desarrolladas, como es el caso de las Entidades Territoriales Indígenas, señalando que en los territorios indígenas, los municipios, los distritos y los departamentos, concurren política y administrativamente para dar asiento, forma y proyección a la fenomenología jurídico-institucional de Colombia.

Ahora bien, es necesario formular la siguiente pregunta: ¿La descentralización tiene límites?, ¿Hay autonomía como consideración de modelos moderados autonómicos? La Corte Constitucional, responde respecto al modelo autonómico desde la descentralización administrativa, de regiones administrativas de planificación, ora como entidades territoriales; y decidió esgrimir un argumento que mantenga limitaciones y reservas desde la concepción unitaria del Estado.

Un ejemplo de ello, es lo manifestado en la Sentencia C-284 de 1997, donde el Magistrado Ponente BARRERA CARBONELL, Antonio, expone la teoría jurídica de la concepción unitaria del Estado y de la “reserva que hace para el legislador y la regulación de las situaciones generales que deben ser reglamentadas de manera uniforme, sin perjuicio de la especificidad de las regulaciones reglamentarias que deben hacerse por las entidades territoriales.”<sup>154</sup>

---

<sup>153</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1100 [M.P. German Alberto Bula Escobar] (15, octubre, 2013). Bogotá: Expediente: 000 2007 00045 00.

<sup>154</sup> “En esa línea jurisprudencial complementaria de las contenidas en las sentencias C-364 y C-579 de 2001, C-925 y T-107 de 2006, C-822 de 2011; entendemos que la autonomía busca la autodeterminación de las

Esa delimitación a la que acude el Poder público legislativo, amparado bajo la construcción de la concepción de la República unitaria del Estado y que respalda la Corte, identifica la concepción unitaria centralista del Estado constituido con la Carta de 1886.

Ahora bien, respecto de la mención que hace la Corte sobre la reserva para el Poder público legislativo de la regulación de ciertas materias sensibles en las entidades territoriales; con temas relativos al régimen de los servicios públicos y a la formación del presupuesto, administración e inversión de los tributos locales; para ello, interpretando límites que no autoriza el artículo 308 constitucional, en especial el texto del artículo 8 de la Ley 617 de 2000, que fractura el principio de autonomía presupuestal.

Además de las limitaciones en el manejo de los recursos originados en el presupuesto nacional para el sistema general de participaciones, de las entidades territoriales desde la Ley 715 de 2000.

Se subraya que el Poder público legislativo sólo puede afectar e impactar a las entidades territoriales en materia tributaria, por la ocurrencia de circunstancias contenidas en los estados de excepción. Desde donde actúa el Poder público ejecutivo, en los que se autoriza y justifica actuar por encima de las disposiciones constitucionales, no siendo tiempo de paz o normalidad.

Acá el caso bajo examen es diferente, puesto que no se dan las causales a que aluden circunstancias extraordinarias, que deban ser conjuradas con medidas excepcionales. Por tanto, esa afectación del grado de autonomía e independencia en la formación de los tributos en las entidades territoriales, está fuera de previsión constitucional y legal; en especial las contenidas en el artículo 8 de la Ley 617 de 2.000, que limitó la inversión de recursos tributarios locales y los originados en el presupuesto nacional para las entidades territoriales.

---

entidades territoriales en la gestión de sus propios intereses, y que esa autonomía no puede darse sin la existencia de pares constituidos a través de un sistema de pesos y contrapesos, establecidos desde la Constitución”

De tal forma que, los espacios permitidos a las entidades territoriales para gestionar con autonomía sus intereses en la toma de decisiones viables y ejerciendo las competencias que les corresponden, estableciendo los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y administrando los recursos, fueron sustituidos los preceptos constitucionales, por la ley bajo examen.

La lectura y análisis del artículo 8° de la Ley 617 evidencia diáfamanamente que, el legislador trasgredió el límite mismo que la Constitución le impuso en el artículo 308, puesto que al proferir el Poder público legislativo proyecto de ley y de su sanción por el Poder Público Ejecutivo, asumió la actividad legislativa-ejecutiva, por encima de los preceptos constitucionales.

Ello se dio al referir y tratar temas que les estaban negados por la Carta Superior, es decir, en el mismo momento en que el legislador optó por reglamentar gastos de las Contralorías territoriales, diferentes a los de funcionamiento, entró en contravía a los preceptos constitucionales sobre la materia. Generando el fenómeno jurídico de sustitución de la constitución.

Por otro lado y respecto de señalamientos y responsabilidades la propuesta recurrente ha sido que de manera global e inexacta rotular la ineficacia de las Contralorías Territoriales, y que el ejercicio del Control Fiscal de todos los entes debe ser asumido por la Contraloría General de la República incluyendo dentro de este, la vigilancia fiscal de los recursos del orden nacional, los del Sistema General de Participaciones.

Además los controles excepcional y preferente, con lo cual se vulnera los principios de la descentralización y la autonomía de los entes territoriales que determina la Constitución Política de 1991.

Por el contrario, el sistema de control fiscal debe seguir la estructura del Estado Colombiano, que tiene como pilar fundamental la descentralización y la autonomía de las entidades territoriales.

De otra parte, la historia ha demostrado de manera continuada que nuestra institucionalidad, padece defectos estructurales, que implica que la problemática de corrupción, no solo se debe analizar aisladamente desde las deficiencias de las contralorías territoriales, sino analizar el tema de manera sistémica y en todo su contexto.

En ese sentido podemos citar entre otros; que nuestro sistema electoral induce a que los aspirantes a ocupar cargos de elección popular empeñen su gestión en favor de sus financiadores de campaña; las formas de elección de los Jefes de los organismos de Control Penal, Disciplinario, Fiscal, Electoral y de las Altas Cortes no garantizan la imparcialidad, ni la transparencia de sus decisiones; aspectos se han convertido en factores multiplicadores de la corrupción e impunidad.

Es dable que el tribunal constitucional colombiano, abogue por el cumplimiento del contenido del artículo 287<sup>155</sup> de la Carta, que se debe ejercer, “dentro de los límites de la Constitución y de la ley”

Este tema cobra importancia ya que son dimensiones de la superestructura y la estructura de políticas públicas y función administrativa, que interesa en suma al cambio de modelo de Estado y de régimen político, que es donde está la génesis del problema.

Es menester connotar, que la Constitución vigente es la de 1991 y no la de 1886, hecho que corrobora la aseveración de la Corte, cuando fundamenta su argumento de línea jurisprudencial afirmando según Trujillo <sup>156</sup> que, “*el propósito de la autonomía territorial*

---

<sup>155</sup> COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia 1991. Óp. cit.

<sup>156</sup> TRUJILLO M, Augusto. Democracia y territorio, Academia Colombiana de Jurisprudencia. Bogotá D.C: Siglo del Hombre Editores, 2008. p. 6

*es lograr una eficiente asignación de recursos del Estado, lo que sin lugar a dudas, nos está situando en el discurso de la vieja carta política.*

Por otro lado los asambleístas al proferir la expedición de la Carta Constitucional de 1991, propugnaron la idea de un Estado incluyente, para el desarrollo de un modelo descentralizado administrativamente, hecho planteado en la reforma a la constitución de 1886 en los años 1945 y 1968.

Pero finalmente, lo que se desarrolló fueron las figuras de la desconcentración y la delegación del nivel nacional en el orden territorial. Conservando toda su estructura proclive a la centralización en el ámbito nacional de la función administrativa, como un apoyo fundamental al Poder Público Ejecutivo.

Entonces el tribunal constitucional y los poderes públicos legislativo y ejecutivo han gravitado permanentemente sobre la egida de líneas jurisprudenciales, sistema normativo, directrices de manejo de la gerencia pública desde la unidad nacional, la centralización política o el unanimismo presidencialista; para en realidad producir un fortalecimiento del modelo de unitarismo político, hacia la restitución de la centralización en la toma de decisiones de política pública.

Cuando se habla de centralización político-administrativa, en esta investigación, nos referimos a los poderes públicos del Estado, el concepto de la centralidad política, se refiere al manejo del presupuesto público. Copando todos los espacios, en especial en materia tributaria y de gerencia pública en las grandes decisiones de la administración, emergiendo así con gran fuerza antiguos modelos, que de forma cíclica retoman vigencia originaria de la reforma constitucional de 1968, en la Constitución de 1886, perfecta copia de la Constitución española de 1931, denominadas delegación y desconcentración administrativa.

Esto de suyo presupone que, a través de la jurisprudencia de la corte constitucional se ha reconstituido un elemento que se creía superado y que en forma preponderante impide la

aplicación adecuada del postulado constitucional de los asambleístas, el cuál era el de armonizar la institucionalidad de la organización territorial tendiente a su unificación regional y su real integración en el ámbito nacional.

Todo ello tendiente a la formación de un Estado constitucional democrático, que busca desarrollarse desde la periferia, y que deja a la descentralización como un elemento importante pero no definitivo.

En consecuencia, se da origen a fenómenos de integración regional, que eleven los niveles de autonomía para la toma de decisiones viables y trascendentes; que además permita gestionar con libertad sus intereses, desplegando su poder autonómico en consonancia con los intereses locales y nacionales.

De esa manera, se hará realidad a la luz de la Ley suprema, la autonomía en la organización territorial y con ello, se contribuirá a la unidad nacional; subsiguientemente, concurrirán dinámicamente a la ejecución de los fines esenciales del Estado, articulándose de tal forma que, entidades territoriales, región y ámbito nacional, constituyan la realización de la unidad nacional.

Siendo la gestión de los intereses en la organización territorial, la integración regional en unidad armónica con el ámbito nacional, elementos teleológicamente inescindibles, como quiera que su materialidad geográfica los cohesionan refunde y mantiene, con unos destinatarios comunes que constituyen la razón fundante de su existencia, los habitantes de la localidad, la entidad territorial, la región y el país.

Así las cosas, toda esa formación desde la institucionalidad crea una identidad que no sólo origina un arraigo geográfico sino la formación permanente de una cultura de la defensa de lo público.

Es importante mantener el control fiscal territorial, sólo con su par de control legal, la Auditoría general de la República; sin que exista desde el control fiscal nacional, un ejercicio jerárquico que constitución ni ley prevén.

De lo contrario, el control fiscal nacional, en la organización territorial realizará un ejercicio de naturaleza transversal y de tutela, frente a su par territorial. Expresado a través de los controles prevalente y excepcional, que cumplen la misma finalidad, cual es limitar el desarrollo autonómico del sistema de pesos y contrapesos en la periferia. Debemos continuar el proceso de la consolidación de la organización territorial.

#### **4.1 PAPEL DINÁMICO Y ESTABILIZADOR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA**

La importancia del papel estabilizador de la constitución se materializa con la configuración, titularización, y ordenación del poder político. Desde Grecia se identificó según Ferrer, <sup>157</sup> *el pséfisma como la ordenación institucional que materializaba el nómos, es decir la legitimación por decreto de la costumbre humana.*

A través de la diferenciación funcional, delimitada claramente por aspectos competenciales, como considera García<sup>158</sup>, *la clasificación de los poderes públicos y privados desde el Estado por ella construidos, de modo que el poder no pueda ser superior a la sociedad in genere, sino sólo un instrumento.* Se destaca en el Estado constitucional la fuerza y poder vinculante de la norma en su forma bilateral de obligatoriedad, esto es Estado-particulares.

Ese logro de la constitucionalización del poder, limita la arbitrariedad, facilitando la transformación en un poder limitado desde todos los ámbitos, gobernado esencialmente por leyes.

---

<sup>157</sup>FERRER, Eduardo. Aproximación al derecho procesal constitucional, panorámica del derecho procesal constitucional y convencional. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2013. p. 51

<sup>158</sup>GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La constitución como norma y el tribunal constitucional. Madrid: Civitas, 1991. p. 49.



Esa expresión fundacional y estabilizadora está contenida en el establecimiento de un orden político determinado, definido y establecido en su estructura básica, desde donde sea tenido como eje fundamental la soberanía popular con los límites que impone la racionalidad del contenido de la democracia participativa.

Siendo la constitución norma de normas, tiene la intención que expresa en un propósito fundacional, configurando un proceso íntegro que en ella basa con una clara pretensión de permanencia, a través de la expresión de un ordenamiento fundamental estable; lo que parece darle una superioridad normativa de carácter superlativo. Que es ese carácter totalitario y de marco globalizador estructural; frente a normas con objetivos concretos y claramente determinados, carentes de intención total.

Pero en el caso colombiano es pertinente manifestar, que nuestra constitución política como en la ley fundamental de Bonn; presupone un determinado concepto de democracia no concreta ni definida expresamente. En el artículo 1 se utiliza como locución adjetiva en la calificación del carácter de la República.

Lo mismo que la acepción se entiende incorporada, aunque no expresa en los artículos 40 y 103 de la misma obra. El primero relacionado con la libertad de cultos y partidos políticos y el último con las formas de participación individual y comunitaria.

La Constitución crea, regula y limita los poderes del Estado. También establece los deberes, principios, garantías, valores, libertades y derechos fundamentales. Los preceptos allí convenidos, contienen reglas especiales de sujeción y por ello, desde lo impersonal y abstracto tienen coerción vinculante respecto de todas las personas y de los poderes públicos.

Para consolidar ese sistema en los Estados constitucionales democráticos, se han creado tribunales constitucionales, doctrinas jurisprudenciales de protección de los derechos de las minorías. En ese orden de ideas, la Constitución es el instrumento orgánico, político y

jurídico legal esencial para la construcción de una convivencia pacífica, justa y apegada a la preexistencia de la ley como garantía de imparcialidad e igualdad. Traduciendo al poder político, antes arbitrario, en un ordenamiento jurídico racionalizado, característica esencial del gobierno de las leyes.

Siendo la Constitución la ley superior, establece el sistema de fuentes conforme con el cual han de proferirse las leyes como reglas de validez para su legitimación, requisito esencial para su valor. Su carácter general, impersonal y abstracto la sitúa como norma de normas, adquiriendo el carácter de Ley con mayor permanencia frente a la transitoriedad de cualquier norma ordinaria u orgánica encargadas de regular aspectos concretos de la realidad sustancial o adjetiva.

Con este preludio, se hace necesario e imprescindible distinguir entre un poder constituyente con autoridad suprema para la expedición, reforma o derogatoria de la carta fundamental; de ahí se constituyen los poderes públicos del Estado, que desde su estructura orgánica son creadores, intérpretes y ejecutores del conjunto normativo.

Lo anterior constituye el presupuesto y resultado del principio de supremacía constitucional, de origen francés a la sazón de la revolución. Que establece el Estado constitucional que se garantiza reconociendo a la Ley suprema una supersupralegalidad formal frente a las normas ordinarias, exigiendo para su aprobación, modificación o derogatoria un procedimiento más riguroso y con mayores requisitos, debates y quórum calificado.

El principio de supralegalidad contenido en la Constitución, es la garantía jurídica de la supremacía sobre el orden jurídico legal nacional, es decir el derecho interno y en tal sentido, la ley suprema según Aragón <sup>159</sup> *tiene vocación de transformar la supremacía en supralegalidad, ya que la pretensión de legitimidad que la supremacía encierra sólo puede operar a través de la supralegalidad.*

---

<sup>159</sup> ARAGÓN R, Manuel. Constitución y control del poder. Bogotá: Universidad Externado, 1999. p. 22

Finalmente, la normativa constitucional es la que establece las diferencias funcionales entre los poderes públicos y órganos de control, escindiendo claramente las funciones, ámbitos de competencia atribuciones y facultades. También es importante mencionar que, es función del Tribunal constitucional aclararlas y resaltarlas en su jurisprudencia, a través del establecimiento del significado de un texto y comprobar su adecuación al contenido de la Constitución.

Uno de los pilares fundamentales de toda esa estructura, es el establecimiento de deberes, garantías y derechos. Otra columna esencial es el sistema de controles efectivos, como parte primordial del sistema de pesos y contrapesos garante de la gobernabilidad, legitimidad y permanencia de la democracia.

El papel estabilizador de la carta superior se expresa tangiblemente en la definición de las fuentes formales del derecho, de modo que sólo deberán insertarse en el ordenamiento jurídico normas acordes con lo dispuesto para ese propósito, es decir el papel del proceso formativo de las leyes, definido previamente en el procedimiento pertinente y además del rol fundamental de interpretación auténtica del Poder público legislativo; dejando claro que solo serán válidas las leyes que obedezcan al cumplimiento de ese procedimiento.

Esa delimitación de las competencias de los poderes públicos como expresión estructural del Estado, a través de un sistema normativo, que establece un sistema de competencias delimitadas y de ejercicio correlativo, en el que se establecen una serie de deberes, obligaciones, principios, garantías, valores, derechos de las personas; es lo que a su vez permite la fundamentación de relaciones recíprocas a través del surgimiento del derecho público, consecuencia inmediata del constitucionalismo del poder.

Fuera de esa consideración, podrán autodenominarse como constituciones tales, pero sólo si contienen declaración de principios carentes de contenido e instrumentos coercitivos, lo serán no más en sentido nominalista o semántico. Los que defienden esta postura, la clasifican como una pieza análoga y determinada en una situación deficiente que vendría a

constituirse en una pieza lógico-sistemática, que pasa a ser un concepto formal y abstracto, hasta culminar en el extremo del positivismo, expresado como una mera realidad estructural.

Esa aparición del derecho público viene a constituirse en la constitucionalización del derecho constitucional y administrativo, este último de la administración pública, donde se desagregan los factores del poder político, expresado en la forma de gobernar-administrar-ejecutar.

Esta forma de administrar los recursos públicos, nos permite escalar desde el derecho administrativo para investigar, analizar y comprender, si esa función constitucional de gestionar los recursos públicos, tienen la arquitectura que permita el ejercicio de la evaluación de la gestión fiscal, dentro de un marco de autonomía e independencia, a través de un sistema de pesos y contrapesos, como garante de un proceso democrático.

Aunque hoy es cada vez más difícil negar tajantemente el carácter limitador del poder político en la Constitución, desde la construcción teórica planteada por Jellinek-Kelsen, cuyo fin esencial era poner límites objetivos a la arbitrariedad, es importante asociar un sistema de control que garantice la efectividad de la guarda y supremacía del texto, inspiración y espíritu de la ley suprema.

Pero, además, de esa asociación necesaria se precisa de un control garante perenne, de que los poderes públicos introduzcan reformas a su texto que armonicen con la universalidad de principios, valores y derechos.

Entendemos que, como sucedió en Francia en 1974, ora en España desde 1978, en Colombia se busca desde la ley orgánica suprema de 1991, recuperar el verdadero carácter de regla jurídica de la constitución, lo que contribuye a la independencia y fortalecimiento del derecho constitucional y lo aleja de la ciencia política.

Indudablemente, el fortalecimiento del derecho público toma aún más fuerza vinculante cuando existe una jurisdicción especializada de cierre, ¿Pero cuál ha sido el aporte dentro de la dinámica de generar con la jurisprudencia un resultado hacia el rol estabilizador que deba generar la ley suprema? Aunque podría afirmarse que mejorado, no siempre en todos los casos ofrece claridad y menos coherencia. Lo que sí es positivo es que el derecho constitucional tiene una interpretación por un tribunal especial de cierre.

Desde allí cambió en 1991, la inspiración de la escuela de Ley Civil a ultranza, establecida desde el texto vigente de la Ley supraorgánica 153 de 1887, reformatoria del texto original de la Ley 57 de esa misma anualidad.

En buena hora adicionada por esa mixtura del control constitucional, concentrado de inspiración europea y difusa de inspiración estadounidense, efectivo desde los pronunciamientos a través de sentencias con efectos para todos; o entre las partes, del juez difuso y hasta la jurisprudencia interpartes, de constitucionalidad o de unificación como juez supremo colegiado-concentrado.

Sus precedentes vinculantes, para el rol del Estado y particulares; que deben consultar criterios de razonabilidad, proporcionalidad, ponderación para mantener la aplicación del principio de la prevalencia del interés general.

Por otro lado, los poderes públicos ejecutivo y legislativo, mediante acto reformativo de la Constitución, cesaron la facultad nominadora del Poder público judicial, en especial de las cortes de cierre. Entregándole al Poder público legislativo, la facultad de escoger de la lista de ciudadanos habilitados por concurso de méritos para los órganos de control.

El desarrollo de la actividad del Poder público legislativo en la actualidad, se manifiesta como la facultad de proferir, interpretar y obedecer la ley, entendida como mandato soberano. Lo que lleva a la división de los poderes públicos, en cambio la doctrina del

Estado mixto se exterioriza por encima de las funciones operativas del Poder público legislativo.

Éstas, antes de la monarquía constitucional, se denominaban “gubernaculum y iurisdictio”, según Pérez<sup>160</sup> *asimilables a funciones gubernativa y jurídica, que siendo de competencia del monarca, podía ejercer la primera sin restricciones, y que a partir de esa limitación debió compartirla con las clases representadas en el Poder público legislativo.*

Montesquieu sostuvo, que la existencia de poderes intermedios bajo el poder soberano del Rey transitaba hacia el Estado, los poderes intermedios, subordinados y dependientes constituyen la naturaleza del gobierno monárquico, es decir, aquel que gobierna sólo mediante leyes fundamentales.

Es importante en Colombia, mantener un sistema delimitado de separación de poderes, así debe ser apreciada la línea que limita un poder de otro. Bajo la intención de integrar reglas o declaraciones de prestigio, que son invocadas como garante universal de ejecución y desarrollando principios, valores, garantías, deberes y responsabilidades de la doctrina constitucional democrática de la vanguardia universal.

Cabe destacar que, siempre ha sido involucrada la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, haciendo énfasis en que toda sociedad en la que la separación de poderes no esté consagrada, debe considerarse como desprovista de Constitución. Esta declaración es el fundamento de la libertad y la igualdad material, tanto individual como colectiva; sin ese derecho no puede llamarse libre persona o nación alguna. No puede ser llamado gobierno él que no se base en esos principios.

La Constitución política de 1991, en su artículo 113, dispuso que, “todos los órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de

---

<sup>160</sup> PÉREZ R, Francisco Javier. Introducción a la teoría del Estado. Barcelona: Blume, 1980. p. 25

sus fines (...)”<sup>161</sup>. A nuestro juicio, esta norma fue construida en forma inadecuada la técnica de redacción no consulta el momento fidedigno de la expedición de la ley suprema de 1991.

Y es que la concepción del artículo bajo examen, se orienta hacia el fortalecimiento del Estado mixto, propio del estadio histórico y la estructura posfeudal, lo que en Colombia ha dado como resultado inmediato la fractura de la aplicación del principio de separación y equilibrio de poderes.

Al parecer los asambleístas al asumir el conocimiento y debate del tema sobre el cual se realiza el presente examen, omitieron en su momento el contenido del artículo 57 de la carta de 1886. Esta norma a pesar de ser anterior a la actual carta suprema, ofrecía más claridad cuando dispuso que: “(...) todos los poderes públicos son limitados y ejercen separadamente sus respectivas atribuciones”.<sup>162</sup>

Eso cobra importancia, por cuanto los procesos de legitimidad en la construcción de gobernabilidad, a través de la participación de la comunidad en general, buscan la forma democrática de co-gobernabilidad y corresponsabilidad que debe comportar un Estado constitucional, democrático e incluyente.

Cuando desde la Constitución se estructura la institucionalidad del Estado, se crea un contenido moldeado con especificaciones de forma y fondo desde la funcionalidad, apuntando hacia unos fines específicos que eviten la dualidad entre entidades.

Cuando eso está dado, tenemos que, la determinación, asignación especial y las medidas necesarias y adecuadas aseguran que cada poder público, órgano de control o autónomo, asuma su rol de forma adecuada, al desplegar la aplicación de sus fines y funciones

---

<sup>161</sup> COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia 1991. Óp. cit.

<sup>162</sup> COLOMBIA. Constitución Política de Colombia 1886. Óp. cit.

claramente diferenciadas; en la que sea evitada la dualidad y con ello, la subordinación choques desde el establecimiento.

Compartimos la visión de sociedad ordenada, que enuncia Rawls<sup>163</sup> *con criterios de imparcialidad en la justicia*. Ello tiene su fundamento en la construcción de un nuevo concepto forjado desde la participación de todas las personas en las decisiones que los afecten o mejoren su nivel y calidad de vida.

La cualificación de ese concepto, impulsa a situarla en un escenario de prospectiva, desde donde se intenta edificar un nuevo discurso con la apropiación de lo público; específicamente a partir de la inversión de los dineros del presupuesto público, que con ocasión de la gestión fiscal sean aplicados bajo la prevalencia del interés general.

De tal forma que, aunque indispensable, cierta y necesaria esa división de poderes, no era probable crear mecanismos que consintieran una colaboración armónica entre los poderes públicos, órganos y demás cuerpos institucionales, creando así algo impensable como indeseable, que el Estado funcione orgánicamente como un solo cuerpo.

Entonces la delimitación de las competencias de los poderes públicos, a través de un sistema normativo, que establece un método de instrucción correlativo, en el que se instituyen una serie de principios que, en la realización del ejercicio del poder político demuestren otros resultados.

Así las cosas, los que nos apartamos de esa posición creemos que existe una situación deficiente de protección de derechos constitucionales de las personas y ciudadanos, por la fractura del sistema de pesos y contrapesos.

Siguiendo la teoría de la interpretación jurídica que se inicia con la distinción de los diferentes agentes que desentrañan el derecho y las diversas funciones que cumplen. Así

---

<sup>163</sup> RAWLS, John. Teoría de la justicia. México: Fondo de Cultura Económica, 2002. p. 31



identifica cuatro sujetos y que según Kelsen <sup>164</sup> “...son el abogado que realiza alegaciones persuasivas en un procedimiento judicial; el legislador, autor de interpretaciones auténticas generales; el juez que interpreta el derecho para aplicarlo en sus decisiones, generando interpretaciones auténticas individuales.”

Al desarrollar su teoría de interpretación jurídica, le establece una clasificación con base en los diferentes sujetos que interpretan el derecho, distinguiendo la interpretación auténtica llevada a cabo por los órganos de creación y aplicación del derecho a los poderes públicos legislativo y judicial.

También establece un criterio de interpretación no-auténtica y afirma que esta es realizada por *las personas no autorizadas por el propio derecho, abogados, ciudadanos, científicos del derecho.* <sup>165</sup> El científico del derecho al interpretar describe los posibles significados que se pueden atribuir a una norma.

Ahora bien dentro de ese planteamiento de la interpretación jurídica, se refiere a la indeterminación del derecho, clasificando está en dos categorías diferentes: *indeterminación intencional e indeterminación no intencional.* <sup>166</sup> Con la intencional se hace referencia a la posibilidad de que el órgano que ha emanado una norma haya dejado voluntariamente un cierto espacio de discrecionalidad al órgano inferior, para concretar el contenido de la norma.

Al análisis anterior, se debe agregar la realidad contenida en el discurso económico y político, desde donde se muestra el espíritu constitucional en una carta política, que contiene principios y reglas constitucionales, y de la ley, que a su vez son llevadas a normas.

---

<sup>164</sup> KELSEN, Hans. Teoría Pura del derecho. Porrúa, México: s.n., 1979. p. 182

<sup>165</sup> *Ibíd.*

<sup>166</sup> *Ibíd.*

Y es allí donde el sistema jurídico en muchas ocasiones no se adecúa a la carta fundamental, caso concreto la función de alerta fiscal declarada inexecutable mediante Sentencia C-103 de 2015, proferida por el tribunal constitucional colombiano.<sup>167</sup> En otros casos los sistemas jurídicos se han constitucionalizado, construyendo con su actuar la esencia hacia la norma suprema, acciones constitucionales de amparo.<sup>168</sup>

Entonces, la idea del poder del Estado en Colombia, no significa en estricto sentido la clásica división de poderes a la usanza universal, sino la aplicación del sistema de pesos y contrapesos en la que no está excluida colaboración-participación de las distintas jerarquías individualizadas. Se entiende que existe una supremacía constitucional, pero las constituciones no son necesariamente perfectas ni eternas. Están sujetas a modificaciones del discurso económico, político y social.

## **4.2 LA CONCEPCIÓN DEL CONTROL FISCAL EN COLOMBIA**

La deconstrucción es una actividad de lectura que trata de leer los textos de forma diferente. Pues se ocupa de advertir en ellos, según Derrida<sup>169</sup> *signos cuya preeminencia y reiteración ocupan un lugar prioritario en el significado.*

En ese escenario la gramatología cumple un papel estratégico, convirtiéndose en la forma de parametrizar y homogenizar en torno a la norma o al marco regulatorio todos los compartimentos bajo procesos identitarios desde la ideología lingüística.

La mirada deconstructiva implica considerar los múltiples significados de un término clave dentro de un texto, revisando su etimología y sus relaciones con las palabras que le anteceden y suceden, como es empleada y qué fuerza adquiere en la categorización legal

---

<sup>167</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-103, Óp. cit.

<sup>168</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 2591. (19, noviembre, 1991). Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Bogotá: El Congreso.

<sup>169</sup> DERRIDA, Estructura, signo y juego en el discurso de las ciencias humanas. Óp. Cit.

para sancionar una norma. Y que según Balkin<sup>170</sup> *esto con el fin de mostrar la intencionalidad del legislador, pero también las contradicciones en las que funciona la norma.*

Desde esta perspectiva, la construcción de un recurso metodológico, la focalización, permite organizar, distribuir, separar o reunir elementos de distinta naturaleza: social, económica, jurídica, legal, política, etc., haciendo evidente distintas líneas de fuerzas, pero también volviendo inteligible un conjunto confuso de elementos.

Cuando se esboza la tesis de la fractura del equilibrio de poderes y consecuentemente, del funcionamiento adecuado del sistema de pesos y contrapesos, dicho planteamiento, desde este enfoque, permite que el objeto sea abordado desde distintos puntos de mira, lo cual posibilita el ingreso de nuevos elementos.

Ello para demostrar cómo la forma en la que históricamente ha sido asumido el tema de control fiscal y se han dispuesto los elementos regulatorios de su control, lo que ha limitado la debida aplicación del sistema.

Por definición o por principio, la focalización, no obedece a un método de constreñimiento y de dominación, pero tampoco de contentamiento, más bien es una forma de mirar, ubicar y localizar aquello que siempre ha estado ahí pero no se había visto de esta manera.

Este instrumento nos ayuda a pensar más bien en el espacio que en el tiempo que guía nuestra mirada a una realidad que se atrapa sólo cuando se atraviesa por él. Este focalizador nos permite ver de otra manera, lo opaco fijado en los textos legales, descomponiendo sus elementos intrínsecos y extrínsecos.

---

<sup>170</sup> BALKIN, Jack. Nested Oppositions. [En línea] Faculty Scholarship, 1990. [Citado el: 15 de marzo de 2017.] Disponible en: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/281/](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/281/).

Ahora bien, la forma de proceder en esta investigación toma como referentes, los acontecimientos y decisiones en procura de la autonomía e independencia de poderes y controles. Así el control fiscal, se edifica como un elemento fundamental para el óptimo funcionamiento de la Administración Pública, ya que su ejercicio legitima su accionar.

Y ello determina esencialmente el cumplimiento de la función administrativa y la gestión fiscal desplegada en el uso de recursos públicos. Esa razón de peso no compele, dada su importancia en la estructura estatal, a analizar y profundizar en los aspectos, situaciones y circunstancias; relacionados directamente con la autonomía e independencia del mismo.

El control fiscal, siendo función pública y administrativa, ha destacado y orientado el ejercicio evaluador hacia la protección del patrimonio público, mediante la prevención de la ocurrencia del daño antijurídico y la indemnidad del patrimonio público.

De tal forma que la presente investigación analiza la atribución, facultad y función de control fiscal desde lo constitucional, para demostrar si en la forma y el fondo de la institución existen problemas estructurales desde su concepción, que imposibilite su aplicación adecuada y que no garantice la pertenencia de lo público.

Mediante el análisis se busca establecer las tensiones originadas desde la estructura del Estado colombiano, en elementos tales el carácter de la función de control fiscal en la constitución colombiana y su interacción con el accionar de los poderes públicos. Eso con el fin de establecer si efectivamente al desplegar la función constitucional existen límites esenciales que impiden el adecuado ejercicio de fiscalización que realizan las Contralorías.

Substancialmente se busca demostrar si desde el accionar de los poderes públicos del Estado colombiano, a través de la presentación de proyectos de ley, expedición de normas legales, construcción de líneas jurisprudenciales de las cortes de cierre. Se condiciona o limita el control externo a contextos que no consultan la realidad con el ejercicio de la función de vigilancia.

También, se persigue analizar, establecer, interpretar y argumentar a favor de la generación de una conceptualización constitucional que desde su aplicación arroje resultados tangibles. Buscando demostrar que la institucionalidad del control fiscal, es pilar fundamental que contribuya a garantizar el equilibrio entre poderes públicos y órganos de control externo en el sistema de pesos y contrapesos.

Asimismo, que se disponga de un sistema superior de control; articulado con la institucionalidad para que ejerza una óptima vigilancia, examen, control y evaluación de la gestión fiscal del Estado, como una forma de lucha contra la corrupción. Todo ello para determinar las posibles tensiones originadas desde el Poder Público Legislativo.

Entendemos que, en la estructura constitucional, debe el discurso político propender por la creación de líneas diferentes a las actuales, que construyan la independencia material del control fiscal en el Estado colombiano y que eso determine su autonomía funcional en la consolidación del proceso de fortalecimiento y apropiación de lo público, a través de la indemnidad del presupuesto público.

A nuestro parecer, el remedio definitivo para mejorar la función de control fiscal, ha de buscarse en la deconstrucción del modelo actual, para identificar y comprender sus debilidades y limitaciones. A través de una conceptualización constitucional frente al control fiscal, que permita la distinción clara de éste, como pilar fundamental de la estructura del Estado.

Por otro lado, el Derecho es un sistema institucional, regulador y normado sistemáticamente en virtud del cual se disciplinan las conductas sociales. Este sistema, también denominado ordenamiento jurídico, es articulado coherentemente en instituciones, metodologías, procedimientos y criterios legales que constituyen el derecho codificado vigente en un lugar y tiempo determinados.

Esa recurrente política sistémica del derecho, sirve a los postulados de crear, administrar, aplicar e interpretar la ley o la jurisprudencia. Esto a través del establecimiento de parámetros tales como argumentación, razonabilidad, ponderación, coherencia interpretativa, sustento jurídico normativo/jurisprudencial, certeza y seguridad jurídica.

Si enunciamos que el derecho es un sistema de normas obligatorias proferidas por hombres en su condición de seres sociales, que tienen una formación ideológica, económica, social, política e histórica; y bajo esa perspectiva son expedidas. Según considera Robles<sup>171</sup> *esas normas regulan relaciones socio-jurídicas*.<sup>172</sup> En tal sentido, el ser social es quien determina la existencia de la norma, no siendo ésta una clausula pétreua, inamovible, ello en razón a los efectos surtidos con su aplicación. Al respecto, se ha demostrado que esta clase de normas constitucionales en Colombia, referidas al control fiscal, no son de las denominadas inamovibles.

La característica esencial del derecho, para nuestra fortuna es que nunca estará terminado, es decir, no nos podemos referir al derecho como un producto acabado. La mayor cualidad del Derecho hace referencia a su carácter permeable y a su efecto flexible, es decir, no es un sistema de completitud lo cual indica que no es ni cerrado ni abierto, lo que permite su permanente transformación.

Como se ha podido mostrar, el problema de la autonomía e independencia desborda claramente la expedición de la Carta Constitucional de 1991 y, ello se reafirma al comprobar que no cambió el estado de cosas para ese entonces. Por el contrario, continuó siendo el reflejo del comportamiento institucional y social colombiano, lo que nos exhorta a afirmar que, con todos estos factores, traducidos en ostensibles limitaciones, no podría hablarse de un Estado incluyente.

---

<sup>171</sup> ROBLES M, Gregorio. Teoría del Derecho, Fundamentos de la Teoría Comunicacional del Derecho. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters, 2009. P 84

<sup>172</sup> *Ibíd.*

En aras de dilucidar la forma en la que se ha procedido en la investigación, se acude a la práctica deconstructiva de Derrida y particularmente al enfoque crítico de estudios legales, en la tendencia que ha utilizado la deconstrucción como una forma de revelar la falta de coherencia y de integración conceptual de ciertos textos. Es decir, se asume esta vertiente al enfoque crítico de estudios legales que plantea la deconstrucción más allá del análisis crítico, para ubicarla más como una práctica útil para develar como los propios textos construyen su significado.

Desde esta perspectiva, algunos conceptos utilizados a lo largo del documento dan cuenta de ciertos aspectos. Como expresa Balkin<sup>173</sup> *Los conceptos de reglas de prestigio, líneas de fuerza, subordinación, oposiciones, jerarquías*, son los fundamentos teóricos que permitirán al lector comprender cómo se ha procedido en la investigación. Entre estas formas de deconstrucción se destacan la manipulación de oposiciones conceptuales.

Las oposiciones conceptuales, permiten al investigador identificar frente a dos términos o conceptos, cuál fue el privilegiado y cuál el subordinado, lo que permite establecer jerarquías, diferencias, clasificaciones y rupturas. Derrida ha mostrado con su apuesta deconstructiva que, estas oposiciones no son el resultado de la inmanencia del signo lingüístico sino establecido por su opuesto. Hay una jerarquía violenta, en la que un término se impone a otro.

Es decir, que toda oposición conceptual puede ser reinterpretada como una oposición anidada, porque existe siempre la posibilidad de la creación de un contexto, sin importar cuán artificial éste sea; donde dos cosas (aparentemente) o principios opuestos, tengan propiedades en común.<sup>174</sup> El análisis de la diferencia entre términos, funge aquí como un potencializador de las condiciones de posibilidad que remiten al término de origen.

---

<sup>173</sup> BALKIN, Jack. *Práctica y teoría legal deconstructiva*. Yale: Yale Law School, 1987.

<sup>174</sup> BALKIN, Jack M., *Oposición anidada*. Óp. cit.

Para Derrida, la “différance” es caracterizada como una indicación, mientras simultáneamente, relaciona de tres modos los conceptos opuestos: (1) los términos de una oposición jerárquica se encuentran diferenciados el uno del otro; (2) cada término defiere al otro (lo hace esperar); y (3) cada término defiere del otro (es dependiente del otro).

Así, todo elemento remite necesariamente a su opuesto, que no es simplemente presente. Cada elemento se constituye a partir de la huella de los demás trazadas de otros en el sistema. En palabras de Derrida:

*“La différance es el juego sistemático de las diferencias, de las trazas de las diferencias, del espaciamento por el que los elementos se relacionen unos con otros”*<sup>175</sup>

Partimos del aserto que debe aceptarse que cualquiera clasificación es necesariamente arbitraria y por consiguiente convenida. Los argumentos a favor o en contra de una argumentación en el contexto legal, pueden llevar a sopesar la clasificación del control previo y perceptivo de 1923 frente a los juicios de valor que lo determinaron como posterior y selectivo en 1991.

Sin embargo, dejar de advertir una serie de líneas de fuerza y la forma como se establecen los términos retomados, sería incurrir en un error que desconoce que, la reiteración no actúa en sinonimia, siempre está afectada por un cruce de fuerzas, donde la prescripción jurídica es una de ellas. Sabiendo que la doctrina sobre el principio de la separación de poderes y el sistema de pesos y contrapesos, definido en la carta fundamental, está orientado bajo la égida de conservar el equilibrio de poderes.

Cuando se habla de repetición en deconstrucción, se acude al concepto derriniano de iterabilidad para explicar como “*la iterabilidad altera*”<sup>176</sup>, lo que implica que, según Balkin

---

<sup>175</sup> DERRIDA, Jacques, Posiciones. Valencia: Pre-textos, 1977. p. 54

<sup>176</sup> *Ibíd.* p. 62.



*la repetición de un texto en un contexto nuevo suele cambiar sutilmente su significado*<sup>177</sup>, el autor citado apunta que la deconstrucción experimenta cambios al pasar de la filosofía a la literatura y luego al derecho.

El concepto de jerarquía, somete las relaciones sujeto-objeto, normal-anormal, etc., a una jerarquía en la que uno de los conceptos aparece privilegiado, siendo empleado como base para un sistema. Así, en cada caso el concepto preferido implica una presencia dotada de autosuficiencia y cuya existencia es inmediatamente cognoscible.

La inversión de la jerarquía pondrá de relieve que el concepto preferido no es fundante sino que depende en forma mutua con el concepto relegado. Considera De Peretti<sup>178</sup> *Derrida se propone, ante todo, mostrar la imposibilidad, el error radical que supone toda voluntad ideal de sistema; rechaza cualquier tipo de centralidad, de fijeza.*

Las reglas de prestigio, una vez focalizadas, posibilitan acceder a las condiciones que fraguaron la consideración de A sobre B, que hacen que, en apariencia A tenga mérito suficiente para prevalecer sobre B, es decir, la sugestión de estar ante algo meritorio (A) que de facto meritorio en sí mismo. Estas reglas de prestigio permiten advertir las relaciones de distintas líneas de fuerza para favorecer una orientación de pensamiento, una decisión clave en la reforma, el acopio de un modelo sobre otro, etc.

Así se tiene el caso de la estructura de reglas de prestigio, incorporadas a la carta de 1886 en el Acto Legislativo de 1936, donde primaron las concepciones e instituciones del derecho administrativo francés, reduciendo la facultad de inspección y vigilancia, y concentrándolas en los sectores de la salud, seguridad y educación, cuyos principios fundamentales eran la eficiencia y la equidad.

---

<sup>177</sup> BALKIN, Jack. Carrera legal de la deconstrucción. Cardozo Revisión de la ley. 2005, Vol. 27, 2. p. 730-731

<sup>178</sup> DE PERETTI, Cristina, Jacques DERRIDA. Texto y Deconstrucción, Barcelona: Anthropos, 1989. p. 21

Otro tipo de decisión, que no otorgase tal mérito al derecho administrativo francés hubiere derivado en una decisión diferente. Lo que pone de manifiesto expresa Roithmayr<sup>179</sup> *que estándares de mérito y prestigio son establecidos por grupos sociales dominantes*. Aquí la deconstrucción, expone los límites de cierta racionalidad para mostrar que no obedece a una determinación lógica, normativa, legal per sé, sino determinada por decisiones de fuerzas entre legisladores.

Las relaciones de control y subordinación son establecidas por relaciones de poder que actúan con base a unos criterios convenidos. Ciertos conceptos en el marco jurídico se asumen como parte de un pacto en el que unos prevalecen sobre otros. Los primeros pueden ser determinantes para fijar un control, mientras los segundos, se subordinan aceptando parte de esa condición; por ejemplo, la Constitución crea, regula y limita los poderes del Estado, también establece los principios, garantías, valores, deberes, libertades y derechos fundamentales.

El control fiscal, es una actividad diferente de las que corresponde a las clásicas funciones estatales, la función de control fiscal evalúa la gestión fiscal del Estado, para el funcionamiento eficaz, eficiente y efectivo del sistema de pesos y contrapesos. Con esa función contribuye al orden de las finanzas públicas y con ello a su legitimación social.

Con esos elementos se afirma que dentro del Estado social y democrático de derecho, la función de control fiscal, es pilar fundamental para mantener el equilibrio del sistema de pesos y contrapesos.

Los preceptos allí convenidos, contienen reglas especiales de sujeción y por ello, desde lo impersonal y abstracto tienen coerción vinculante respecto de todas las personas y de los poderes públicos. Así fue planteado en la norma, pero no puede garantizar la ocurrencia de la desobediencia.

---

<sup>179</sup> ROITHMAYR, Daria. Deconstruyendo la distinción entre Sesgo y Mérito. California: opinión de ley, 1997. Vol. 8. p. 1

Las líneas de fuerza, operan aquí como líneas de poder que luchan por influenciar unas decisiones sobre otras. Este recurso permite el descubrimiento de la singularidad, de encontrar aquellas fuerzas que se enfrentan y la manera como éstas actúan para triunfar sobre las otras.

Las líneas de fuerza, son los vectores de poder que intervienen reconfigurando prácticas y procesos institucionales. Tal es el caso de la influencia de la apertura económica como una externalidad, que rompió con el principio del control previo y perceptivo, favoreció la privatización y el establecimiento de un control fiscal posterior y selectivo.

Tomando el caso de las figuras jurídicas de la delegación y la desconcentración ¿Qué significó para las reformas a la Constitución de 1886 en 1945 y 1968 la no diferenciación de aplicación de ambas figuras? yerros, puesto que no se produjo el ordenamiento territorial deseado ni tampoco el fortalecimiento de la descentralización.

Por el contrario, en el orden territorial se afianzaron las figuras de la desconcentración y la delegación del nivel nacional; así se conservó la estructura proclive a la centralización de la función administrativa, como un apoyo fundamental al Poder Público Ejecutivo.

Por último las rupturas, este concepto permite identificar aquella fuerza capaz de romper con lo establecido, de generar un nuevo orden, una fuerza que irrumpe lo ya establecido y reorganiza el corpus, la norma, la legislación y de allí las actuaciones y comportamientos que se supeditan de éste.

La figura 1, ilustra la forma en la que la deconstrucción fraguó la focalización para advertir similitudes y diferencias entre modelos de Control Fiscal, giros al pasado y al presente para señalar ventajas comparativas, rupturas y finalmente las consecuencias. Esto funcionó a través de tres tipos de lectura:

- Lectura temática: Referida a un tipo de lectura discursiva que busca situar qué se dice, para quién se dice, y cómo se dice; definiendo los roles de los enunciadores en el discurso.
- Lectura crítica: Con el propósito de analizar los procesos de apropiación y adecuación de las estrategias, mediante los cuales se ejercen formas de poder manifiestas en los procesos de control fiscal y su inserción en la ley. Este tipo de lectura permite develar el control ideológico, en la selección de mecanismos de control y la consolidación de una forma particular de ejercerlo.
- Lectura estratégica: Que permite establecer la forma en la que están dispersos los enunciados en una constelación de fuentes y documentos.

Este análisis interroga los supuestos que conforman el texto jurídico para darles una nueva perspectiva. En el entendido de que la escritura para Derrida es una expresión instrumental de la comunicación, es decir, es una representación y expresión ideológica determinista a la que la deconstrucción se enfrenta, analizando los planos de expresión textual:

- Análisis del plano gramatical: En el libro “De la Gramatología”, explica Derrida<sup>180</sup> *que la significación siempre hace referencia a otros signos. Lo que conlleva a adentrarse en el análisis de signos que van más allá de aquellos dispuestos en un documento.* En el presente caso, este análisis permitió establecer las relaciones de los textos legislativos con otros textos y otras prácticas a partir de sus más pequeños componentes.
- Análisis del plano semántico: Este análisis busca revelar la condición tropológica de los textos, es decir, las figuras, metáforas, metonimias, errores, desviaciones, traducciones, envíos, etc. que subyacen bajo el texto jurídico para desautorizar la

---

<sup>180</sup> DERRIDA, De la Gramatología. Óp. cit. p. 71.

historia convencional de su composición y poner en cuestión las nociones de obra, autor, fuente, tradición, costumbre, influencia; por ejemplo, identificar el control fiscal con la corrupción como sinónimos.

- Análisis del plano pragmático: Reconocemos que una ley está hecha por unos para ser impuesta a otros, en dicho sentido, este análisis es importante porque permitió ver en los juegos de inclusión-exclusión presentes en los mecanismos de control; esto hizo evidente las tensiones, los vacíos, los espacios de protección, las zonas de confort, privilegios y los espacios en blanco que permiten violar o ignorar una norma.

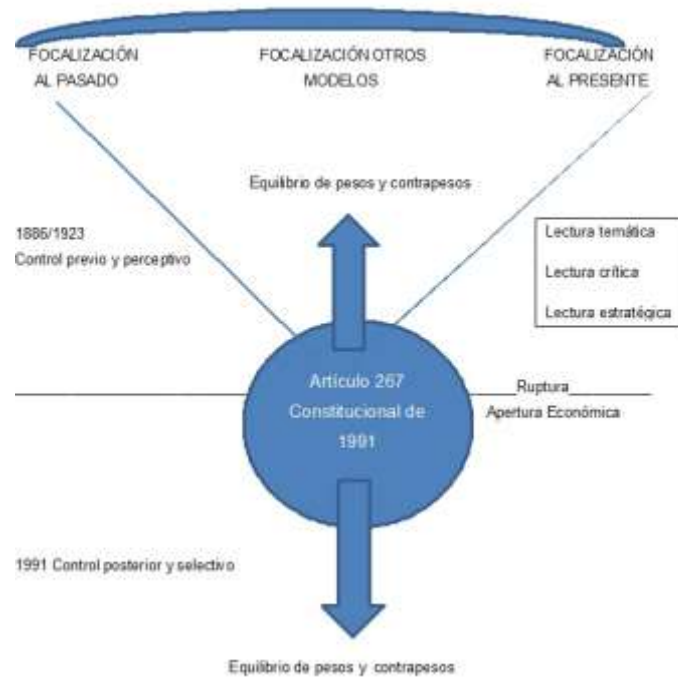


Figura 1 Modelo deconstructivo

Fuente: Elaboración propia

Como se puede apreciar, el modelo deconstructivo permitió focalizar prácticas del pasado en sistemas similares, presentes y pasados para determinar el encuadre cognitivo operante

en la configuración de una argumentación a favor del control fiscal. Desde la perspectiva de lo previo y perceptivo, afectado por los problemas de corrupción de la época.

Durante el desarrollo de la tesis, se pudieron identificar reglas de prestigio, líneas de fuerza (política, social, económica), clasificaciones del sistema de pesos y contrapesos, que permiten entender que no se debe concebir la norma por la norma sino por las condiciones de posibilidad que la hicieron emerger.

Puntualmente, las siguientes tablas se dedican al artículo 267 constitucional para focalizar tres planos que se discuten en extenso en los numerales 3.2 y 3.3 de este acápite:

Tabla 1 Plano gramatical

<b>Definición Institucional</b>	<b>Construcciones sintácticas privilegiadas por la legislación</b>
Definición del control fiscal	Preferencia por los verbos copulativos: ser y construcciones sintácticas en futuro para determinar tipo de ejercicio y vigilancia.
Definición de la Contraloría	Preferencia por los verbos copulativos: ser y construcciones en futuro para determinar alcance y condiciones de actuación.
Instituciones	Identificación de la Contraloría General como encargada de la función de control fiscal y la vigilancia.
Sujetos de vigilancia	Poderes públicos del Estado, órganos autónomos, administración pública y entidades mixtas del orden nacional y territorial, personas jurídicas que manejen recursos del Estado.

Fuente: elaboración propia

El análisis de este plano, permite identificar las construcciones sintácticas privilegiadas por la legislación con el objetivo de determinar definiciones, objetos y sujetos en el sistema de control fiscal. Los 9 párrafos que componen el artículo 267 constitucional, obedecen a una misma estructura gramatical, que define en presente las características del control fiscal, y prescribe en futuro sus condiciones y alcances.

La definición del control como posterior y selectivo, y la excepcionalidad tornase problemática cuando se contrasta con su opuesto modelo, el previo perceptivo. Aquí radica la mayor discrepancia, en la manera como se define el control fiscal y las implicaciones para que surtan efecto “la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales”<sup>181</sup>

Tabla 2 Plano semántico

<b>Definición Institucional/Valoraciones</b>	<b>Construcciones semánticas de libre interpretación</b>
Definición del control fiscal como posterior y selectivo	Rompe con la orientación legal previa de control previo/perceptivo
Control	Posterior y selectivo
Vigilancia	Determina el qué vigila (la gestión fiscal de los sujetos de control), también quién vigila (Contraloría)
Eficiencia	Definición indeterminada en el texto

<sup>181</sup> COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia 1991. Óp. cit. Art. 267.

Equidad Definición indeterminada en el texto

Mérito Sin fijar las condiciones en el texto

---

Fuente: Elaboración propia

Si bien es cierto, algunos conceptos pueden inferirse por su relación con el cuerpo total de la norma la definición y caracterización, dejada a la libre interpretación puede viciar la intención con la que las palabras, se ponen en juego a circular en la significación.

Tabla 3 Plano pragmático

---

<b>Teoría finalista del Estado</b>	<b>Construcción de tejido Estatal</b>
Fines	Vigilar y controlar
Alcance	Fondos, servicios y bienes
Propósito	Evaluación de la gestión fiscal del Estado

---

Fuente: elaboración propia

Se ha construido un tejido al interior del Estado, a través de la jurisprudencia del tribunal constitucional, que para este caso presenta limitaciones para la aplicación adecuada de la armonización la institucionalidad de la organización territorial.

Dejando de lado su unificación regional y su real integración en el ámbito nacional para la formación de un Estado constitucional democrático; que busque desarrollarse desde la periferia, dejando a la descentralización como un elemento importante pero no definitivo.



Hoy no es demostrable desde la institucionalidad, que la organización territorial tenga mayor autonomía para la toma de decisiones, ejerciendo las competencias que les corresponden, administrando los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

### **4.3 LA FUNCIÓN DE CONTROL FISCAL EN COLOMBIA**

El Estado en Colombia, está determinado por un sistema de deberes, obligaciones, principios, valores, derechos, y garantías constitucionales. Además debe funcionar en armonía y efectividad del sistema de pesos y contrapesos, siendo el control fiscal el encargado de la indemnidad del presupuesto y patrimonio público. Para ello se tiene establecido en la teoría constitucional, un mecanismo consubstancial a la existencia del Estado, como es la función de control fiscal.

El control fiscal es una función constitucional, la cual vigila la gestión de la administración de los servidores o particulares que manejen servicios, fondos o bienes del Estado, en todos sus órdenes y niveles. Los entes de control fiscal, como la Contraloría General de la República y las Contralorías territoriales, son los órganos encargados de adelantar las respectivas diligencias tendientes a obtener el resarcimiento e indemnidad del patrimonio público, sobre los cuales se ha configurado el daño antijurídico y la lesión patrimonial.

El Control Fiscal es el conjunto de actividades realizadas por Instituciones competentes desde la órbita constitucional para lograr, mediante sistemas y procedimientos diversos, la protección de la administración del patrimonio estatal.

En la actualidad, el control se ejerce en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos y principios establecidos principalmente por los artículos 267 y 268 constitucional, la Ley 42 de 1993 y la Ley 1474 de 2011. De esta manera la vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de controles financiero, de gestión y de resultados, instituido en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de costos ambientales.

Los principios del control fiscal corresponden a una concreción de los principios de la función pública enmarcada en los artículos 2 y artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, entre los que se destacan los fines esenciales del Estado, la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad.

De esta manera, se expresa este elemento teórico integrante del control fiscal, el cual fundamenta de manera abstracta el contenido de las decisiones jurídicas particulares y concretas que adoptan los entes fiscalizadores en vía gubernativa, llevadas a cabo desde la vinculación o no fiscalmente responsable a un servidor público o un particular.

La función de control fiscal con esa reglamentación legal, irrumpe en el terreno de los particulares que, con ocasión de la delegación transitoria o parcial, por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber legal, en observancia a obligaciones contractuales, donde se relacione sus acciones y consecuencias con dineros, bienes o servicios u obras públicas; para fiscalizar a esos particulares.

El objeto misional de la función de control fiscal es la realización del informe de auditoría gubernamental con enfoque integral, su propósito es proteger el presupuesto público mediante las observaciones con alcance fiscal.

A través de las auditorías, se evalúa el sistema de control interno de las entidades y también se realiza el examen de cuentas. Asimismo, con el componente de acciones ciudadanas y del sistema de derecho de petición, quejas y reclamos. El resultado de las resultados de la evaluación contenido en el informe se traslada a las instancias competentes, por las presuntas infracciones a los diferentes ordenamientos jurídicos inobservados.

El accionar de la función de control fiscal, se evidencia desde el examen y evaluación de la gestión fiscal del Estado, con la expedición de los informes de auditoría gubernamental con enfoque integral. Y que además con su efectivo ejercicio, refleje la materialidad del equilibrio del sistema de pesos y contrapesos.

Históricamente la función de control fiscal, ha tenido tres escuelas o sistemas; la colegiada, que es aquella que está dirigida por tribunales o cortes de cuentas originaria del sistema jurídico de Ley Civil. La de las auditorías generales de rai-gambre británica originaria del sistema de Ley Común, la Contraloría con un solo nominador, cuyo origen está en la Confederación de los Estados Unidos de Norteamérica. Ese es el sistema actual en la América Latina.

La función falló cuando se autorizó refrendar los contratos en general, incluyendo los de deuda pública. Se diseñó un paralelismo con la Comisión Legal de Cuentas de la Cámara de Representantes con la función de fenecer o no, la cuenta General del Presupuesto y del Tesoro.

La situación actual, muestra el proceso de evolución de la fiscalización, que está reflejado desde la administración pública del nivel nacional, representado en los poderes públicos; así como de la organización territorial, desde sus corporaciones administrativas, con representación política, los Gobernadores y Alcaldes.

De donde se promulgan conjuntos normativos de carácter legal o administrativos, que generan tensiones, que a su vez son activadas al momento de la aplicación de la función de control fiscal. Que posiblemente inciden en la limitación de la autonomía funcional e independencia presupuestal del control fiscal. De esta forma impidiendo en gran forma, la evaluación de la gestión fiscal del Estado.

Esto hace necesario, oportuno y conveniente, privilegiar en forma estructural un proceso de apropiación para la vigilancia conceptual-real-material de la gestión fiscal de lo público, con autonomía e independencia. En este orden de ideas el análisis nos lleva a enunciar que la función de control fiscal se encuentra limitada desde los poderes públicos del Estado colombiano.

A nuestro parecer, el remedio para mejorar la función de control fiscal, está en el análisis de los elementos constitutivos de la función de los entes control fiscal y de los poderes públicos del Estado colombiano. El análisis determinó que desde las actuaciones de los poderes públicos se generan tensiones que devalen el establecimiento de efectos limitantes.

Se tiene establecido desde la teoría constitucional, un mecanismo sustancial para la existencia del Estado, esa función de control fiscal, contribuye a consolidar el proceso de legitimación. Esos resultados muestran la aplicación de una gestión fiscal, conforme a los fines esenciales del Estado. De tal forma que en esas circunstancias el control fiscal, está llamado a ser el pilar fundamental como órgano autónomo, para mantener el equilibrio del sistema de pesos y contrapesos.

La gestión fiscal se direcciona a la actividad del giro ordinario de los negocios o inversión pública realizada por las entidades estatales, a través de mecanismos financieros, alianzas públicas o privadas desde la actividad reglada o contractual.

Desde donde se compromete el presupuesto público que comporta no solo la disponibilidad material sobre el patrimonio público, sino, esencialmente, la disponibilidad jurídica sobre el mismo, en cuanto cuenta con tal capacidad para actuar en forma legítima, derivándose, a cargo del gestor fiscal, una posición de garante frente al resarcimiento del patrimonio público.

Con estas aseveraciones, dable es afirmar que el control fiscal tiene un fundamento eminentemente jurídico. El interés protegido y tutelado es el interés general de naturaleza público porque el compete a toda la colectividad, al Estado mismo.

Toda su actividad está circunscrita al ordenamiento legal. Al actuar mediante los procesos auditores o de responsabilidad fiscal mediante una decisión jurídica, se juzga la legalidad o no de los gestores fiscales. El pronunciamiento de decisiones vinculantes es función pública y como tal, jurídica.

La función contralora como actividad estatal, es normada y como tal derecho público dentro de este en la subdivisión, permanece como Derecho Público Fiscal.

Por otro lado una de las previsiones en la estructura del actual ordenamiento constitucional es que el mejoramiento del sistema de control interno, genere un valor agregado a la función de control fiscal.

Para ello se hace necesario identificar y comprender las debilidades y limitaciones del sistema de control. Y proponer el establecimiento de un nuevo sistema de control fiscal, que determine a éste, como pilar fundamental del sistema de frenos y contrafrenos en el Estado colombiano.

Con ello, se crean solidos criterios de legitimación institucional, en dos sentidos el de la administración fiscalizada y el de la función de control fiscal, ya que este último, permitirá presentar a la comunidad nacional, resultados con la rendición pública de cuentas.

Que esos resultados muestren la aplicación de una gestión fiscal acorde con los fines esenciales del Estado. Toda esa acción de control recae esencialmente en la inversión y gasto, realizada a través del presupuesto público, en los ámbitos nacional y territorial.

Por otro lado en el Estado democrático, se tiene la teoría política, jurídica y filosófica de la existencia del sistema de pesos y contrapesos. Ese sistema esta instituido en los poderes públicos como la definición clásica de tal tridivisión. En la modernidad se establecen órganos o corporaciones para realizar labores de control a los poderes públicos, esos entes deberían constituirse como columna fundamental, para mantener el equilibrio de poderes.

Todo este ordenamiento no se concreta en la aplicación de la función de control fiscal, factores como la corrupción partidista y el conjunto normativo legal y administrativo, sentencias de cortes de cierres, muestran el ejercicio de control fiscal con resultados

exiguos, entonces, desarrollada la investigación, nos lleva a afirmar que no existe autonomía e independencia en los órganos de control fiscal en Colombia.

#### **4.3.1 Participación Ciudadana, Control Social y Control fiscal.**

La participación ciudadana se expresa con mayor fuerza en los gobiernos locales, las gentes quieren resolver sus necesidades gestionando sus gobernantes y dejando sin efecto las causas y factores que las determinan. Llegando en algunos casos a principales temas de conversación preelectoral y generando efectos sobre el proceso político, de cara a la gestión municipal.

En el periodo de la posguerra en Europa en la década de 1970, se establece un hito significativo de raigambre de la filosofía y teoría política, como una expresión del renacer democrático, bajo la polarización partidista de derecha e izquierda, que asimilaron en diferente forma política, económica y social; los conceptos y postulados de igualdad, libertad y democracia.

En ese periodo influenciado por el auge que alcanzaba por aquellos años el término *Participación*. Ese auge se reflejaba por el impulso de numerosas demandas en general, provenientes del ámbito estudiantil, también según expresa Pateman<sup>182</sup>, *sobre la calidad del proceso de la educación y a nivel sindical, por las reglas para el pago de salarios, que reclamaban la apertura de nuevos espacios de decisión colectiva.*

En el nuevo milenio, ese binomio indisoluble constituido por necesidades y exigencias, permanece e impele a los diferentes actores sociales con intereses comunes o grupales de toda índole, una mayor participación, formando parte esencial de la agenda política, social y económica.

---

<sup>182</sup> PATEMAN, Carole. *Participation and Democratic Theory* Cambridge University. London 1970, p 42

Las nuevas formas de democracia definidas por la ciencia política, producto de la comprensión de las personas, en especial de los ciudadanos en los niveles de decisión y de gestión de la institucionalidad, desde y hacia las políticas públicas, con mayor énfasis en la organización territorial.

Pero, a diferencia de los años 70, otros protagonizaron esta reivindicación. Nuevos movimientos sociales y actores sobre políticas públicas, desde donde según Schneider<sup>183</sup> *se busca exigir condiciones de una democracia más proclive a los intereses de las comunidades, promoviendo cambios institucionales de participación*, que conviertan en forma tangible, los ofrecidos por la democracia representativa.

Esas formas de participación, se expresan en especial en la forma de gestionar las políticas públicas que desde las comunidades, para generar la satisfacción de las necesidades básicas. La forma clásica de la democracia representativa y participativa, sigue siendo la elección de sus gobernantes, por los ciudadanos y el debate hoy se centra en la decisión, diseño, formulación, implementación y gestión de las políticas públicas.

Es entonces desde ahí, donde se trata de valorar la conveniencia y la naturaleza de la participación, hecho que siempre desborda las previsiones de la administración pública, y los planes y programas propuestos por los gobernantes. El rol que los ciudadanos juegan en la vida política, difiere según sea la visión de la democracia que se adopta desde la institucionalidad, siendo restringida o ampliada según el caso.

#### **4.4 LIMITACIONES OBJETIVAS AL EJERCICIO DE CONTROL FISCAL**

El sistema de control externo o fiscal, ha variado históricamente de manera paralela a las facultades, funciones y atribuciones contenidas en la Constitución política y reflejadas en el

---

<sup>183</sup> SCHNEIDER, Cecilia La participación ciudadana en los gobiernos locales: contexto político y cultura política. un análisis comparado de Buenos Aires y Barcelona, Doctorado en Teoría Política y Social Departamento de Ciencias Políticas y Sociales Universidad Pompeu Fabra, Departamento de Ciencias Políticas y Sociales- UPF. Barcelona, España 2007, p. 18

actuar del Estado; dejando de manifiesto su carácter inherente a la existencia del mismo establecimiento. Ese paralelismo, entre órganos de control y Estado constitucional democrático, de reconocimiento y garantías para el ejercicio del primero, expresa el respeto democrático a los conceptos de control y responsabilidad de los poderes públicos.

Todo Estado democrático, requiere de legitimidad de origen y de ejercicio. Según considera Kelsen<sup>184</sup> *la primera desde el constituyente primario en ejercicio del contrato social y la segunda determinada por la voluntad de los agentes del Estado.*

Cuanto más vanguardista, compleja y pluricultural sea nuestra sociedad, mayor necesidad tendrá de generar mecanismos de control político. Solo a través de tales mecanismos, es posible preservar la manifestación de la existencia de su carácter democrático; en tanto que la particularidad de la democracia reside en el establecimiento de pesos y contrapesos. Desde donde se generen claros límites al poder político del Estado, a las mayorías, políticas, económicas y culturales.

El compromiso histórico, es el que permite la subsistencia de las minorías como responsabilidad ética, en lo político, social, económico y cultural. La formación de gobernabilidad, legitimidad en origen y ejercicio, se manifiesta expresa Valles<sup>185</sup> *esencialmente, en el respeto a los controles y la responsabilidad, que deban asumir los poderes públicos del Estado por sus acciones u omisiones.*

Se pretende demostrar, como hoy ha perdido vigencia el principio de representación democrática por el poder público legislativo, al cual se le otorga el carácter de superior jerárquico del control externo, innovando el concepto de apartamiento, total de la tesis política de la representación. Por lo cual proponemos, en su lugar, independencia y autonomía funcional, del control fiscal respecto de los poderes públicos.

---

<sup>184</sup> KELSEN, Hans. Cimientos de la democracia. En: escritos sobre la democracia y el socialismo. Madrid: Debate, 1988. pp. 207- 233

<sup>185</sup> VALLES, Óp. cit. p. 10



Ese carácter democrático está seriamente resquebrajado desde el accionar del espíritu del constituyente. Esas facultades, atribuidas desde la carta política, al Poder Público Ejecutivo en un régimen presidencialista, desequilibran el accionar de los poderes públicos.

El carácter de independencia y autonomía que se propone no es absoluto, por cuanto se conservan los controles de sus pares, representados en órganos de control como la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, la Corte Suprema, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación y la Auditoría General de la República.

Órganos que deben tramitar y resolver los asuntos a su cargo y endilgar las responsabilidades que con ocasión del ejercicio de sus funciones en la expedición de sus actos administrativos, controlando las actuaciones de servidores públicos, contratistas y/o agentes que hayan incurrido en irregularidades.

Ahora bien, el proceso de fortalecimiento de la centralización político-administrativa en detrimento de la descentralización administrativa hoy, es una realidad. Ello graficado en el ámbito nacional, donde persisten una serie de prácticas por parte de los poderes públicos ejecutivo, legislativo y judicial, que generan una serie de limitaciones de carácter objetivo indicativas de la subordinación del control fiscal.

En la doctrina constitucional para la organización territorial, existen una serie de controles al poder político como garante de una equidad desde la carta fundamental. Encontramos:

“El control vertical al poder, que se realiza fundamentalmente bajo dos fórmulas: I) Una distribución territorial o espacial del Poder; y II) Mediante el otorgamiento, de permitir el ejercicio y defensa de los derechos individuales y las garantías constitucionales.”<sup>186</sup>.

---

<sup>186</sup> LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución. Barcelona: Ariel, 1986. p. 47

Para efectos de nuestra investigación analizaremos solo la primera. Se dispone en un sistema de administración pública, por medio de técnicas de descentralización tanto administrativas como políticas. Para ello debe efectuarse una distribución territorial o espacial del poder, que es la que, se basa en un principio de democratización del Poder, trasladándolo desde un centro dominante hacia gobiernos intermedios y locales.

Podemos enunciar que uno de los riesgos en Colombia para la organización territorial lo representa la concentración de poder en el modelo de gobierno; nos referimos a la concentración de tipo funcional del Presidente de la República con relación departamentos, distritos y municipios.

Siendo la Constitución política colombiana, inspirada en la fuente de la Constitución española, que, a su vez, toma como fuente la italiana de 1949 y la Ley fundamental de Bonn, debemos preguntarnos ¿dónde ubicarla según las realidades colombianas?

Se plantea entonces, al ordenamiento superior un problema fundamental, para la construcción de la convivencia pacífica, según Benda<sup>187</sup> *amenazada por la constante tensión entre la autosuficiencia del individuo y las necesidades, derechos y obligaciones que derivan de las circunstancias actuales de la vida colectiva*. De tal forma, que hemos encontrado, en el orden constitucional universal un exagerado individualismo o un desordenado colectivismo, concluyendo que ambos conculcan y marginan, libertades y derechos.

En Colombia, por disposición constitucional desde 1991, se desagregó el ámbito estatal en el orden territorial, así adquirió mayor importancia la institucionalidad de departamentos, municipios y distritos.

---

<sup>187</sup> BENDA, Ernesto. El Estado social de Derecho, Manual de Derecho Constitucional. Madrid: Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001. p. 117

Ellos realizan los actos preparatorios y definitivos del presupuesto, ejecutándolo y construyendo la inversión del mismo a través de los planes de desarrollo. Esa inversión requiere de controles adecuados, dentro de los cuales encontramos el control fiscal que tiene una finalidad esencial, encargado de evaluar la gestión fiscal.

El cumplimiento de esa decisión, es materializada mediante un ejercicio de control, sobre la gestión fiscal desagregada en materia presupuestaria y financiera. A fin de aplicar el poder de inspección, control y vigilancia. Con ello se busca derivar controles preventivos o correctivos con carácter sancionador o resarcitorio.

Se trata, de enviar un mensaje de alerta, a los gestores fiscales que, con ocasión de ella, ejerzan todos los actos que prevé la ley sobre bienes, servicios, dividendos, bienes virtuales, recursos públicos del Estado. Con el propósito de evitar la ocurrencia del daño antijurídico, constituidos en detrimentos patrimoniales; conductas que se constituyan en infracciones de tipo disciplinario y/o penal contra la administración pública, y, demás especies de inversiones irregulares de los recursos públicos.

El proceso de control fiscal, como parte del proceso administrativo de vigilancia a la gestión fiscal del Estado, presentó desde la expedición de 1991, cambios sustanciales que dejaron expósito al sistema y esa orfandad se expresó en la falta de herramientas jurídicas para combatir la corrupción. Esencialmente, ese cambio operó al sustituir en el sistema la facultad legal dada por la Ley 20 de 1975, consistente en la aplicación del control previo y perceptivo.

En esa forma de control externo, se establecía un sistema de alertas tempranas y el subsecuente control en tiempo real; además, se vigilaba a la par de la ejecución presupuestal. Se estableció en los artículos 267 y 268 de la carta fundamental de 1991, un sistema de control posterior y selectivo<sup>188</sup>, de gestión y de resultados.

---

<sup>188</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 42 de 1993. Óp cit.

Esos principios y sistemas, invocados como de las principales modernizaciones de los órganos de control fiscal, afectaron e impactaron negativamente el actuar de los entes contralores.

Eso en lo directamente relacionado con la oportunidad, para detectar fraudes, daño antijurídico y lesiones al patrimonio público; lo que se mostró como un avance se ha constituido en un permanente retroceso.

La permanente interacción del Estado, desde el accionar de los poderes públicos en relación con los órganos de control fiscal, produce tensiones. En Colombia, la problemática de la gestión fiscal del Estado, consiste que en grado sumo resulta ser antieconómica, ineficaz<sup>189</sup>, poco eficiente y muchas veces nada efectiva. Esta circunstancia sin lugar a dudas señala directamente lo que Luis Jorge Garay ha llamado sin ambages, la deslegitimación del Estado y la pérdida de la convivencia ciudadana; en efecto el autor plantea que:

“La precaria legitimidad del Estado colombiano ha favorecido el resquebrajamiento de funciones y responsabilidades básicas e inalienables de un estado democrático...responder por la preservación del orden instituido en el orden político y social...en Colombia la desinstitucionalidad del Estado, ha llevado a su paulatina sustitución por parte de grupos o intereses privados, poderosos en el arbitrio de relaciones políticas, económicas, culturales y sociales en la sociedad relegándose el imperio del bien común a favor de propósitos individualistas o grupales.”<sup>190</sup>

En un Estado constitucional democrático, como el colombiano determinado teóricamente por los valores, principios, derechos, garantías y deberes de las personas; materializa la democracia, a través de la constitucionalización de la función administrativa. Y según

---

<sup>189</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-801 [M.P. Jaime Córdoba Triviño] (16, septiembre, 2003). Bogotá: Expediente: D-4484.

<sup>190</sup> GARAY, Luís Jorge. Construcción de una nueva sociedad. Bogotá: Tercer mundo editores, 1999. p. 2

Hesse<sup>191</sup> *la representa como el carácter tangible del cumplimiento de los fines esenciales del Estado.*

El análisis de elementos tales como el accionar de la función de control fiscal y de los poderes públicos del Estado colombiano; permite identificar el origen de las tensiones, que posibilitan la ocurrencia de limitaciones sobre la función de control fiscal, manifestando una subordinación al Poder público legislativo.

De tal forma, que los elementos estructurales, referidos a la función pública y el ejercicio de la función administrativa, en relación con las tensiones originadas en la aplicación y ejercicio de las atribuciones de los poderes públicos y la función contralora; se develan en las actuaciones del Estado colombiano a través de sus poderes con la expedición de normas legales, sentencias de las cortes de cierres y ajustes extremos en el presupuesto que afectan ostensiblemente la operabilidad de los entes fiscalizadores.

No se puede plantear un modelo de Estado y una forma de gobierno que pretenda funcionar coherentemente, sí mediante normas y sentencias, determina competencias, facultades, controles de tutela, pisos y techos presupuestales, como resultó de la promulgación y aplicación del artículo 8 de la Ley 617 de 2000 y de las sentencias de la Corte Constitucional.<sup>192, 193, 194</sup>

El ejercicio del control fiscal debe ser establecido como una función estratégica para la legitimación de las políticas públicas desarrolladas por el Estado colombiano. Por ello, es necesario que las entidades públicas, mixtas o privadas que administren recauden,

---

<sup>191</sup> HESSE, Konrad. Constitución y Derecho Constitucional, Mutación y Reforma Constitucional, Manual de Derecho Constitucional. Madrid: Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, 2011. pp. 9-10

<sup>192</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-579 [M.P. Eduardo Montealegre Lynett] (28, agosto, 2013). Bogotá: Expediente: D - 9499.

<sup>193</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-925 [M.P. Jaime Córdoba Triviño] (8, noviembre, 2006). Bogotá: Expediente: D-6289.

<sup>194</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-822 [M.P. Mauricio González Cuervo] (2, noviembre, 2011). Bogotá: Expediente: D-8495.

dispongan o inviertan recursos, bienes y servicios con origen en el presupuesto público; tengan un control fiscal oportuno.

De tal forma que se requiere de órganos de control fiscal, fortalecidos desde la institucionalidad del Estado que garanticen la permanencia de un sistema de pesos y contrapesos como salvaguarda de la legitimidad de las actuaciones de los gestores fiscales del Estado. En ese orden de ideas, tendrán ocurrencia resultados en la lucha contra la corrupción que impactarán de manera positiva a la sociedad y la opinión pública.

#### **4.5 LAS NORMAS PRESUPUESTALES DEL PODER PÚBLICO LEGISLATIVO, QUE LIMITAN EL CONTROL FISCAL**

Es importante considerar que, en un principio, la fuente inspiradora del sistema republicano fue la organización del modelo desarrollado a través de la República Romana. La eficacia del sistema republicano se basa en las peculiares características de sus instituciones, únicas en la historia.

Las principales instituciones eran las magistraturas ordinarias y magistraturas extraordinarias, el senado y las asambleas. Según Malagón<sup>195</sup> *El modelo republicano supone un distanciamiento frente a lo privado y, en general, frente a las particularidades de los individuos y su manera de asociarse, así como de intervenir en calidad de ciudadano.*

El proceso se cualifica, y tiende a dar oportunidades de participación cuando el individuo se transforma en ciudadano y donde, por supuesto, predomina lo público. Por ello, es relevante tener información detallada sobre qué modelo de Estado tenemos.

---

<sup>195</sup> MALAGÓN PINZÓN, Alejandro. Mecanismo de protección de derechos. De la República Romana a la Acción Pública del Siglo XIX en Colombia. Opinión Jurídica indexada. 2009, Vol. 8, 16, pp. 149-168.

Ahora bien, la existencia del Estado de derecho en Colombia, se da a través de la división, atribución y funciones de los poderes públicos. De tal manera que, en ejercicio de esas atribuciones y funciones, frente al control fiscal, el Poder Público Legislativo, procede a formalizar la iniciativa para el trámite de proyectos de ley, del Presidente de la República, como cabeza del Poder Público Ejecutivo.

Fue así como se expidieron, marcos regulatorios con carácter general, impersonal y abstracto, para establecer jurisdicción, competencia, atribuciones, facultades, procedimientos y resultados dentro del ejercicio del control fiscal.

En ese sentido, fue proferida, sancionada y promulgada la Ley 42 de 1.923, que asigno al Departamento de Contraloría, facultades de evaluar la gestión fiscal de elementos de propiedad estatal. Esta atribución le permitía, además, examinar y verificar las entradas y licenciamientos de personal en el Ejército y la Policía.

Darle al control fiscal, además funciones de realizar inventarios fue desacertado, por cuanto esa función, corresponde a los estamentos de la administración vigilada. Al control fiscal en esencia le corresponde evaluar la gestión fiscal desplegada por el sujeto de control.

Posteriormente se produjeron las reformas a la Carta de 1886, en 1932, 1945, 1968 y 1975, donde se estableció la obligación de rendir cuentas, además fueron definidos los mecanismos para el ejercicio del control fiscal, forma de elección y período de contralor. En este periodo, fueron establecidos los controles previo, perceptivo y posterior.

En 1975 también es creada en el Poder público legislativo la Comisión Legal de Cuentas, con la función de dar finiquito o no, a la cuenta general del presupuesto y del tesoro nacional.

Subsiguientemente en 1991, la Constitución Política establece un capítulo sobre el control fiscal, en el que recoge parte de los reparos, que, con base en las reglas de experiencia, se le

formularon en el periodo comprendido de 1923 hasta 1990. Como efecto de ello se proponen cambios, así se dispone un sistema de control, que a su vez los divide por especialidades disciplinares, llevándolas a manifestar la evaluación de control fiscal en forma integral.

Frente a la corrupción manifiesta del control previo y perceptivo, se elimina el control numérico legal e introduce la figura del control posterior y selectivo basado en la equidad, eficiencia, eficacia, economía, y la valoración de los costos ambientales. Se concibe la Contraloría como una entidad técnica con autonomía presupuestal y administrativa.

Con la reforma constitucional surtida en 2015,<sup>196</sup> se estableció la elección de candidatos, mediante concurso de méritos, pero la designación final corresponde al Poder público legislativo y, en la organización territorial a las corporaciones administrativas. Entonces el sistema de equilibrio formado por pesos y contrapesos como elemento integrador del Estado, sigue aún incompleto y técnicamente desbalanceado.

El control fiscal, siendo función administrativa, ha destacado y orientado el ejercicio fiscalizador hacia la protección del patrimonio público, mediante la prevención de la ocurrencia del daño antijurídico. En ese sentido el control externo contaba con la prerrogativa legal<sup>197</sup> de la figura de la advertencia, control o alerta fiscal.

Con esa herramienta se realizaron actos preparatorios para la prevención del daño antijurídico. La cual era comunicada a la administración fiscalizada, quien contaba con un plazo determinado por disposición de la norma, para ejercer su derecho a la defensa. Si la

---

<sup>196</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto Legislativo 02. (1, julio, 2015). Por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C. : El Congreso

<sup>197</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 267. (22, febrero, 2000). Por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones. Bogotá: El Congreso.



formulación de la alerta fiscal resultaba cierta, real y justificada, debía el sujeto de control realizar todas las acciones jurídicas tendientes a conjurar el origen de la causa riesgosa.

Esa prevención estuvo direccionada a evitar la ocurrencia del daño antijurídico y consolidación de la lesión o daño al patrimonio público, es decir a la luz del control fiscal era una herramienta eficaz y oportuna para la defendidad e indemnidad del patrimonio público.

El Tribunal Constitucional colombiano al desatar demanda de inconstitucionalidad y bajo la justificación de la preservación del orden jurídico; con la reiteración de la preponderancia, de la fórmula constitucional, contenida en la parte primera del inciso 2 del artículo 267, declaró inexecutable el numeral 7 del artículo 5 del Decreto 267 de 2000.<sup>198</sup>

Esa decisión política del tribunal constitucional, determinó en forma clara la desaparición de la única herramienta de prevención, para evitar la presencia del daño antijurídico y ocurrencia de la lesión o daño al patrimonio público.

Esa situación objetiva, a máximo grado, imposibilita la oportuna tarea de examinar, la gestión fiscal de los sujetos objetos del control, en pro de contribuir a la no ocurrencia del daño patrimonial en el presupuesto público del Estado colombiano. Esos elementos contribuyeron a la inexistencia de la aplicación de un control fiscal oportuno, autónomo e independiente.

También desde la expedición de la Ley 617 de 2000, se condicionó objetivamente la autonomía de las entidades territoriales. En ese mismo sentido otro factor objetivo, fue la promulgación de la Ley 550 de 1999<sup>199</sup>.

---

<sup>198</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-103, Óp. cit.

<sup>199</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 550. (30, diciembre, 1999). Por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se dictan disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta ley. Bogotá: El Congreso

En la era privatizadora del Estado colombiano desde la década del noventa, las Contralorías han realizado ejercicios de control, que constituyen la excepcionalidad de su misión constitucional y legal y, no la generalidad de poder evaluar un mayor universo de la gestión fiscal de la administración vigilada. Aun así, con esta escasa participación del control, se han obtenido resultados en defensa de las finanzas públicas.

Dentro de las limitaciones objetivas al sistema de control fiscal en la organización territorial, encontramos la Ley 617 de 2000, que fue proferida, sancionada, promulgada y publicada en el diario oficial N° 44.188 de 9 de octubre de 2000, que introdujo con el artículo 8,<sup>200</sup> un elemento objetivo limitante de la autonomía e independencia de las entidades territoriales y de los organismos de control fiscal.

Pretextando límites que no autoriza el artículo 308 constitucional, con la interpretación que, acude a interpretaciones con teorías que defienden el centralismo, afectando el proceso de la descentralización administrativa.

Esto muestra un análisis débil de los pares de control a nivel territorial y nacional, por ello poco saludable son esta clase de argumentos, que limitan conceptualmente a la organización territorial. Todo ello relacionado directamente con la materia presupuestal, justificando decisiones que hasta hoy, no han mostrado resultados tangibles que posibilite la madurez del proceso descentralizador.

Lo que se observa, es un retroceso en la contratación estatal, con tendencia hacia la centralización de los recursos, en menoscabo de las entidades territoriales; quienes, a través de sus representantes legales, tienen que celebrar planes de mejoramiento. Los que, una vez aprobados, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, las interviene y administra sus recursos con criterio restrictivo.

---

<sup>200</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 617. (6, octubre, 2000). Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional. Bogotá D.C.: El Congreso. Art 8.

La disposición contenida en la normativa del artículo 8 de la Ley 617 de 2000, cercena el principio de autonomía presupuestal, consagrado como norma especial en el título referido a la organización territorial y a los órganos de control fiscal. Se autoriza en forma expresa la limitación de asignación de recursos en el presupuesto, dejando en precarias condiciones esa autonomía administrativa y presupuestal.

Esa regulación resulta ser redundante, ya que este aspecto lo instituyó en forma clara el artículo 267 constitucional que estableció, que los órganos de control están imposibilitados para realizar gastos distintos a los de funcionamiento.

Si se establece, que Colombia es un Estado unitario, con autonomía en el proceso de descentralización administrativa en sus entidades territoriales, donde los controles jerárquicos y de tutela han sido matizados. No podría ser comprensible como los poderes públicos colombianos, diseñan normas y profieren sentencias que, en su aplicación, generan límites objetivos, contrarios al espíritu del constituyente que otorgó a la carta fundamental.

Las medidas proferidas desde los poderes públicos, niega a los entes y órganos de control territoriales, autonomía material para manejar sus propios asuntos. Por ello los poderes públicos al expedir normas y sentencias, los afectan e impactan negativamente.

Como se ha observado esa actuación contraría las disposiciones constitucionales citadas precedentemente. Pretextando esos poderes públicos, el contenido del artículo 287 de la Carta que reza que se debe ejercer dentro de los límites de la Constitución y de la ley

El análisis y lectura del artículo 8° de la Ley 617, evidencia una contradicción entre los límites establecidos por la carta fundamental y lo dispuesto por el constituyente. Y con ello se trasgredió el límite constitucional determinado a los poderes públicos en el artículo 308, puesto que al proferir la Ley 617 de 2000, profirió actos jurídicos, franqueando los límites establecidos en los preceptos constitucionales.

Es decir, que cuando el Poder público legislativo expide normas legales, para establecer techos presupuestales a los entes territoriales, consecuentemente impacta a los entes de control fiscal territoriales; esos límites presupuestales son diferenciados de los asignados a funcionamiento.

Desde allí, contrario a los preceptos constitucionales sobre la materia, que han dispuesto que la ley puede limitar las apropiaciones departamentales destinadas a honorarios de los diputados y a gastos de las asambleas y de las Contralorías departamentales.

Así las cosas, le está prohibido al legislador, por expreso mandato constitucional, limitar las apropiaciones territoriales destinadas a gastos diferentes a los de funcionamiento de las asambleas y contralorías de esas entidades territoriales. Es palmario entonces, que el poder público legislativo, no desarrolla en forma adecuada su función constitucional, al expedir la normativa pluricitada.

Con esa actuación, traspasa los límites, que protegen el núcleo esencial de la autonomía de las entidades territoriales en materia presupuestal. De tal forma, que siendo una garantía constitucional para las entidades territoriales, con ese actuar, se contraviene lo dispuesto en el artículo 308 superior, en concordancia con los artículos 1, 2, 113, 117, 119, 133 inciso 1 y 209 de la Constitución política.<sup>201</sup>

Así las cosas, la Ley 617 de 2000, contraría lo dispuesto en el artículo 308 de la Constitución, por cuanto la norma legal entra a regular los gastos de libre destinación de dichas entidades. Lo cual conduce a permitirle al legislador establecer los gastos de las Contralorías territoriales; actuar que contradice lo establecido por la Constitución Política, al señalar el límite impuesto al legislador, para reglamentar el presupuesto de gastos de tales entes.

---

<sup>201</sup> COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia 1991. Óp. cit.

Por tanto, extender el mandato contenido en el artículo 308 superior a los gastos de inversión de dichas entidades, constituye un desbordamiento de la facultad de configuración legislativa, de que goza el Poder público legislativo, para efectos de regular los asuntos de competencia de las entidades territoriales; lo que es contrario al ordenamiento constitucional.

Los argumentos expuestos por la Corte Constitucional, en la sentencia C-579 de 2001<sup>202</sup>, con la que se declaró exequible el artículo 8 de la Ley 617 de 2000, bajo la formulación de un cargo general consistente en el desconocimiento del principio de autonomía, de las entidades territoriales para definir la utilización de los recursos con origen en la entidad territorial. Para abordar la discusión, es pertinente mencionar que el principio de supremacía constitucional, que según Quinche<sup>203</sup> *está relacionado con la forma y fondo en que el Estado, profiere las normas del ordenamiento jurídico colombiano.*

Compartimos el criterio de Charry,<sup>204</sup> *que la autoridad que lo expide, sea un servidor público, cuerpo colegiado o poder público.* En todo caso, esa supremacía es indicativa del proceso de constitucionalización del derecho, es decir las decisiones deben atender el espíritu de la carta magna.

En consecuencia, el Estado es el primero obligado a cumplir el principio de legalidad, esto es, establecer, reconocer los derechos y velar por su cumplimiento. Ello tendiente a buscar, la congruencia entre la Carta fundamental y las leyes, a través del sistema de control constitucional; ejercido por el tribunal constitucional, como el cumplimiento mutuo de expectativas racionalmente fundadas.

---

<sup>202</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-579 [M.P. Eduardo Montealegre Lynett] (28, agosto, 2013). Bogotá: Expediente: D - 9499.

<sup>203</sup> QUINCHE R, Manuel. El control de constitucionalidad. Bogotá: UNAM p. 38

<sup>204</sup> CHARRY, Juan Manuel. Sistema normativo de la constitución de 1991. Bogotá D.C.: Temis, 1997. p. 18

La distinción entre recursos, con origen en la entidad territorial y en la nación, muestra a su vez una evidente tensión entre las facultades concurrentes, para la determinación legal de los gastos de funcionamiento de las Contralorías territoriales.

La corte entra a terciar en favor del establecimiento, agregando que:

(...) el Estado colombiano tiene carácter unitario, lo que implica que sus componentes no tienen un régimen de autonomía asimilable a la de los sistemas políticos federales<sup>205</sup>

En esa sentencia de constitucionalidad, se adiciona el análisis de la ley relativa a la creación de nuevos tributos en el ámbito territorial, se ratifica su línea de defensa del Estado centralista unitario, con la doctrina moderada contenida en las Sentencias C-579 de 2001, C-925 de 2006 y C-822 de 2011.

La interpretación constitucional, debe realizarse sobre los contenidos de los preceptos de la carta fundamental. Así las cosas, según considera Canosa<sup>206</sup> *toda actividad de interpretación es sobre la respectiva constitución y debe partir del concepto contenido en ella misma*. Entonces, si nuestra carta fue inspirada en los preceptos de la carta española de 1978 y allí existen procesos de descentralización llamados autonómicos, acá debe ser fortalecido el proceso de la organización territorial ya que las instituciones son muy similares.

Desde luego, este tema de la interpretación constitucional no es pacífico, ello es manifestado por Canosa en el siguiente método:

---

<sup>205</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-903 [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva] (30, noviembre, 2011). Bogotá: Expediente: D-8553 y D- 8556.

<sup>206</sup> CANOSA U, Raúl. Interpretación constitucional y voluntad democrática. Interpretación constitucional. México: Porrúa-Universidad Autónoma de México, 2005. p. 237

“El objeto y los que realizan la actividad interpretativa. Sólo de este último surgen muchas situaciones polémicas...de tal forma que, existen incontables posiciones doctrinales diferentes al examinar el mismo tema: estrato social, determinismo geográfico, ideología religiosa/política.”<sup>207</sup>

La interpretación constitucional, es una de las instituciones de la ciencia jurídica, que ha construido un buen camino, en extensión y significado de gran trascendencia y utilidad. Desde ahí precisar la aplicación y matización del ordenamiento jurídico. Y, mediante esa interpretación jurídica, se asumen ajustes y modalidades especiales que le otorgan una importante trascendencia.

No olvidemos que previo a la objetivación constitucional de la soberanía como hecho político, que requiere límites a través de la juridificación, está el constituyente primario: el pueblo.

Ahora bien, el encuentro entre filosofía del derecho y el derecho constitucional, ha sido en los últimos años progresivo. Según Guastini:

“Esa sinergia ha dado como resultado la positivización de los valores fundamentales a nivel constitucional. A partir de este discurrir dialéctico, se ha afirmado desde la doctrina, que el examen de ponderación desde la aplicación de los tres criterios: ley superior deroga ley inferior, ley posterior deroga ley anterior, ley especial, deroga ley general”<sup>208</sup>

Entonces, una vez analizada la decisión de la Corte Constitucional, se evidencia que su resultado apunta esencialmente a la restricción del poder local.<sup>209</sup> Cuando en él se afirma que la capacidad de configuración del poder público legislativo en uso de su función de tramitar proyectos de ley en materia tributaria, no sólo se limita al ámbito nacional, sino

---

<sup>207</sup> *Ibíd.* p. 238

<sup>208</sup> GUASTINI, Ricardo. *Derecho, interpretación y estado*. Bogotá: Universidad libre, 2014. p. 12 -13

<sup>209</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. sentencia C-579 de 2001. *Óp. cit.*

que también la extiende a la regulación de la función administrativa de las corporaciones territoriales con representación política.

Allí se muestra con toda claridad que el proceso de la descentralización administrativa y la autonomía del proceso descentralizador del poder local en la organización territorial, tiene en esta colegiatura judicial con función de control de constitucionalidad, el más férreo defensor de los postulados del centralismo, lo que quiebra el espíritu constitucional de entregar mayor capacidad de funcionamiento de las entidades territoriales, que constitucionalmente caracterizó al municipio como la célula fundamental del Estado.

Ese nuevo orden constitucional, fue frenado por los numerales 11 y 12 del artículo 150 de la carta de 1991, que en esencia representan el contenido en su artículo par 189 de la Constitución de 1886, que hoy pervive. Así las cosas, la construcción de este tipo de normas limita el desarrollo territorial, afectando su autonomía y sostenibilidad.

Esto se reafirma, en la consideración de que la Carta Política, concede a las corporaciones administrativas territoriales con representación política, la facultad de decretar tributos y contribuciones, necesarias para el cumplimiento de sus funciones, sujetando ese ejercicio de conformidad con la ley.

A merced de esta discusión de los modelos autonómicos en la descentralización administrativa, no se debe extremar la situación citando erróneamente el sistema federal, sólo un análisis de la estructura de las Comunidades Autónomas Españolas deja sin fundamento filosófico, ideológico y político este débil argumento.

Se comienza esta sustentación de apartamiento de la línea jurisprudencial construida por el Tribunal constitucional colombiano, cuando compara al sistema unitario para expresar que el manejo de los tributos de una entidad territorial colombiana no podría tener disposición de muchas atribuciones y facultades constitucionales, cuando los artículos 300-4 y 313-4, lo expresan.



En consecuencia, que ese ordenamiento sujete las disposiciones legales que lo desagreguen, no quiere decir que la ley está construida en armonía con la carta fundamental y menos que la decisión de constitucionalidad, proteja la integridad de su texto.

En ese orden de ideas, el Tribunal constitucional colombiano, al crear la línea jurisprudencial fundante acerca del manejo y disposición de las finanzas de los municipios originadas en tributos territoriales, sin que sea importante su asignación de presupuesto nacional, despacho pronunciamientos contrarios a las pretensiones de los accionantes, fundado en el argumento, que el sistema unitario exige mando de unidad, desde lo central, dejando de lado los postulados de autonomía e independencia de las entidades territoriales.

Se considera fuera de orden en esta investigación, disertar sobre el sistema federal, porque precisamente se busca un modelo que se acerque, en lo fundamental, al de organización territorial del título XI de la Constitución política de 1991.

Como una guía concreta frente al caso colombiano, se enuncia que la autonomía regional en España, está materializada como entidad territorial con facultades legislativas y ejecutivas; ello implica el poder gestionar sus asuntos con corporaciones con representación política; esto fue contemplado en el texto de la Constitución de 1978.

Ello mediante las denominadas Autonomías Regionales; esas se podrían situar como una ordenación intermedia entre los Estados unitarios centralistas y los federados. La ventaja comparativa, con nuestro ordenamiento político administrativo, es que con creces rebasan la descentralización administrativa, pues la autonomía es real y desde la Constitución se produce la descentralización del poder.

La fórmula que se ha establecido para evitar la colisión de competencias entre el Estado y los regímenes autonómicos, es la existencia una regla clara según Landivar *en la*

*distribución de las competencias tanto para el gobierno central, como para los gobiernos regionales.*<sup>210</sup>

En España al ser aprobada la constitución de autonomías y los Estatutos de cada una de las regiones autónomas, ha establecido claramente las competencias desde la Constitución. Las Comunidades autónomas, se dotan también de su propio órgano de gobierno e instituciones representativas. Las autonomías regionales, han avanzado sin que ello implique los retos planteados de situaciones que ameriten ajustes de forma adecuada, en su implementación. Por ello es importante mencionar que:

“La carta fundamental dispuso una cláusula de transferencia de competencias consistente en que, discurridos cinco años y, mediante la reforma de sus Estatutos, las Comunidades Autónomas podrán ampliar sucesivamente sus competencias dentro del marco establecido en el artículo 149. En ese orden de ideas, las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas”<sup>211</sup>.

La Constitución política, en el artículo 148.1,<sup>212</sup> señala en forma taxativa, las materias que las regiones autonómicas tienen competencia. Loable es indicar, que nivel nacional y comunidades han ajustado el ámbito de competencias, mediante la reforma de sus estatutos, acto que se ha materializado estableciendo claramente las competencias del nivel central y las regionales.

El tema de la descentralización y la regionalización no es un tema pacífico, siempre significara retos permanentes por los diferentes puntos de mira del asunto y su circunstancia; por ello es pertinente que exista la flexibilidad para que se realicen los

---

<sup>210</sup> LANDÍVAR M., Eric Cícero. El límite al poder político como función primordial de la constitución. Scielo. [En línea] [Citado el: 27 de diciembre de 2014] Disponible en: [http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2070-81572011000100003](http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572011000100003)

<sup>211</sup> ESPAÑA. CORTES GENERALES, CONGRESO DE LOS DIPUTADOS Y SENADO. (29, diciembre, 1978). Constitución Política Española. Madrid, 1978. Art, 148

<sup>212</sup> *Ibíd.*

ajustes correspondientes. Por estas consideraciones ha sido reflejada como construcción social y política compleja, que permitió mostrar un país diferenciado.

Aun así y con todas las dificultades, que pueda presentar el proceso de la consolidación de la organización autonómica, supera con creces el modelo de descentralización administrativa en Colombia.

En Colombia, esa construcción debe darse entre los Poderes públicos y entidades territoriales, avanzando hacia el proceso de la autonomía, dejando a salvo la aplicación del sistema de pesos y contrapesos.

#### **4.6 SISTEMA DE PESOS Y CONTRAPESOS EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

Desde la estructuración del Estado, como forma organizada del poder político, es preocupación perenne, la discusión en torno a la organización de sus atribuciones, facultades y funciones que debe cumplir a través de los poderes públicos, que en dicha organización radican.

Superadas las gestas iniciadas por los revolucionarios en su propósito de frenar el poder del monarca, se impuso en las naciones, límites al poder que garantizaran algunos derechos incipientes e inherentes a la nueva clase social.

Es así como se dejan sin amparo y respaldo jurídico y social, las teorías teocráticas del origen del poder; reemplazándolo teóricamente por un sistema de pesos y contrapesos, conocidos como poderes públicos y órganos de control.

En ese orden de ideas se plasma como pensamiento filosófico, más tarde insertado como norma jurídica que toda acción estatal que refleje su poder deberá basarse en la

subordinación ante el derecho. Es decir, la conjunción de dos premisas básicas preexistencia de la ley y su regulación taxativa por la misma.

De tal forma que para hacer tangible tal propósito cada poder público en principio tuvo asignada una atribución y facultad como función reglada y diferenciada claramente de los poderes restantes, condición esencial garante del imperio de la ley. Así fueron erigidos los poderes públicos ejecutivo, legislativo y judicial, con claras y expresas limitaciones impuestas al ejercicio del poder.

Así las cosas, el accionar de los poderes públicos en la época estuvo ceñido a que la actuación de cada uno desde sus ámbitos competenciales, reflejase conjuntamente la aplicación del principio de equilibrio de poderes, situación poco pacífica y que dio nacimiento a gestas bélicas, posiciones filosóficas, teorías religiosas, acción política, numerosos debates en la academia.

La estructura funcional del poder político, debe leerse como una división categórica de las atribuciones y facultades que pertenecen al funcionamiento del poder político, por los poderes u órganos formados para ese fin. Por ello al atribuir exclusividad al ejercicio de una función a los poderes públicos, genera independencia y autonomía. En conclusión, la separación de poderes en el Estado de derecho, estriba en que los órganos del Estado deben limitarse y frenarse entre sí.

Cuando se indaga sobre la separación de poderes desde el Estado, se encuentra que el problema a resolver históricamente ha sido principalmente la ordenación del poder político y luego, si la escisión de poderes, es decir, es un problema de ordenación del poder desde la concepción constitucional, su legitimidad y gobernabilidad.

Siendo entonces la problemática del poder parte de la organización social, donde claramente se divide en clases por afinidades económicas, básicamente y desde ahí, se formulan las primeras doctrinas relativas a su ordenación.

Desde la aparición en la modernidad del nuevo poder plural político, su ordenación no ha dejado de ser un problema latente. Ello se expresa con total claridad en la articulación de sus diversas funciones y atribuciones, en la estructura del Estado. Aun así, hoy no es controvertible que en el Estado constitucional democrático resulte ser pilar fundamental el equilibrio de los poderes públicos y de los órganos que lo conforman a través del sistema de pesos y contrapesos.

Con el discurrir de la historia de la humanidad, se llegó a la formulación de la teoría del pacto o del contrato social. Es allí donde la sociedad en su conjunto acuerda pasar de un Estado de naturaleza a otro, donde entrega parte de su libertad en pro de seguridad. Desde ese momento, se inició con mayores y mejores argumentos la implementación de formas tendientes a la limitación de los factores del poder político dentro de la estructura del Estado.

En su momento exponía Lasalle <sup>213</sup> *que, lo que requería una constitución para ser efectiva, es que deba coincidir con los factores reales de poder, entre ellos destacaba el poder del ejército, que era el que al final daba la coercitividad, la finalidad del Estado y que es la ejecutividad de cumplir las órdenes estatales como parte del contenido constitucional.*

Pero no le entregaba todo el mérito al uso de la fuerza por las armas, reservaba parte del éxito de la gestión del Estado al reconocimiento de las personas en torno a la nación, es decir, la legitimación de su accionar, un fundamento legítimo, que le permitiera la ejecutividad de sus actos sin recurrir permanentemente a la fuerza. El que varios Estados simularan actuar dentro del marco constitucional, construyeron según Lasalle <sup>214</sup> *el pseudoconstitucionalismo, que no era otra cosa más que un Gobierno totalitario ataviado bajo la apariencia externa de ser Constitucional.*

---

<sup>213</sup> LASSALLE, Óp cit. p. 92

<sup>214</sup> *Ibíd.* Op cit

Con esto, se dejó establecida la primacía del derecho sobre el poder, como la razón que le da legitimidad, ponderación, objetividad y proporcionalidad; lamentablemente esta idea queda en la teoría. La realidad mostraba un establecimiento, desde donde reiteradamente omitían el contenido de la ley; configurando excesos como abusos de poder desde el aparato coercitivo.

La discusión está instituida bajo la concepción de que el ordenamiento y limitación al poder político, es necesario porque es el único que verdaderamente genera beneficios para todos. De tal forma que, estando de por medio la prevalencia del interés general, se hace necesario a ese ordenamiento la limitación para el cumplimiento del fin constitucional.

Lo que debe ser desagregado, mediante el derecho a través de leyes, reglamentos y actos jurídicos y administrativos de toda índole. La Ley, al ser la expresión soberana del Estado, lleva implícito en sí, el componente de la coercitividad, ya que es una forma de conseguir su efectividad como garante del orden socio-jurídico-económico, que asegure la convivencia pacífica.

Entonces la finalidad primordial de establecer reglas de sujeción al ejercicio del poder, es mediante la reglamentación de las atribuciones y facultades de los poderes públicos y órganos que lo integran es exactamente limitarlo. De tal forma que se intente mitigar los efectos facticos y jurídicos del abuso de poder o de posición dominante.

Por esa razón se sostiene que, el rol fundamental de la ley suprema es el establecimiento de un conjunto de reglas claras, precisas y objetivas para la construcción de la estabilidad necesaria, que imponga límites tangibles al poder político del Estado. Esto supone, que el mismo no se encuentre concentrado en ningún poder público o ente determinado, sino que por el contrario concurren distintas autoridades individuales o colegiadas, a ejercer sus atribuciones de forma limitada.

Desde ese hito constitucional, se puede enunciar la existencia de un sistema de frenos y contrafrenos, proporcionándose un control mutuo entre ellos. Lo que finalmente garantiza desde el papel estabilizador de la ley suprema, una debida separación de poderes.

La evolución de las reglas constitucionales, sociológicas, históricas y jurídicas convergieron en el desarrollo de varias formas y sistemas de control al poder político del Estado. Ese avance generó entre otros los sistemas del mismo tipo de forma horizontal y vertical.

El sistema de control horizontal, se desarrolla bajo la distribución funcional del poder, la expresión tangible de dicho sistema se aprecia en la división clásica de los poderes públicos del Estado en: ejecutivo, legislativo y judicial. Entonces bajo este supuesto, se evitaría la concentración de poder político en un sólo ente, ya que sería necesaria la intervención de distintos poderes/organismos para la confección y expresión de la acción volitiva del Estado.

A su vez, el sistema de control horizontal del poder político, se divide según expone Fernández<sup>215</sup> *en controles intraórganos e interórganos, los segundos son las respectivas influencias que se dan entre los tres poderes del Estado, en el marco del proceso del poder.* Importante manifestar que los controles interórganos operan con toda su efectividad de régimen parlamentario, bajo la figura de interdependencia por integración.

En el régimen presidencialista adoptado en Colombia, importado como regla de prestigio de la estructura de los Estados Unidos de América, es inadecuado aplicar esa figura. Esto se sustenta en que el poder político y financiero que se detenta a través del presupuesto público nacional desde el Poder público ejecutivo, termina convirtiendo la interdependencia, en subordinación de los demás poderes públicos y órganos, frente al primero.

---

<sup>215</sup> FERNÁNDEZ, S., José. El filósofo y la política. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. p. 253

Esa ordenación del poder político ha propendido por entregar mayores garantías de respeto y protección a los derechos individuales a través de su herramienta general de acción, la ley. Claro está, con las limitaciones que impone el contrato social rousseauiano de la democracia representativa. Así mismo, se ha intentado la implementación del sistema de separación de poderes desde la ordenación del poder político, por medio del papel regulador que desempeña el derecho.

Pero esa implementación teórica del sistema de separación de poderes, en ninguna manera garantiza que el sistema de pesos y contrapesos, dentro y fuera de esa separación tenga buen desempeño; por cuanto las atribuciones, facultades y funciones que despliegan los poderes públicos y su radio de acción, dejan sin asidero el control desde el sistema de pesos y contrapesos.

Obsérvese que, la facultad nominadora del Poder público judicial, limitaba su objetividad e imparcialidad para administrar justicia. Nótese como la facultad de elegir en segundo grado dignidades por el Poder público legislativo, le impiden un control político o unas funciones de acusación contra servidores con fuero, lo que se convierte en un mayor obstáculo que rompe el principio esencial de independencia e imparcialidad.

Con *Aristóteles* aprendimos que la ley es la razón desprovista de pasión y, que quizás, desde ese momento la supremacía de la ley se erigió como el elemento fundamental del gobierno. Constituido desde el sufragio universal para que generara, situaciones impersonales, generales y abstractas; todo ello en aras de garantizar la efectividad de la prevalencia del interés general de los de las personas y ciudadanos, sin privilegios previamente no justificados.

Entonces en ese periodo histórico, cuando el regente del gobierno y las personas se encontraban en una situación determinada por ley, se proyectaba una relación política, que permitió la libertad y reconoce la dignidad de las personas, situación ajena a los gobiernos no democráticos.



En ese orden de ideas, un gobierno democrático regulado y con arreglo a derecho tiene tres elementos. El primero es la prevalencia del interés público o general; el segundo, el gobierno que rige sus actuaciones de acuerdo con la ley preexistente en la que previamente se definen en forma clara, objetiva y general las reglas, procedimientos, procesos y actividades con las que cuenta gobierno, personas en general y ciudadanos para dirimir cada asunto; con regulaciones generales, respetando las convenciones y costumbres permanentes; y el orden jerárquico normativo desde tratados internacionales y la constitución.

Finalmente, el tercero, de las personas y ciudadanos mediante el proceso de legitimidad de elección del gobierno y del proceso formativo de las leyes en el Poder público legislativo, al conocerlas las obedecen y defienden.

Observando el Estado constitucional y democrático de derecho de 1991, en Colombia, encontramos que se busca como fin esencial además del reconocimiento de la dignidad humana entre otros, el equilibrio de poderes.

Por ello, la declaración explícita contenida en el artículo primero de la ley suprema de 1991, constituye a la República de Colombia en un Estado social de derecho, figura que aparece como un híbrido entre las características económicas del Estado social.

En Colombia desde el Estado, se tiene una mirada indicativa de que la aplicación del principio de separación de poderes públicos es la adecuada. Esta situación dista mucho de la realidad práctica, por cuanto la preponderancia que tiene el poder ejecutivo sobre sus pares y órganos de control, está realmente desbordada y empieza a mostrar los signos de un ejercicio de poder deslegitimado y con gran costo político.

Lo que manifiesta un desequilibrio constitucional. Parte integral del equilibrio del sistema de pesos y contrapesos, son los órganos y entidades de control, entre ellos el control externo.

El sistema de pesos y contrapesos cruzados, como un control simultáneo y sucesivo, busca la aplicación de actuaciones asertivas. En orden a garantizar la ejecución de los actos jurídicos emanados de la administración que han sido expedidos con apego al sistema de principios y garantías constitucionales y de los principios generales del derecho.

En ese esquema constitucional universal lo que prima esencialmente es la prevalencia de la ley, premisa básica del Estado constitucional democrático. Lo que reafirma la existencia y legitimidad del Estado democrático es el establecimiento de una amplia y eficaz red de controles, de todo género político, monetario, fiscal, legal y judicial, como un eficaz sistema de pesos y contrapesos, necesario en el Estado constitucional de derecho.

La debilidad de algunos en especial, el de naturaleza política, plantea la necesidad de la mejora de otros indispensables para la defensa y distribución de la riqueza, a través de un ejercicio de fiscalización que garantice la adecuada evaluación de la gestión fiscal. Sea de personas naturales, ora jurídicas, en calidad de servidores públicos o particulares. De ahí, la necesidad de perfeccionar los instrumentos institucionales que permitan superar la debilidad y poca credibilidad de su desempeño en punto a transformarlos en forma efectiva.

Hoy está zanjada la discusión acerca de la necesidad y conveniencia del sistema de pesos y contrapesos como elemento esencial de la estructura del Estado constitucional democrático. Esto debido a su capital importancia, donde el poder no descansa ni en la fuerza o la corrupción; sino en el diseño y funcionalidad de la institucionalidad, acompañada de procesos de rendición de cuentas.

Que se constituyan en un componente de la aplicación de los principios constitucionales de transparencia, publicidad y responsabilidad, Ergo cuando se acude a la rendición de cuentas, se busca justificar, someter al escrutinio público, al examen y las decisiones y las actuaciones de los servidores públicos en desarrollo de la gestión fiscal.

Esa rendición cumple el importantísimo rol de generar legitimidad, fortaleciendo la gobernabilidad en los entes estatales y, generando confianza en los particulares que administren, dispongan o entre otras, intervengan en operaciones de todo tipo, donde la fuente de financiamiento sea originada desde el presupuesto público.

Ese proceso, tiene como propósito fundamental posibilitar mejores condiciones de transparencia, en la generación de confianza entre gobernantes y gobernados, hacia la facilitación en la aplicación de controles generales y técnicos-específicos como el control fiscal.

Entonces, más que un ejercicio de información de lo gestionado desde la administración pública, se concibe como un momento de diálogo entre los gobernantes y gobernados; ejercicio hacia el proceso de fortalecimiento de lo público.

Se ha planteado que el Estado constitucional social responde a los principios de legitimación del ejercicio democrático, con limitación material y temporal del poder. Eso desde el pleno desarrollo y funcionamiento de un sistema de pesos y contrapesos, que se debe como síntoma saludable de su existencia: producir claros efectos de reciprocidad desde la ocurrencia de acciones y reacciones.

De tal forma que, el sistema de pesos y contrapesos es denominado por Montesquieu<sup>216</sup> *la teoría del equilibrio, parte esencial de la fiscalización y de la separación de poderes.*”

Si se plantea la necesidad del control fiscal, como elemento inseparable de la defensa de la inversión social, la indemnidad del presupuesto público y la redistribución de la inversión social y de la riqueza, deberá concluirse que necesariamente exista una clara separabilidad entre poderes públicos y órganos de control. Que garantice el ejercicio de los últimos, bajo la égida de los postulados constitucionales de autonomía e independencia.

---

<sup>216</sup> MONTESQUIEU. El espíritu de las leyes. Libro XI. Paris: Gallimard, 1970. p. 167.

Al analizar los elementos relacionados en la tensión originada con la aplicación de la función de control fiscal y el accionar del poder público legislativo, observamos el funcionamiento de un sistema inadecuado para la prevalencia del interés general; que no permite la ejecución del control fiscal en forma oportuna, y deja en riesgo la defensa e indemnidad del presupuesto público.

También se estableció que, en el accionar del control fiscal existen tensiones que generan limitaciones y debilidades de carácter operacional y presupuestal, que consecuentemente mengua la capacidad de la estructura administrativa, funcional y funcionarial, para desplegar un ejercicio de control fiscal, como evaluador de la gestión fiscal del Estado, en forma oportuna y efectiva.

Desde la Constituciones de 1810 hasta hoy, se ha develado la relación de subordinación establecida, entre el Poder público legislativo y el control externo o fiscal. Porque es principalmente la autonomía e independencia, lo que deviene su operacionalidad y efectividad.

Los resultados del control fiscal en el Estado colombiano no son satisfactorios y ello es de público conocimiento; desde ahí se devela, un estado de cosas totalmente inconveniente, que afecta las finanzas públicas, la riqueza nacional, los recursos naturales y el ambiente; incrementando los índices de corrupción, afectando la legitimación en el actuar del Estado democrático.

La situación hallada a lo largo de la investigación, está relacionada con la divergencia existente entre el discurso político sobre equilibrio de poderes y el actuar institucional desde los poderes públicos, en la rendición de cuentas y la legitimación del Estado. Además esto fractura el sistema de pesos de contrapesos, en su relación directa con la función de control fiscal, como pilar fundamental del Estado en la defensa e indemnidad del patrimonio público.

Además, la inexistencia de actores institucionales desde los poderes públicos respecto del control fiscal, conlleva a que en la actualidad, no se haya establecido una política pública que de importancia estratégica al control fiscal en la legitimación del Estado constitucional democrático.

Ahora bien, no interesa cual sea la estructura, modelo de Estado o forma de gobierno, es característica esencial de la democracia la existencia de un sistema de control externo o fiscal robusto, como expresión del equilibrio de poderes con pesos y contrapesos. Adicionalmente, el Poder Público Legislativo, es sujeto de control fiscal, no tiene sentido rendir cuentas a una entidad, que por reglas especiales de sujeción no debería aprobar e improbar esos resultados.

En conclusión, es evidente la tensión originada entre el Poder Público Legislativo y los Órganos de Control Fiscal, originada desde la Constitución Política de 1991, la cual, resuelve a favor del primero.

#### **4.7 LA IMPORTANCIA ESTRATÉGICA DEL CONTROL FISCAL EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN**

Colombia a inicios de la década de 1990, se presenta ante la sociedad global como un Estado que busca reconstruir su tejido social con una nueva conceptualización cultural, política, de principios, valores, libertades, derechos y garantías. Mirando hacia la consolidación del ideario constitucional democrático e incluyente, desde la formación de una nueva Constitución política.

Edificando una doctrina desagregada en pocas ocasiones por la ley, y en abundantes casos desde las sentencias del tribunal constitucional en líneas jurisprudenciales, con ocasión del conocimiento de la acción de amparo.

Las normas legales que desarrollan la carta fundamental en materia de principios, valores, libertades, derechos y garantías disminuyen la aplicación de los mismos, en otros casos los han ignorado. Además, existe un movimiento que busca reformar mecanismos administrativos y judiciales de defensa de derechos fundamentales y colectivos, estableciendo una serie de requisitos que harían imposible su utilización.

Los casos típicos son la acción de amparo y las acciones que protegen el ambiente y los derechos colectivos. Todas esas circunstancias conllevan a que el gran número de sentencias proferidas desde los estrados judiciales para la protección de derechos fundamentales y colectivos; muestren al Estado colombiano como un Estado mínimo.

Como fundador de la Organización de Estados Americanos OEA, Colombia adoptó la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción desde su creación en 1996. Así mismo, hace parte de la plataforma internacional Alianza para el Gobierno Abierto desde 2011, cuyo propósito es aumentar la disponibilidad de información sobre las actividades gubernamentales de cada uno de sus miembros.

Así mismo participa desde 2013 en la Convención Anticohecho de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE y a partir 2014 es candidato a hacer parte del estándar internacional de la iniciativa para la transparencia en las industrias extractivas.

Considerando lo dispuesto en la Constitución, ha puesto su voluntad en prevenir y evitar los actos de la corrupción con paquetes normativos, esfuerzo direccionado, hacia la generación de dispositivos e instrumentales orientados al cumplimiento del principio de transparencia en la toma de decisiones públicas, tendiente a mejorar de cara a la optimización en eficiencia, efectividad y calidad de la gestión gubernamental y la función administrativa.

Para materializar ese propósito han sido reglamentados los estatutos de acceso al sistema de mérito para el servicio público, contratación estatal, servicios públicos básicos domiciliarios, control fiscal, voto programático, revocatoria del mandato, consulta popular, cabildo abierto y partidos políticos entre otros.

La presentación que en Colombia se tiene acerca de la teoría del Estado, se representa desde dos segmentos poblacionales que se encuentran entre los extremos de la sociedad colombiana. En el primero, los que buscan que el Estado no les genere mayores cargas tributarias, obligaciones y responsabilidades sociales.

Así realizan las gestiones que consideren legítimas ante los poderes públicos a fin de que no sean impuestas reglas sobre el uso adecuado de los recursos naturales, que se respete su derecho a la propiedad privada sin límite alguno, a la formación de industrias con salarios bajos y desmonte del régimen prestacional.

El segundo segmento, busca ser reconocido en aspectos de educación, salud y asistencia social desde el Estado, sin la intervención del Estado para su formalización tributaria, de servicios públicos, responsabilidad social y respeto de la ley en la explotación de los recursos naturales y empleo formal.

Esos dos segmentos coinciden en analizar si es necesaria la existencia del Estado y sí su funcionamiento es el adecuado. Cuando se mantienen en materia de control a la inversión social, los postulados del Estado mínimo, surgen las empresas criminales con estrategias que, a través de la corrupción, lesionan el patrimonio económico.

Por otro lado, se hace necesaria la existencia de una amplia y eficaz red de controles como un elemento indispensable del Estado constitucional democrático. De tal forma que es importante el establecimiento de reglas diferentes a las actuales en el discurso político que provoquen un cambio en el diseño de herramientas conceptuales y materiales para la lucha contra la corrupción.

Lo que permita a su vez, también, la construcción del camino de la protección de los recursos públicos privilegiando los principios, derechos y garantías para la inversión social y el desarrollo del país. Siempre, bajo la prevalencia del interés general hacia el proceso de fortalecimiento de lo público.

Hoy la discusión debe orientarse al análisis de elementos tales como la función de control fiscal y la forma como los poderes públicos del Estado colombiano limita y obstaculiza tal función. Estos elementos, se constituyen en premisas para la afirmación, que estos propósitos del Poder público legislativo deja sin posibilidades para el país el establecimiento de un sistema de pesos y contrapesos que evalúe y legitime en lo gubernamental la gestión estatal, que desde su aplicación arroje resultados tangibles.

Lo que hace necesario interpretar y establecer desde el actuar de los poderes públicos del Estado colombiano la orientación del debate hacia la construcción de una nueva conceptualización constitucional acorde con políticas públicas que sean comportables en la lucha contra la corrupción.

En las actuales circunstancias por la inadecuada aplicación del modelo, democracia, participación ciudadana y corrupción, perviven en constante tensión dentro del Estado de derecho. De ahí surge la necesidad que el sistema de pesos y contrapesos, esté determinado con atribuciones, facultades y límites objetivos.

Todo eso establecido de manera clara y sólida, con la separación real de los poderes públicos respecto de la función que cumplen los órganos de control; lo que debe ser expresado a través del ejercicio de un control fiscal con esencia pública en forma autónoma e independiente.

En el mundo contemporáneo se entiende que la Constitución es el ordenamiento del Estado para exigir de los asociados el cumplimiento de deberes y obligaciones, así como a través de la Ley y la jurisprudencia constitucional establecer, interpretar y aplicar los principios, valores, derechos y garantías que corresponda; pero ese ejercicio involucra recursos públicos de todo tipo.

Esos recursos públicos, deben estar dentro del marco de legalidad que establece la formación del presupuesto y además, tener la aplicación de las reglas legales contenidas en



la normativa de planeación, como una garantía de ordenamiento y planificación para el cumplimiento de los cometidos estatales a través de la contratación estatal.

Esa importante parte que corresponde a la planeación y ejecución asumida desde el poder público correspondiente, debe tener dentro del sistema de pesos y contrapesos, un proceso fiscalizador de carácter autónomo e independiente que garantice que la gestión fiscal desplegada para la inversión del presupuesto público fue adecuada a las disposiciones legales, técnicas, contables, entre otras.

Ese proceso fiscalizador, debe ser ejecutado desde el ejercicio de control fiscal como un sistema que desarrolla y aplica los principios constitucionales-sociales-democráticos, por lo que el control excede el marco histórico de la separación de poderes. En Colombia, es importante direccionar el diseño y aplicación del sistema control fiscal, frente a las dificultades originadas en las limitaciones con que hoy se realiza el mismo.

Es esencial generar a través de un proceso crítico, la formación de un nuevo orden conceptual en lo constitucional-social-democrático, como postulado orientador hacia la autonomía e independencia del control fiscal.

En las últimas décadas, se ha construido a través de textos especializados una doctrina e investigaciones sobre el sistema de control fiscal, desde el principio de legalidad, orientadas hacia su eficiencia y eficacia y de la actuación de vía administrativa denominada proceso de responsabilidad fiscal.

Esto ilustra en forma clara la existencia de herramientas para la vigilancia de las finanzas estatales, para la debida inversión de los recursos públicos y para combatir la corrupción, en la construcción del camino de la protección de los recursos públicos privilegiando los derechos humanos de los sectores vulnerables; así como el proceso de fortalecimiento y apropiación de lo público. Si no se tiene control sobre estos elementos, es muy complejo impedir la apropiación de los dineros aportados por los contribuyentes en forma de tributos.

De ahí, la necesidad de un control fiscal, que actúe controlando adecuadamente la gestión fiscal del servidor público, en su calidad de persona natural o en calidad de representante legal de personas jurídicas privadas o públicas; que manejen y/o administren bienes, recursos o fondos públicos en sus diferentes y sucesivas etapas.

La corrupción impacta negativamente la gestión fiscal del Estado y niega derechos a todas las personas, esa afectación genera además posibles tensiones, sobre los derechos fundamentales-derechos humanos, de los destinatarios del presupuesto público, que somos todos los colombianos; puede ello ser visto como límites a la democracia y su legitimidad, especialmente si ésta última se entiende como voluntad política de la mayoría.

La situación ideal es que, expresando los derechos humanos, valores fundamentales deben estar sustraídos de los dominios del mercado y del poder político y económico, e integrados en una escala no sujeta a discusiones de ninguna especie, es decir pétreos constitucionales globales. En ese sentido esos derechos vienen a constituir lo que Ferrajoli<sup>217</sup> *ha llamado una democracia sustancial quién y cómo se decide, soberanía popular regla de la mayoría a lo que no es lícito decidir y a lo que no es lícito no decidir.*

Es plausible a fin de consolidar ese estado ideal frente a los derechos humanos, su preeminencia por encima de los principios formales de la democracia política. A la democracia plebiscitaria han expuesto tratadistas como Ferrajoli:

“...que es un sistema de reglas jurídicas y políticas; donde la voluntad de las mayorías, encuentra límites concretos en favor de la preexistencia y preeminencia de los derechos humanos, en el entendido que “(...) los derechos humanos y la democracia son complementarios y no contradictorios (...)”<sup>218</sup>

---

<sup>217</sup> FERRAJOLI, Óp. cit. p. 215

<sup>218</sup> FERRAJOLI, Óp. cit. p. 216.

Quienes tienen el carácter de universalidad, inoponibilidad, indisponibilidad e imprescriptibilidad. Razón por la cual están establecidos en el Derecho Internacional, atados al bloque de constitucionalidad de los tribunales constitucionales y por encima del derecho interno.

La Constitución tiene, entre otras funciones, la de limitar el poder constituido y preservarlo de su abuso, ordenando el proceso de formación de unidad política a través la delimitación de las atribuciones a los poderes estatales, su regulación y el control de los mismos. Pero no es suficiente, si entre los medios de control no se incluyen limitaciones al poder.

Nuestro problema de corrupción es tan complejo que las medidas para prevenirla y mitigarla son insuficientes ya que esta es agenciada en gran parte por servidores del estado o con la connivencia de estos. Las medidas son bien intencionadas, pero muchas son letra muerta, ya que no existe una regla cultural a nivel de partidos y movimientos con representación política para cambiar la actual situación.

El Estado debe contar con los gestores efectivos que le ayuden a mitigar un problema tan desbordado y debe contar con la participación de la ciudadanía. A través de ella se obtiene un conocimiento directo de las realidades locales y además se apropia la cultura de la preeminencia del interés general sobre el particular, alcanzando un mayor grado de consenso y legitimidad en la guerra contra la corrupción.

Como parte de la OEA, de la Alianza para el Gobierno Abierto, la Convención Anticohecho de la OCDE, el Estado colombiano ha puesto su voluntad en prevenir y evitar los actos de la corrupción con estrategias y actividades, que van desde la adopción la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción hasta la reglamentación de los mismos en leyes. Todo ello a fin de visibilizar al país dentro del escenario internacional de la transparencia.

Con relación a la transparencia podemos afirmar que los hechos generadores de corrupción impiden la construcción de la democracia representativa, el ejercicio de control político y la participación ciudadana. Con ello preponderantemente amenaza o vulnera “los derechos humanos, fundamentales, colectivos y sociales al distorsionar o invalidar las instituciones y procesos políticos”<sup>219</sup>

También el conflicto armado a que asiste el país es propicio para que grupos al margen de la ley busquen determinar el manejo de los recursos públicos provenientes del presupuesto público; destinado a la educación, salud y vivienda. “Ello genera una pérdida de la confianza ciudadana en las instituciones de la democracia, en asuntos como la tributación, distribución de recursos públicos, regulación comercial o política exterior”<sup>220</sup>.

Por otro lado, en relación a los recursos naturales, la sobre explotación satura y colmata los ecosistemas, deteriorando la capacidad de porte y resiliencia de los mismos, dando al traste como su aprovechamiento racional y equitativo.

También, niega a las personas la participación de la venta de recursos, pues generalmente se adjudican a precios ínfimos a empresas multinacionales y los beneficios no son para la población que debe soportar la carga pública de la exploración y explotación (conllevando a procesos de expropiación con el pago de precios que no compensan el desarraigo de sus territorios) de los mismos y menos siquiera, el derecho a un ambiente sano, así como los dividendos públicos generados por los recursos naturales.

También la confrontación, entre el Estado y organizaciones armadas irregulares, genera de igual forma la ocurrencia de puntuales procesos de tráfico de todo tipo de narcóticos y de precursores químicos para el proceso, trata de personas y de armas.

---

<sup>219</sup> ORGANIZACIÓN TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. Convenciones Anticorrupción en Latinoamérica. [En línea] 2016. Disponible en: [http://www.transparency.org/content//Users//Downloads/Guia\\_Convenciones\\_corrupcion\\_Americas.pdf](http://www.transparency.org/content//Users//Downloads/Guia_Convenciones_corrupcion_Americas.pdf).

<sup>220</sup> *Ibíd.* p.23

La forma de defensa para ello es la interconectividad en la globalización como quiera que estos punibles sean transnacionales y merecen el mismo tratamiento. Todo ello según considera Torres <sup>221</sup> *mediante el comercio, la inversión, las transacciones financieras y las comunicaciones.*

En los diferentes estadios históricos, desde la colonia, el virreinato de la Nueva España, la Nueva Granada, la Gran Colombia y la República de Colombia, ha sido crítica la generación de una estructura ideal; que propenda por escenarios de autonomía e independencia; hacia la creación de un adecuado sistema de pesos y contrapesos.

Lo que sucede en América latina no es ajeno a Colombia, según la Organización Transparencia Internacional “el problema de la corrupción tiene varios componentes transnacionales.”<sup>222</sup> Los pagos de sobornos, el blanqueo o lavado de dinero en países vecinos, transferencia de capital a nombre de empresas u organizaciones ficticias.

En aras de tener mecanismos de control global la Organización de Naciones Unidas, expidió la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, esta fue firmada por 95 Estados en octubre de 2003. Después de diciembre de 2003, Colombia aprobó su completa adhesión a través de la Ley 970 de 2005.

En Colombia, es importante mencionar que el control fiscal, desde la construcción del artículo 267 de la Constitución de 1991, ha recibido una mengua en su poder controlador. Posteriormente, los poderes públicos ejecutivo y legislativo han dispuesto un conjunto normativo dan continuidad a esos propósitos de disminuir su oportunidad.

Máximas expresiones de esta tendencia en todos sus ámbitos y esferas, son entre otras, la Ley 617 de 2000, norma que limitó claramente la autonomía de las entidades territoriales y el control externo.

---

<sup>221</sup> TORRES V, Henry. Violación de los derechos humanos y libertad de expresión en la persecución del terrorismo. Revista verba juris. 2010, Vol. 15, 23. p. 132

<sup>222</sup> *Ibíd.* p. 132

Esa forma restrictiva también se replica en la formación del presupuesto, ya que ha sido costumbre inveterada de los Poderes públicos Ejecutivo y Legislativo en el ámbito nacional y en la organización territorial gobernadores y Alcaldes, darle manejo unitario a la formación del presupuesto público de las entidades estatales, anexando los órganos de control externo, como parte de la administración.

En la actualidad, la función atribución, facultad y potestad constitucional, de control fiscal por contener un diseño inadecuado, no arroja resultados apropiados. Lo que impide que el sistema determine su optimización, lo que lleva a observar e identificar qué aspectos fundamentales imposibilitan un ejercicio adecuado y qué factores externos influyen y determinan la ocurrencia de debilidades en el desarrollo y aplicación del mismo.

Se busca que exista correspondencia y corresponsabilidad del valor estratégico del control fiscal y el mecanismo financiero contenido en el presupuesto público, como una forma de presentar a los colombianos y a la comunidad internacional, un Estado, que fortalece el sistema de pesos y contrapesos; desde el establecimiento del ejercicio funcional y sistémico de controles.

Con eso genera la protección del presupuesto público, a través de la evaluación de la gestión fiscal, con el fin de encaminar al Estado hacia la optimización efectiva de la inversión de recursos públicos. Manteniendo como principio rector, la garantía de la racionalidad y defendidad del erario.

A lo contrario de los controles individuales, políticos, jurídicos, el control fiscal busca esencialmente la defensa del patrimonio público, desde la óptima inversión y manejo de los dineros originados en el presupuesto público.

Desde el Estado colombiano, debe procurarse por el establecimiento de escenarios de corresponsabilidad, para la mejora del sistema de control fiscal. Con ello se contribuye a

generar el efecto permanente, de la protección de los derechos humanos de los colombianos, gestionando y propiciando la lucha contra la corrupción.

De tal manera que, al establecer las proposiciones que permitan la construcción de premisas hacia la mejora del sistema de control fiscal, se instaure una nueva realidad nacional, en el quehacer de sus autoridades y agentes, para facilitar la participación de todas las personas en las decisiones de la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación en la protección e indemnidad del patrimonio público.

Estableciendo así, las legítimas aspiraciones, consolidadas a través de la expresión del anhelo colectivo, para la formación de un nuevo imaginario social-cultural-político-económico; tendiente a construir un mejor país, con sentido de nación.

Se trata de afianzar el respeto a la dignidad humana, elemento esencial del Estado social de derecho, asegurando la convivencia pacífica, a través del cumplimiento de los fines esenciales del Estado, desde el análisis de elementos tales con la función de control fiscal y la forma como los poderes públicos del Estado colombiano limita tal función.

Desde donde la prevalencia del interés general, sea la novísima conceptualización de todos los colombianos en especial quienes como servidores públicos dirigen las actuaciones de los poderes públicos, los órganos de control, establecimientos públicos, asociaciones público-privadas y en general la administración pública.

También en los negocios privados, desde la óptica del bienestar general, con eso se lograra el fortalecimiento de una verdadera democracia participativa y fundante en la idea de la constitucionalidad, con los límites que impone el derecho.

Aunque los derechos humanos y fundamentales gozan de una muy bien cimentada teoría racional desde la filosofía, la ética y la ciencia política, su protección y defensa, en Colombia debe atender la singularidad y preeminencia de la efectividad de los mismos.

## 5 CONCLUSIONES

“Nada está perdido si se tiene por fin el valor de proclamar que todo está perdido y que hay que empezar de nuevo”<sup>223</sup>

En el trabajo de tesis doctoral se presenta un nuevo enfoque, tendiente a generar unas reflexiones frente al modelo que actualmente regenta el sistema de control fiscal en Colombia. Es así como a través del proceso de análisis de los elementos relacionados con la función de control fiscal y el accionar de los poderes públicos del Estado colombiano.

Desde ahí se develó un estado de cosas totalmente inconveniente, que afecta las finanzas públicas, la productividad y riqueza nacional, los recursos naturales y el ambiente; incrementando los índices de corrupción, afectando la legitimación en el actuar del Estado democrático.

Entonces, mediante el análisis de las premisas relacionadas con el ejercicio de la función de los poderes públicos y el control fiscal, se propuso una discusión orientada al rompimiento de la conceptualización actual del sistema de control fiscal. Dejando ver la aplicación de un sistema inadecuado para la prevalencia del interés general, que no permite la ejecución del control fiscal en forma oportuna.

También, se estableció la determinación del accionar de la atribución, facultad y función constitucional, administrativa y orgánica del control fiscal; encontrando que existen debilidades de carácter presupuestal y consecuentemente mengua en la capacidad de la estructura administrativa, funcional y funcional, para desplegar un ejercicio de control fiscal, evaluador de la gestión fiscal del Estado.

---

<sup>223</sup> CORTÁZAR, Julio. Rayuela. México: Fondo de cultura Económica, 2010



La relación de subordinación establecida desde las constituciones entre el Poder Público Legislativo y el control externo o fiscal, no es sólo una característica de nuestro ordenamiento, sino que es común en algunos sistemas que declaran ser democráticos.

No interesa la estructura, modelo de Estado o forma de gobierno ora congresional o presidencial, es característica esencial de la democracia la existencia de un sistema de control externo, como expresión del equilibrio de poderes con pesos y contrapesos. No solamente su establecimiento determina el carácter democrático del Estado, es principalmente la autonomía e independencia lo que deviene su funcionalidad y efectividad.

Una situación encontrada en la investigación es la relacionada con la fractura del discurso político y el quehacer institucional de los poderes públicos en su relación con el control fiscal. No existe en la actualidad representación política institucional respecto del ente fiscalizador.

Es decir, no se ha establecido una política pública que deleve la importancia estratégica de tan importante función en la legitimación del Estado constitucional democrático. Esa importancia estratégica debe ser traducida en la expedición de normas con rango orgánico, para generar certidumbre a nivel político e institucional, en relación con su independencia y autonomía como sucede en Alemania, España, México y Chile.

Las ordenes dispuestas en los artículos 267 constitucional y 4 de la Ley 42 de 1993, le establece una limitación objetiva al control fiscal. Esas proposiciones jurídicas y en la sentencia C-103 de 2015, contienen un nuevo discurso que contribuye al desenfreno de la corrupción y no tienen una connotación axiológica. Es decir los objetivos y fines perseguidos para su establecimiento, solo tienen un juicio de valor para frenar una práctica que el Estado toleró por razones de índole partidista.

Esas normativas privilegian el control posterior por encima de la oportunidad del mismo, no otorgando una excepcionalidad oportuna para los casos que demuestren afectación cierta

al erario. En la historia reciente, mediante los espacios democráticos de participación ciudadana, se ha demostrado el poder del ser social en la determinación de la existencia o no la norma.

Al respecto, se ha justificado que esta clase de normas constitucionales en Colombia, referidas al control fiscal, no son de las denominadas inamovibles.

En ese orden la importancia estratégica del control fiscal queda fracturada dejando de ser reflejada esencialmente en el monopolio público de esa función. Ahora bien, en el sistema de pesos y contrapesos, los órganos de control cumplen el rol de evaluador, son garantes de la indemnidad del patrimonio público, al desbalancearse el Estado por la afectación al control fiscal, se fractura el equilibrio de poderes.

Consecuente con ello se rompe la proporción dentro de la estructura del Estado, desconfigurando y desbalanceando el establecimiento del sistema de pesos y contrapesos.

En la modernidad se establecen órganos o corporaciones para realizar labores de control a los poderes públicos, esos entes deben constituirse como columna fundamental, para mantener el equilibrio de poderes.

Por otro lado, uno de los problemas a resolver es la falta de coordinación entre los controles interno y externo. Se busca que el control interno, sea un aliado de la función fiscalizadora y no un apéndice de la administración fiscalizada. En ese orden de ideas, este debe interactuar en mejor forma para la defensa, cumplimiento y legitimación de las políticas públicas.

La relación de subordinación establecida desde la Constitución de 1991 entre el poder público legislativo y el control externo o fiscal, limita ostensiblemente su accionar. Las relaciones de control y subordinación son establecidas por relaciones de poder que actúan con base a unos criterios convenidos.

Ciertos conceptos en el marco jurídico se asumen como parte de un pacto en el que unos prevalecen sobre otros. En la actualidad no existen criterios técnicos y de especialización sobre una carrera de control fiscal y cualquiera que tenga apoyo partidista puede ocupar el cargo sin alguna experiencia.

Por ello es importante aplicar el sistema de méritos para la escogencia del regente del control fiscal, siendo respetado el orden de elegibilidad y no lo planteado sobre las reglas de la convocatoria pública previa a la elección de Contralor General de la República de la Ley 1904 del 27 de junio de 2018, que la escogencia se realiza de una lista de diez (10) elegibles previamente seleccionados por la Comisión definida por la ley y es el poder público legislativo quien elegirá al Contralor General de la República en el primer mes de las sesiones ordinarias, fracturando y desbalanceando el equilibrio del sistema de pesos y contrapesos. Proponemos un candidato ganador del concurso con experticia técnica sin identidad o rótulos de los partidos políticos.

La función de control, debe tener otro punto de mira diferente desde el Estado democrático, en su lucha contra la corrupción. La institucionalidad debe tener como referencia esencial el equilibrio del principio de separación de poderes a los órganos de control fiscal a manera de columna fundamental, para mantener incólume tal equilibrio.

El sistema de control fiscal, no puede ser considerado como un elemento que solo actúa en lo formal, que intenta resarcir el detrimento patrimonial con la imposición de medidas cautelares sobre encartados insolventes. Con el agravante de la incertidumbre de las decisiones en la jurisdicción especial respecto de los actos administrativos proferidos en la responsabilidad fiscal.

Se ha construido un tejido al interior del Estado en contra de los intereses y madurez política del orden territorial, con claras expresiones de limitaciones objetivas construidas desde el tribunal constitucional. Los poderes públicos, legislativo y ejecutivo, han gravitado

permanentemente sobre la égida de la unidad nacional, la centralización política y el régimen presidencialista. Hecho que colateralmente afecta el control fiscal.

La situación determinada frente a los resultados de la gestión fiscal del Poder Público Ejecutivo, rendida ante el poder público legislativo, debe cambiar, los resultados deben ser consolidados de todos los poderes públicos y no debe ser autorizada la contratación de empresas privadas para la evaluación de la gestión fiscal del poder público legislativo.

En ese mismo sentido ese informe de resultados debe ser el insumo para que los entes de control fiscal, establezcan desde sus planes anuales de auditoría los sectores y subsectores, que requieran especial atención en la evaluación de la gestión fiscal.

En ese orden de ideas debe modificarse necesariamente la forma de comunicar al poder público legislativo los resultados de la actividad de control sobre la gestión fiscal del Estado.

Agregado a lo anterior, técnicamente el poder público legislativo, es sujeto de control fiscal, no tiene sentido rendir cuentas a una entidad que por reglas especiales de sujeción no debería aprobar e improbar esos resultados.

La situación determinada frente a los resultados de la gestión fiscal del Poder Público Ejecutivo, rendida ante el Poder Público Legislativo, debe cambiar, los resultados deben ser consolidados de todos los poderes públicos y no debe ser autorizada la contratación de empresas privadas para la evaluación de la gestión fiscal del Poder Público Legislativo.

En ese mismo sentido ese informe de resultados debe ser el insumo para que los entes de control fiscal, establezcan desde sus planes anuales de auditoría los sectores y subsectores que requieran especial atención en la evaluación de la gestión fiscal. En ese orden de ideas debe modificarse necesariamente la forma de comunicar al Poder Público Legislativo los resultados de la actividad de control sobre la gestión fiscal del Estado.

Agregado a lo anterior, técnicamente el Poder Público Legislativo, es sujeto de control fiscal, no tiene sentido rendir cuentas a una entidad que por reglas especiales de sujeción no debería aprobar e improbar esos resultados. En opinión del autor es totalmente inconveniente que el Poder Público Legislativo con un componente partidista, pueda en las actuales circunstancias planear acciones de control fiscal, frente al Poder Público Ejecutivo, derivadas de los resultados de la función evaluadora de la gestión fiscal del Estado.

Era lógico que, en los orígenes del Estado Constitucional, el poder público se erigiera como el tercero en calidad de árbitro que frenara los abusos de un monarca ávido de poder y al ser despojado de esas prerrogativas entregadas según la teoría teocrática del poder; todo ello a raíz de los acontecimientos revolucionarios burgueses.

Esa concepción se adoptó en la etapa de nacimiento del Estado constitucional, al erigir el Poder Público Legislativo, como el representante clásico de la sociedad, para reclamar de la Corona, los derechos de las personas, en los inicios de la naciente democracia en atención a la influencia económica de los individuos.

Por ello esa teoría de limitar al monarca, hoy Poder Público Ejecutivo, ya fue superada hace muchos años por los tribunales especializados en especial de la jurisdicción administrativa y constitucional. De tal forma que pasó a ser un discurso sin contenido. Por ello no existe justificación para que no se escinda su independencia de ese poder público.

Además, en la medida que el sufragio dejó de ser limitado y alcanzó a ser universal, se consideró que la elección de sus miembros era la expresión del constituyente. Pero eso tuvo su estadio concreto, que ya no tiene vigencia.

Es bien cierto que la función contralora es una parte esencial del sistema de pesos y contrapesos en el Estado constitucional democrático, en su ejercicio genera un valor agregado a los poderes públicos que hacen parte del sistema de pesos y contrapesos desde

los principios de la separación de poderes. Ello es así, por cuanto los informes rendidos al poder legislativo, contrapesan al ejecutivo.

De tal forma que para la realización del análisis fue necesario interpretar, desglosar y establecer, el porqué del actuar de los poderes públicos del Estado colombiano. Estableciendo que existen iniciativas desde el Poder Público Ejecutivo que limitan la cuantía del presupuesto de los entes de control. Así mismo, el Poder Público Legislativo expide normas legales, que fijan techos presupuestales para las entidades territoriales que afectan la existencia de los entes de control externo.

En la aplicación del modelo actual, se muestran dificultades, manifestadas en debilidades funcionales, operativas y presupuestales. Siempre con la permanente amenaza de la eliminación, del sistema de control por parte del Poder Público Legislativo. La corrupción permanece incólume en el país, pese a las reformas propuestas por los poderes públicos.

Desde el punto de vista de la naturaleza de los actos jurídicos proferidos desde la responsabilidad fiscal se puede afirmar que en el actual sistema no existe el criterio de cosa juzgada desde la función y perspectiva de control fiscal, porque los actos dictados en los procesos de naturaleza administrativa no tienen la entidad ni el carácter de ser decisiones judiciales.

Por ello, están sometidos al escrutinio de la jurisdicción contenciosa administrativa<sup>224</sup>, es decir, existe una fractura en el equilibrio de poderes que amenaza las decisiones en el sistema de control fiscal, lo que no permite la construcción de una doctrina jurídica con alcance y cobertura de permanencia.

Es importante connotar que en Colombia en particular y en América Latina en general, se dio aplicación a los dos modelos jurídicos sobre el sistema de control fiscal: el colegiado es

---

<sup>224</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Bogotá: El Congreso

decir el modelo jurídico normativo romano germánico de cortes y tribunales de cuentas aplicado en la época de la colonia hasta después del triunfo de los movimientos independentistas criollos y en la república hasta 1922.

En ese orden de ideas, hasta 1922 tuvo vigencia el modelo de Civil Law, no con la aplicación precisa que se dio en su época en Europa; ello por las circunstancias de colonización y de enfrentamientos entre facciones partidistas, lo que evitó que el sistema de control fungiera de forma adecuada en la aplicación de la vigilancia y control a la gestión fiscal pública.

El sistema denominado de Common Law, de influencia anglosajona, con interpretación y aplicación casuística desde la jurisprudencia con preponderancia del precedente, de inspiración británica, por la importación de reglas de prestigio en materia económica, política y jurídica desde los EE.UU.

Sobre este punto se estableció en la investigación, que este sistema tuvo funciones judiciales en lo relacionado con el control fiscal. Por otro lado, que en Inglaterra y en el Reino Unido, en las postrimerías de 1800, se produjo una saturación de las funciones de los agentes del órgano de control financiero, por el tráfico de influencias, corrupción, poca eficacia y desafuero administrativo.

En la actualidad las disposiciones constitucionales de la carta vigente, difieren el control fiscal en forma posterior y selectiva, regla constitucional que ha sido respaldada por el tribunal constitucional en diferentes sentencias. Preocupa la figura del control posterior ya que en más de 25 años de vigencia de la carta se ha incrementado la corrupción escandalosamente. Es conveniente revisar la norma constitucional, poniendo freno y contrapeso a semejante desafuero.

Dentro del ejercicio de construcción de la propuesta, se realizó una comparación con el modelo de la escuela de Civil Law y se encontró que las fortalezas de este modelo, permite

la actuación frente a los poderes públicos y demás estamentos estatales. Ello con una forma de ejercicio de control externo coherente, en tiempo real, preventiva, perceptiva y que se direcciona al éxito de las políticas públicas del Estado.

Desde este modelo se fortalece el presupuesto público de dichos entes y se establece su independencia y autonomía orgánica. Esa autonomía e independencia se ratifica en la división de tareas de auditoría, llevado desde lo administrativo y el juzgamiento desde el proceso con naturaleza judicial; sea de cuentas, ora de responsabilidad fiscal.

Es por ello que se propone para la aplicación del control fiscal en Colombia de una conceptualización constitucional bien diferenciada del actual sistema de control fiscal. Esa norma estará basada en una Corte de Cuentas y Tribunales con naturaleza jurisdiccional. Todos claramente determinados en el ámbito nacional y en la organización territorial, establecidos bajo criterios de eficiencia y eficacia.

Todo ello, para que los actos que juzguen la responsabilidad fiscal, derivada de la evaluación de la gestión fiscal de las autoridades y agentes del Estado, no sean examinados en ninguna otra jurisdicción.

La estructura de la Corte y Tribunales debe ser integrada por concurso de méritos, su reglamentación diferida a la ley. En todo caso la Corte deberá funcionar con un número plural, que no emule los cuerpos colegiados actuales, plagados de excesiva burocracia, igual regla debe gobernar a los tribunales.

Importante connotar el establecimiento de su propia jurisdicción, determinando que en el desarrollo de sus funciones los miembros de una y otra gocen de la misma independencia, autonomía e inamovilidad y que estén sometidos a las mismas incompatibilidades que los jueces de las cortes de cierre.



La formación de jurisdicciones, es un aspecto de superior relevancia, que posibilite solidificar los elementos jurídicos de peso, para abrir el debate respecto de su autonomía, independencia e inamovilidad. Importante connotar que, en materia administrativa, seguirá existiendo una auditoría, que realice la evaluación de la gestión fiscal del Estado.

Por demás importante, que no exista subordinación de la cosa juzgada en materia de control fiscal frente al Poder Público Judicial, excepto, el control que deban ejercer sobre sus actos, por iniciativa de los particulares o derivada del control de constitucionalidad de las cortes de cierre.

Toda esa actividad debe estar reglada desde una ley orgánica, similar al estatuto que rige al Poder Público Legislativo, que en diferentes condiciones al poder judicial mediante la ley estatutaria de administración de justicia en Colombia.

Con base en lo expuesto, se propone que sea llevado al ordenamiento legal, como premisa fundamental la existencia del control fiscal, como parte del sistema externo de pesos y contrapesos en el Estado constitucional democrático y que así, esté reflejada la civilidad de las autoridades y agentes del Estado, con un nuevo espíritu constitucional; construido con reglas jurídicas que contribuyan a la nueva conceptualización política, social y normativa constitucional en Colombia, centrados en el tema de la indemnidad del presupuesto y patrimonio público.

Por lo tanto, se considera útil enunciar que la autonomía e independencia, viene dada del resultado contenido en el ordenamiento constitucional, que reconozca a sus miembros esas cualidades, con la claridad y precisión establecidas en las normas que regulan la estructura y el funcionamiento de la entidad de control fiscal; dejando la elección y designación fuera de la órbita de los poderes públicos.

Ahora bien, para asegurar la independencia de los órganos de control externo, se debe garantizar desde el Estado democrático, la libertad de accionar de sus miembros y el

respaldo de todas a las autoridades de la República, situación que mejorará en Colombia, la inversión del presupuesto público y la lucha contra la corrupción.

Cuenta también dos aspectos cruciales, la autonomía reglamentaria, que no debe ser diferida al Poder Público Legislativo o Ejecutivo, se propone la creación de reglamentos autónomos constitucionales para el caso del proceso auditor. En el caso de la jurisdicción crear sus actos jurídicos de gobierno como corporación judicial autónoma. Esa reglamentación tendrá el control de la Corte Constitucional, con ello se reconoce la importancia estratégica de los entes fiscalizadores, en el Estado constitucional democrático.

De tal forma que, los poderes públicos que definen su autonomía presupuestal, son sus sujetos de control, lo que deja en suspenso la existencia del control fiscal como acaeció con la expedición de la Ley 617 de 2000. Resultaría ser un desacierto y una grave omisión generadora de riesgo para la independencia de los órganos de control, que se encontrasen subordinados a previsiones de gasto impuestas por el órgano sometido a vigilancia.

El propio fundamento del Estado constitucional democrático, contiene las necesarias garantías para evitar esos peligros y rectificaciones suficientes para superarlos. Garantizando la indemnidad institucional de los órganos de control, lo que en verdad se requiere es el funcionamiento adecuado de estas correcciones y garantías. De aquí depende el éxito del control y, en definitiva, el adecuado funcionamiento de unas instituciones que son básicas para el Estado de Derecho.

En definitiva, hoy el derecho constitucional ha cambiado la democracia representativa y ésta a su vez ha sido sustituida por la democracia participativa. En los ordenamientos constitucionales modernos se exhorta a todos a participar en las decisiones que los afectan, en la vida económica, política, administrativa, asegurando la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Uno de los hallazgos establecidos con la investigación, es la importancia estratégica del control fiscal que impulsa el avance de nuestras instituciones político-administrativas, y la función fiscalizadora sobre la gestión de la administración, aplicada a los bienes y servicios, dividendos y recursos públicos y, la eficiencia, eficacia y efectividad de la inversión social o en infraestructura a través de los presupuestos públicos, lo que ha sido de poco avance.

Eso no solo sucede en Colombia, la mayoría de las constituciones políticas comenzando por nuestro espejo más próximo, la de 1978 de España así lo considera, por una razón fundamental es el sustrato del Estado Constitucional Democrático.

De tal forma que, seguir atando la funcionalidad de los órganos de control fiscal a los poderes públicos resulta ser un orden decimonónico, caduco que debe ser superado. En Colombia, lo más cuestionados son los poderes públicos, sin excepción. Desde esta perspectiva consideramos que están dadas las condiciones para otorgarle la importancia estratégica de valor agregado que el Estado democrático debe reconocer al control fiscal.

La razón y consolidación de las sociedades democráticas, viene dada por el desarrollo de las ideas individuales y por la capacidad que tengan la persona y la sociedad para integrarlas y hacerlas funcionar en los proyectos colectivos. Por eso nuestra sociedad en general debe plantear la mejora de la política pública de control fiscal, su sistema y modelo de control fiscal, en relación directa con los poderes públicos. Todo ello para generar progreso social en las dimensiones, política, cultural, económica y productiva.

Por las razones que se acaban de exponer y desde el punto de vista del Derecho constitucional, la posición y accionar institucional de los entes de control externo, debe focalizarse hacia la teoría del control, cumplido esto, redundará en la legitimidad y eficiente funcionamiento del Estado Constitucional democrático; quedando determinada la importancia estratégica del control fiscal en una función constitucional, establecida para el funcionamiento del sistema de equilibrio de poderes.

De tal manera que, quien ejerce el control fiscal al Estado debe contar con los espacios, pautas normativas, herramientas conceptuales y tecnológicas, necesarias para poder evaluar con total objetividad, cómo son invertidos los recursos de los contribuyentes.

Es por ello que se propone la aplicación para el control fiscal en Colombia de una conceptualización, regla y norma constitucional bien diferenciada del actual sistema de control fiscal. Ella está fundamentada en el establecimiento de un modelo de Corte de Cuentas en el ámbito nacional, con tribunales claramente determinados en la organización territorial y establecida bajo criterios de eficiencia y eficacia.

La implementación del sistema de control fiscal desde la teoría jurídica de Civil Law, la que debe ser efectuada con las mismas calidades y condiciones del modelo actualmente establecido en Alemania. Este presenta las mejores reglas sobre seguridad jurídica, frente al control externo y ha sido probado su éxito en la salvaguarda del erario, así como del impulso del éxito de las políticas públicas del Estado.

La estructura de la Corte y Tribunales debe ser integrada por concurso de méritos establecido y regentado por el ente que administra la función pública en el nivel nacional, que su reglamentación sea diferida a la ley. En todo caso la Corte no deberá funcionar con más de 5 magistrados y el nivel territorial solo tres por cada tribunal; estableciendo el periodo de unos y otros en ocho años.

Queda a salvo que, en materia administrativa, seguirá existiendo una auditoría para que realice la evaluación de la gestión fiscal del Estado. Pero que los actos que juzguen la responsabilidad de los agentes del Estado derivada de tal evaluación sea de naturaleza judicial. De igual forma que sus actos sean de naturaleza jurisdiccional y no estén sujetos a decisiones posteriores de otras instancias judiciales.

Esos miembros son escogidos de entre funcionarios con experiencia y especialización sobre el control fiscal, docentes de pregrado y posgrado de universidades colombianas sobre la materia y servidores públicos adscritos a tales organismos. Estos deben cumplir los requisitos habilitantes que sean establecidos en la ley.

Además de la acreditación académica, demostrada mediante los respectivos títulos, deben de igual forma probar reconocida idoneidad y competencia, contabilizando más de quince años de ejercicio profesional relacionado directamente con el control fiscal.

Es de vital importancia, la determinación de la jurisdicción de control fiscal, estableciendo que en el desarrollo de sus funciones los miembros de la Corte y los Tribunales de Cuentas gocen de la misma independencia e inamovilidad y estarán sometidos a las mismas incompatibilidades que los jueces de las cortes de cierre.

Cuando se hace referencia a la formación de jurisdicciones, es un aspecto de valor capital, que permita consolidar los criterios y elementos jurídicos de peso para abrir el debate respecto de su autonomía e independencia.

Es importante que no exista subordinación de la vinculación como cosa juzgada de los actos jurídicos proferidos por el control fiscal frente al Poder Público Judicial, excepto el control que deban ejercer sobre sus actos, por interposición de las acciones constitucionales o legales, en este mismo sentido la derivada del control de constitucionalidad de las cortes de cierre.

Con esa naturaleza se garantiza la cosa juzgada en materia de control fiscal. Ello certifica en forma clara la construcción de una doctrina jurídica con alcance y cobertura de permanencia. Generando actuaciones administrativas y judiciales oportunas y coherentes con doctrinas vinculantes en las decisiones a tomar.

Toda esa actividad debe estar reglada desde una ley orgánica, esta debe atribuirle a la Corte y Tribunal de Cuentas, el carácter jurídico constitucional de órgano supremo fiscalizador de las cuentas, de la gestión económica, agrupadas en la gestión fiscal del Estado democrático y asimismo del sector público, mixto y privado que concurran con su accionar al manejo de recursos originados en el presupuesto público.

En ese esquema constitucional universal los intereses representados en la asamblea constituyente y el poder público legislativo variaron sustancialmente las reglas jurídicas de la ley, premisa básica del Estado constitucional democrático. Y dejaron sin poder al control fiscal afectando la existencia y legitimidad del Estado democrático.

Y ello se materializa ante la imposibilidad de la existencia de una amplia y eficaz red de controles, dentro de un eficaz sistema de pesos y contrapesos, necesario en el Estado constitucional democrático.

En las actuales circunstancias por la inadecuada aplicación del modelo, democracia, participación ciudadana y corrupción, perviven en constante tensión dentro del Estado de derecho. De ahí surge la necesidad que el sistema de pesos y contrapesos, esté determinado con atribuciones, facultades y límites objetivos.

En lo relacionado con los elementos estructurales el actual sistema de control fiscal colombiano, no es de la naturaleza de la teoría jurídica Ley Civil y en estricto sentido tampoco del sistema jurídico del Ley Común, resulta de un híbrido que no está sujeto al régimen estricto de las escuelas primigenias. Por ello ese sistema es producto de una combinación que nace con el carácter de homogenizar.

Dentro del análisis de la investigación podemos afirmar que el sistema de control fiscal en Colombia no es autónomo e independiente. Las limitaciones constitucionales y legales agenciadas desde los poderes públicos han establecido distancias apreciables, que deja al

control fiscal sin efecto alguno como un eje que vincule y cohesionese como legitimador de los fines estatales a la sociedad y el Estado.

Además, de la inexistencia de una política pública que relieve la importancia estratégica al control fiscal en la legitimación del Estado.

Todo este ordenamiento no se concreta en la aplicación de la función de control fiscal, factores como la corrupción partidista, el conjunto normativo legal-administrativo y sentencias de cortes de cierres, muestran el ejercicio de control fiscal con resultados exiguos, entonces, desarrollada la investigación, nos lleva a afirmar que no existe autonomía e independencia en los órganos de control fiscal en Colombia.

Es decir desde la circunstancia actual, no es uno de los pilares fundamentales del sistema de pesos y contrapesos en el Estado colombiano. Es claro que en la actualidad los criterios de legitimación institucional no son sólidos, ya que el ejercicio de control fiscal está limitado en su accionar.

Una vez analizado del Estado democrático de derecho, en relación con la función de control fiscal se demuestra que no existe autonomía e independencia del control fiscal en Colombia, ella se encuentra afectada por la existencia de tensiones originadas desde el ejercicio Poder Público Legislativo. Situaciones que limitan su autonomía e independencia.

También mediante el análisis, se pudo demostrar que el control fiscal en Colombia, se encuentra subordinado al Poder Público Legislativo. De igual forma analizado el conjunto normativo vigente expedido por los poderes público legislativo y ejecutivo, se evidenció que el control fiscal se encuentra limitado objetivamente.

Analizada la función de control fiscal al examinar las políticas públicas a través de la evaluación de la gestión fiscal del Estado colombiano, la cual legitima, se pudo demostrar la importancia estratégica de la institucionalidad del control fiscal, como pilar fundamental, para mantener el equilibrio del sistema de pesos y contrapesos.

Ahora bien en la doctrina constitucional el control fiscal dentro del sistema de pesos y contrapesos es pilar fundamental. En Colombia por lo expuesto el accionar de los poderes públicos del Estado imposibilita el accionar del control fiscal dentro del sistema de pesos y contrapesos como pilar fundamental, en calidad de garante de la indemnidad y resarcimiento del patrimonio público.

Con todos estos argumentos es evidente que la tensión originada entre el Poder Público Legislativo y los Órganos de Control Fiscal, desde la Constitución Política de 1991, imposibilita la aplicación de la función de control fiscal en la evaluación de la gestión fiscal, con los criterios constitucionales y legales del Estado democrático de Derecho.

Por último las rupturas, este concepto permite identificar aquella fuerza capaz de romper con lo establecido, de generar un nuevo orden, una fuerza que irrumpe lo ya establecido y reorganiza el corpus, la norma, la legislación y de allí las actuaciones y comportamientos que se supeditan de éste.

Por lo expuesto anteriormente, se considera que el Estado democrático y el control fiscal no han concluido su camino, por cuanto se requiere de mecanismos expeditos que consoliden un proceso de gobernanza, que impulsen criterios de legitimidad, gobernabilidad y, consecuentemente fortalezcan y garanticen la efectividad de los principios, garantías, derechos y deberes constitucionales.



## **6 RECOMENDACIONES**

### **6.1 FRENTE AL PAPEL DINÁMICO Y ESTABILIZADOR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA**

La institucionalidad del Estado colombiano está determinada por un contenido moldeado con especificaciones de forma y fondo desde la funcionalidad, que pretende consolidar unos fines específicos, no establecidos claramente y en lo que se presenta dualidad en el ejercicio de la función administrativa. Es el caso el Estado mixto, donde tiene preponderancia los poderes públicos sobre los demás órganos y entre ellos, el ejecutivo sobre el legislativo y judicial.

Tenemos que cuando está dada la determinación, asignación especial y las medidas necesarias y adecuadas que aseguran que cada poder público u órgano de control, asuma su rol de forma adecuada, al desplegar la aplicación de sus fines y funciones claramente diferenciadas; en la que sea evitada la dualidad y con ello la subordinación como también la generación de conflictos de competencia desde el establecimiento.

Este ejercicio deconstructivo del discurso tradicional en el que los hechos desestabilizadores por la intromisión de poderes entre sí y, poderes y órganos, redundará en la fabricación de un discurso novísimo, que genere una dinámica diferenciada en el mejoramiento de herramientas efectivas desde lo cultural, hacia la debida aplicación de un sistema de controles con funciones proyectadas hacia la efectividad, bajo la real autonomía e independencia.

Un país debe establecer con claridad la visión de Estado y sociedad bien ordenados, con criterios limitantes al poder político desde la ley, donde la imparcialidad en la administración de la cosa pública sea la prevalencia general desde el ordenamiento supremo y, los discernimientos sobre integridad en la administración de justicia, impulsen la

construcción de un discurso tendiente a la formación de un nuevo concepto forjado desde la participación de todas las personas en las decisiones que los afecten en su nivel o calidad de vida.

Ese escenario de prospectiva, donde situamos la re-evolución cualificada de ese concepto, nos impulsa a situarla desde la edificación del nuevo discurso, con determinante influencia en la apropiación de lo público; específicamente a partir de la inversión de los dineros del presupuesto público, que con ocasión de la gestión fiscal sean aplicados bajo la preeminencia del interés general. Debemos diseñar herramientas novedosas y efectivas contra la pedagogía de la ineficacia y la ineficiencia institucional, convertida en política pública.

Para jalonar la construcción del régimen democrático saludable, desde la seguridad y durabilidad, con una gran mayoría de sus ciudadanos políticamente participativos, formados en una cultura política para la consolidación de una sociedad democrática, que funcione razonablemente.

Se deben contener ideas fundamentales a partir de las cuales sea posible elaborar una concepción política apropiada para un nuevo discurso cultural, social y político, que genere un nuevo ordenamiento conceptual-constitucional.

Entonces, si se establece como forma cierta y necesaria la separación de poderes, era inconveniente e innecesario crear mecanismos desde la carta fundamental, que consintieran una colaboración armónica, regresó al Estado mixto donde un sólo poder público se abroga todas las prerrogativas, atribuciones y facultades; creando algo impensable como indeseable.

Así el Estado no funciona adecuadamente, ya que los conflictos de competencia entre poderes serán recurrentes, limitando el accionar del sistema de controles. En Colombia,

desde el ejercicio del poder político, no existen claros mecanismos diseñados en la realidad, tendientes a restituir el equilibrio constitucional democrático.

Ello es así, por cuanto el establecimiento y delimitación de competencias de los poderes públicos, a través de un sistema normativo, instauro un sistema de ejercicio correlativo, en la que se instituyen una serie de principios que, en la realidad del ejercicio del poder político demuestran resultados de conflictos de competencia o subordinación entre los mismos; lo que nos lleva a concluir que efectivamente, la separación de poderes en Colombia tiene un sentido de carácter nominalista.

Creemos que existe un déficit de protección de derechos constitucionales de los administrados, en cuanto que esa confusión de los poderes con facultades nominadoras, vetos y aplausos de unos a otros, intromisión en las facultades constitucionales; viene a constituirse en un comportamiento institucional ilógico y sistemático, que deja deslegitimada la gobernabilidad e impide asomos de gobernanza.

En un país que por el conflicto necesita fortalecer desde la fiscalización ciudadana e institucional, la gestión e inversión de recursos públicos, como la forma de construir la nueva forma de gobernar de cara al proceso de validez-legitimidad social.

Entonces, la idea del poder en el carácter del Estado mixto no simboliza en estricto sentido la clásica separación de poderes a la usanza universal, sino por el contrario la colaboración-participación de las distintas jerarquías individualizadas, lo presupone confusión en la aplicación de la función constitucional y administrativa; y no la separación debida entre poderes públicos y, entre éstos y los órganos independientes.

En esta clasificación del Estado, un sólo poder se abroga todo el poder y competencias; en Colombia, el público ejecutivo. Ello refleja el actuar caótico en aplicación de los fines del Estado, ya que, al realizar múltiples funciones, genera duplicidad y obstrucción de la gestión pública.

La recurrente duplicidad obstruye toda clase de procesos democráticos, normas mal construidas que trastocan todos los postulados estatales, intentados desde una gestión pública, cada vez más llena de trámites y requisitos, dejando de lado la ejecución de políticas públicas efectivas, que por el contrario en cada uno de los poderes públicos produce ineficiencia e ineficacia. Por ello, esa gestión estatal, tiene un bajo perfil de certidumbre, que desde el control social y fiscal cuestiona su efectividad.

Esto desdibuja el carácter del Estado democrático, orientado a procesos de legitimidad validados, con la participación activa en todas las manifestaciones que demuestren la limitación al poder político del Estado como una actuación consciente de control a su ilimitado poder; todo ello tendiente a niveles y calidad de vida mejor.

Es imprescindible que, en Colombia, se estructuren con real carácter democrático un conjunto de modificaciones esenciales y cualificaciones de la circunstancia del ser humano en su conversión de ser político, mejorar nuestro comportamiento social, de cara a perseguir la meta de la apropiación de lo público, mejorando las herramientas jurídico constitucionales que deben estabilizar la vida de todos, asegurando la convivencia pacífica. Se trata de reeditar una nueva versión, destinada a lograr acuerdos para el equilibrio de fuerzas en el Estado constitucional democrático.

Esa estabilidad tiene un elemento consustancial para su aplicación, que sea el resultado de la acción de fuerzas ideológicas y políticas opuestas. Por ello, se concluye expresando que, la norma sobre colaboración armónica del artículo 113 constitucional esta direccionada a conservar la hegemonía de los poderes públicos por encima de los órganos de control fiscal.

**Es un error del Estado privilegiar con valores absolutos el control posterior por encima de la oportunidad del mismo, no otorgando una beneficiosa excepcionalidad que proteja la indemnidad del presupuesto por la inminente afectación del patrimonio público.**

Con esta medida la importancia estratégica del control fiscal queda fracturada. Ahora bien, en el sistema de pesos y contrapesos, los órganos de control cumplen el rol de evaluador, son garantes, de la indemnidad del patrimonio público, al desbalancearse el Estado por la afectación al control fiscal, se fractura el equilibrio de poderes.

La función de control, debe tener como referencia esencial el equilibrio del principio de separación de poderes en los órganos de control fiscal.

## **6.2 FRENTE AL SISTEMA DE PESOS Y CONTRAPESOS EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

El principio de separación de poderes públicos del Estado ha establecido un conjunto de reglas de juego en la ordenación del poder político, condicionando la organización del propio Estado en ejercicio de ese poder; con lo que ha dejado poco margen a la discrecionalidad y es el resultado denominado constitucionalización.

La concentración de poder en un solo ente estatal o persona, en todos los estadios de la historia, termina generando inequidades, costos y atrasos culturales, políticos y sociales.

Cuando la sociedad consigue instaurar en forma adecuada lo esencial del ordenamiento jurídico, limitando el poder a través del prorrateo en diversos poderes-órganos, con funciones manifiestamente delimitadas, se encuentra entonces ante un Estado, en que las personas que lo integran pueden desarrollarse en libertad.

Así podrá preconizarse, la promoción de la prosperidad general, garantizando la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta fundamental; facilitando la participación de todos en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación.

Se ha planteado que el Estado constitucional, social y Democrático responde a los principios de legitimación del ejercicio democrático con limitación material y temporal del poder, desde el pleno desarrollo y funcionamiento de un sistema de pesos y contrapesos.

Que debe como síntoma positivo de su saludable existencia, producir claros efectos de reciprocidad desde la ocurrencia de acciones y reacciones; construyendo relaciones humanas con un importante espacio para el ejercicio y mantenimiento de los derechos de igualdad y libertad.

De tal forma que, el sistema de pesos y contrapesos es denominado por Montesquieu como la teoría del equilibrio, parte esencial de la fiscalización y de la separación de poderes. Por ello se hace imprescindible que en Colombia se deba recurrir al diseño de una nueva conceptualización constitucional sobre el manejo discursivo de los límites al poder político desde los poderes públicos, todo ello a través de un nuevo orden constitucional.

Desde donde se escinda en forma definitiva la real aplicación del principio universal de la separación de poderes públicos. El problema fundamental en Colombia en lo político y en lo jurídico es deconstruir desde la sociedad y la institucionalidad ese real criterio de aplicación del Estado mixto.

De igual forma, es inadecuado afirmar al unísono, la existencia del Estado constitucional democrático. El ilimitado poder político que se cierne sobre el poder ejecutivo, aplicado con toda su fuerza sobre sus pares y órganos de control está realmente desbordado.

Esto sin lugar a dudas, enciende las alarmas de la deslegitimidad, lo que muestra después del análisis, la existencia de un desequilibrio constitucional. Entonces una fórmula jurídica, fáctica, social y política para evitar la confusión de poderes y la corrupción es, limitar los poderes públicos a través del establecimiento del sistema de contrapesos y así terminar con la crisis de Estado por el desequilibrio constitucional.

La evolución del derecho constitucional, a través del ejercicio ensayo error ha determinado la importancia, necesidad y conveniencia del establecimiento del sistema de pesos y contrapesos como elemento esencial de la aplicación de límites objetivos a la estructura de poder político de los regentes del Estado constitucional democrático.

Como se ha insistido, eso deberá ser edificado dando cabida a la nueva estructuración y construcción del discurso político, que denote corresponsabilidad y efectividad para que el poder político desde el Estado; no descansa ni en la fuerza excesivamente ilegítima, agenciado por una banda de criminales o lo que es peor, bajo el agenciamiento de la corrupción.

Ese nuevo discurso debe hacer parte del nuevo orden conceptual con una amplísima discusión entre institucionalidad, academia, gremios, sector privado y personas en general. En aras de que la conceptualización, diseño, establecimiento, implementación y funcionalidad, propenda por la permanencia de la autonomía objetiva y la independencia funcional de una verdadera separación de poderes; que contribuya en forma fehaciente, al fortalecimiento real del sistema de pesos y contrapesos.

Ese proceso de construcción constitucional, legal y reglamentaria, debe estar acompañado de la aplicación de los principios constitucionales de transparencia, publicidad y responsabilidad; donde la prevalencia sea la constante con que se actué para la promoción, defensa y permanencia de los postulados democráticos.

A diferencia del Estado constitucional de derecho que, funda su permanencia en la validez-norma-validez, el Estado constitucional democrático, esencialmente regido por procesos de confirmación a través de la legitimación socio-política-electoral-participativa, deberá desde la institucionalidad rendir objetivamente cuentas, para con ello a través de las explicaciones, legitimar los cometidos estatales ya ejecutados.

Esa forma de ilustrar la gesta ante las personas en general, imprime la gestión de legitimidad, fortaleciendo la gobernabilidad en los entes estatales y generando confianza en los particulares.

Finalmente, esa sinergia a través de la transparencia entre institucionalidad y particulares tiene como propósito fundamental posibilitar mejores condiciones de convivencia, hacia la facilitación de la legitimación con la aplicación de pesos y contrapesos generales y específicos-técnicos.

Se trata de un informe que la ciudadanía convierte en un instrumento para hacer seguimiento y evaluación a la administración pública; siendo el resultado final de este ejercicio el fortalecimiento de lo público.

### **6.3 FRENTE A LA IMPORTANCIA ESTRATÉGICA DEL CONTROL FISCAL EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN**

Es requisito esencial, para que Colombia siga el derrotero de la transparencia, la eficiencia, la eficacia y la efectividad, el afrontar la lucha contra la corrupción, la mejor estrategia es necesariamente una deconstrucción y reordenamiento conceptual del discurso institucional en lo estructural.

A fin que ese ejercicio conlleve necesariamente a la formación adecuada del sistema de pesos y contrapesos, desde una mejor y mayor regulación del sistema de control administrativo, interno, social y fiscal, tanto en el sector público como en el privado, con reglas claras objetivas y transparentes; lo que permitirá a la sociedad avanzar en su lucha contra este flagelo.

La corrupción construye la pobreza y mantiene su permanencia en el sistema gubernamental, es de utilidad para las organizaciones criminales dedicadas a la comisión de punibles por corrupción al sufragante. Crea y mantiene afectaciones de impacto nocivo en



el Estado constitucional democrático, repercutiendo con toda su fuerza en los núcleos sociales donde se ubican en mayor medida a las personas de menores posibilidades económicas, personas a las que posteriormente subsidia el Estado, para impedirles su desarrollo laboral y por ende económico; manteniendo el ejército de necesitados para el próximo certamen electoral.

La corrupción también tiene un impacto negativo en los programas de erradicación de la pobreza, haciéndolos ineficaces, ya que quienes los ejecutan terminan siendo investigados por casos de corrupción, en punibles contra la administración pública en la gama de peculados, cohechos y acceden a los mecanismos perversos de impunidad.

En ese escenario, los marginados en los procesos electorales, que busca legitimar los procesos democráticos desde lo electoral, tienen pocas opciones de enfrentarse a las barreras que les impiden, entre otros, acceso digno y permanencia a los servicios públicos básicos sociales-domiciliarios, el tráfico de recursos públicos para la asignación a este segmento de la población colombiana resulta ser inadecuada, siendo la resultante el estancamiento del desarrollo económico.

Las reglas de experiencia han llevado a los Estados a afirmar que la corrupción es un obstáculo tan determinante en el atraso cultural-político-social-económico. Que, a no dudar, deja sin ejercicio a los titulares del segmento poblacional determinado en sus derechos humanos, fundamentales, colectivos fundamentales y sociales; cuando distorsiona e invalida las instituciones.

La corrupción se manifiesta en todos los poderes cuando debilita al Poder Público Judicial, dificultando su efectividad y, en consecuencia, aumentando la impunidad.

Paradójicamente, algunos de los participantes en gran proporción, que buscan en sus discursos de campaña electoral construir un orden encauzado hacia la democracia representativa-participativa, hacia el fortalecimiento del ejercicio de control político y la

participación ciudadana, optan por corromper la actividad electoral, con maniobras que permiten en gran proporción que ocupen curules en cuerpos colegiados, personas que no tienen siquiera una instrucción educativa o formación profesional en la administración pública o sus procesos.

De esa manera, la corrupción atenta contra la eficiencia de las instituciones estatales por la práctica de una influencia desproporcionada en la política nacional y local. Lo realmente lamentable es que, esto ocurre con el apoyo de grupos legales e ilegales, ambos buscan influir en el manejo del Estado, lo que genera una pérdida de la confianza ciudadana en las instituciones y la democracia.

El escenario habitual en la historicidad colombiana, ha sido la subordinación del control fiscal a los poderes públicos, lo que ha impedido la construcción de un nuevo carácter conceptual desde lo cultural que permita que el proceso de rendición de cuentas por el establecimiento, sea la piedra angular en la aplicación adecuada de los principios de transparencia y moralidad pública.

Por el contrario, esa solemnidad en las formas, tan característico de los establecimientos corruptos, ha propiciado, facilitado, acompañado, permeado y prohijado en toda nuestra historia la creación de organizaciones criminales antiquísimas, en el entendido que su especialidad única es la defraudación del erario.

Los instrumentos de política pública global, llevados al nivel jurídico con carácter transnacional y regional, proferidos por la ONU, para este caso la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada con la Ley 970 de 2005; per se, no significa nada, es la actitud corresponsable y de responsabilidad social-legal-política-financiera de los agentes de la institucionalidad, los gremios, el sector productivo, la academia en todos sus niveles y de todas las personas en el territorio nacional, y hacer de ella un instrumento útil y efectivo, ese es el gran reto de Colombia y la región.

Se insiste en que, desde el Estado de propenderse y procurarse por escenarios apropiados para la mejora del sistema de control fiscal, ya que a través de este se libra la lucha contra la corrupción, la permanente protección de los derechos humanos y se promueve la participación de todos en la construcción y fiscalización social de las políticas públicas.

Es lamentable que en la actualidad esta función, atribución, facultad y potestad constitucional, por su inadecuado diseño arroje exiguos resultados; lo que debe conllevar a identificar qué aspectos imposibilitan un buen ejercicio de control, eliminando en lo posible las no conformidades en la ocurrencia de debilidades en el desarrollo y aplicación del sistema.

Ahora bien, para la deconstrucción del modelo actual de control fiscal, se deben establecer en forma clara y determinada las propuestas que contengan los mojoneros que alinderen con precisión, la edificación de la nueva conceptualización constitucional, que propugne por un novísimo sistema de control fiscal.

Para señalar, la consolidación de las legítimas aspiraciones arraigadas a través de la expresión del empeño colectivo en la formación de un nuevo ideal social-cultural-político-económico, tendiente a construir un mejor país, con sentido de nación. Si eso lo construimos podremos afirmar que logramos el fin propuesto, el cual es el fortalecimiento de una verdadera democracia participativa y fundante en la idea de la constitucionalidad, con los límites que impone el derecho.

En la actualidad, la Carta fundamental de 1991, conservó el orden decimonónico establecido desde la Constitución de 1.886. Desde el artículo 267 constitucional, se estableció la forma y procedimiento para la conformación de la terna desde la rama judicial, la que es enviada al Poder Público Legislativo o corporaciones administrativas en la organización territorial, donde se origina la designación del Contralor, quien será el regente y guardián de la gestión fiscal del Estado.

Es por ello que se propone la aplicación para el control fiscal en Colombia de una Corte de Cuentas, con tribunales de cuentas claramente determinados y establecidos bajo criterios de eficiencia y eficacia. Que sus actos sean jurisdiccionales y no estén sujetos a decisiones posteriores de otras instancias judiciales.

También que exista una auditoría administrativa en cuanto a la evaluación de la gestión fiscal del Estado. Pero que los actos que juzguen la responsabilidad los agentes del Estado derivada de tal evaluación sea de naturaleza judicial.

#### **6.4 FRENTE A LA RELACIÓN DE DEPENDENCIA FUNCIONAL Y FUNCIONARIAL, ESTABLECIDA DESDE EL PODER PÚBLICO LEGISLATIVO HACIA LOS ÓRGANOS DE CONTROL FISCAL, VINCULO QUE DESLEGITIMA LA FUNCIÓN FISCALIZADORA**

La relación establecida entre el Parlamento o Congreso y el control externo o fiscal no es sólo una característica de nuestro ordenamiento, sino que es común en algunos sistemas que declaran ser democráticos. No interesa la estructura, modelo de Estado o forma de gobierno ora congresional-parlamentaria o presidencial.

Tiene ocurrencia en contados casos como en la República de Chile y Alemania<sup>225</sup>, que los órganos de fiscalización trabajan coordinadamente con el Poder Público Ejecutivo, en la realización del gasto. Aun así, se mantiene la inexplicable minoría de edad ante el Poder Público Legislativo, donde necesariamente debe cumplir la obligación constitucional en unos países como el caso colombiano, ora legal en otros, caso como el mexicano de informar al Parlamento sobre los resultados de su actividad de control sobre la gestión fiscal del Estado.

---

<sup>225</sup> Sin que las funciones sean siquiera similares, pues en Chile no se puede coadministrar, situación totalmente diferente sucede en Alemania, donde por disposición constitucional y legal tienen asignada esa función. Diferencias claras y precisas entre los sistemas de Common y Civil Law.

Y además sobre la ejecutada por los particulares que intervengan por delegación, transitoria o permanente, en cumplimiento de un deber legal en la administración, para la conservación, disposición de bienes, servicios/recursos públicos; y de la situación anual de los recursos naturales y los pormenores de las afectaciones ambientales.

En la época que se propendió por el establecimiento del Estado, como contrato social que frenara el absolutismo del monarca y el Estado de caos, generado por la ausencia de un sistema de pesos y contrapesos en el discurrir y actuar del Estado en sus relaciones con los particulares.

Era lógico que, en orígenes del Estado Constitucional, el poder público se erigiera como el tercero en calidad de árbitro que frenara los abusos de un monarca ávido de poder y herido, al ser despojado de esas prerrogativas entregadas según la teoría teológica del poder por Dios; y además a raíz de los acontecimientos revolucionarios burgueses, fue agudizada ese conflicto entre ejecutivo y legislativo.

Otro actor intentaba irrumpir en escena el Poder Público Judicial para imponer un gobierno de los jueces, que con la jurisprudencia quisieran ocupar con todo su poderío e importancia, intentar ordenar y gobernar el estado de cosas.

Esa concepción se adoptó en la etapa de nacimiento del Estado constitucional, al erigir el Poder Público Legislativo, como el representante clásico de la sociedad, para reclamar de la Corona, los derechos de las personas; en los inicios de la naciente democracia en atención a la influencia económica de los individuos.

En la medida que el sufragio dejó de ser limitado y alcanzó a ser universal, se consideró que la elección de sus miembros era la expresión del constituyente. Pero eso tuvo su estadio concreto, en su época originaron las revoluciones burguesas liberales, por segmentos de mercado, que hoy ya no tiene vigencia.

Eran comunes las declaraciones en los países donde culminaba el conflicto de finales del siglo XVIII y principios del XIX, con la victoria de la burguesía comerciante y que consistían en proclamar de la libertad individual frente al poder del monarca una vez sustituido en unos casos en otros integrados al Estado constitucional. Esas declaraciones animaron a los ideólogos del proceso en su propósito de escisión del poder, a mejorar los argumentos que minaran el poder que aún conservaba el Rey.

En ese orden de ideas, conectaron muy inteligentemente el derecho de libertad con el concepto de igualdad, que por razones político económicas no fue de inmediato elevado de rango con calidad de derecho. Ese proceso fue largo, pero se preconizó una igualdad entre pares, es decir, los miembros de la burguesía comerciante y la elite Estatal, enterando a la población general que se luchaba por el ideario de la libertad y la igualdad.

Hasta que las necesidades de la permanencia en el poder de la burguesía le impeló la dinámica legal donde en teoría se creó una nivelación en la población, se consideró establecer desde la ley la obligación-derecho en lo tributario y como parte del proceso de legitimación y validez del Poder Público Legislativo el sufragio universal.

Entonces la estrategia central era impactar la recaudación hacia sumas mínimas, situación que afectó los ingresos que el Monarca, que requería de un gran aparato parasito de poder para sostenerse. Las revoluciones liberales burguesas inglesa, francesa y norteamericana dejaron el sello indeleble consistente en que los ciudadanos reclamaron del poder ejecutivo el no establecer impuestos sin la aprobación de los representantes elegidos por la sociedad, como miembros del poder legislativo.

Fue entonces cuando se consolidó el principio de la representación democrática para la formación y exigencia a la sociedad de los tributos, es decir que no cabe imposición sin representación. Dada esa circunstancia ideólogos, políticos y sociedad acordaron la elaboración de los Presupuestos Públicos por los parlamentos, situación que aquejó aún más los ingresos del monarca.

Con la evolución presentada por la problemática y fenomenología sociopolítica se determinó desde el poder legislativo la forma de inversión y gasto público. La pugna no cesó entre ejecutivo y legislativo, ya que el primero es quien ostenta el monopolio para la presentación del Proyecto de Ley de presupuesto, no es menos cierto que al segundo, corresponda su trámite y aprobación definitiva, de tal forma que fueron diseñados límites al primero en cuanto a inversión social y gasto público.

Paralelo a todas esas circunstancias de conceptos y derechos se enfiló toda la literatura política y filosófica para la consagración y permanente fortalecimiento del derecho de propiedad, que surgió con gran despliegue en el período liberal.

Entre derechos se generaron conexidades y fue así como la propiedad fue conexo a la libertad, libertad para ejercer el derecho de propiedad solo para las élites en el poder, como garantía perpetua se creó una talanquera a los poderes públicos para impedir que perturbarán, amenazarán o vulnerarán el naciente derecho. Excepto las situaciones especiales en las cuales el tratamiento se daba acorde con las formas y casos establecidos por el ordenamiento jurídico.

Concretadas esas nociones y derechos se erigió la igualdad formal que predominó en esa época, que era en cierta medida, y que fue vinculado en conexidad con la libertad, desde donde formalmente se propendía por la superación de los privilegios que permitían a las clases favorecidas del antiguo régimen, imponer cargas personales y reales sobre el resto de las personas.

Entonces se buscó su perpetuación a través de la creación de la teoría de la representación, que derivó en la formación de la democracia representativa. Desde ahí con todos los argumentos de carácter político y conveniencia, se argumentó una serie de situaciones constitucionales de carácter tributario, policivo, administrativo, salubridad, industria, comercio, entre otras.

De donde se tuvo el establecimiento de la exigencia que poderes públicos y órganos de control, concurrieran a rendir en forma obligatoria, ora públicamente o en forma secreta cuentas de su gestión.

El perfeccionamiento del proceso de la toma del poder desde la burguesía comercial e industrial requería un propósito de legitimidad más coherente, convincente y coercitivo. Se mejoró el principio de legalidad buscando su definitiva consolidación cuando el legislativo, en ejercicio del principio de la representación democrática para materias tributarias.

Llevando ese poder público la calidad de representante de la sociedad, demandó su derecho a controlar la ejecución del Presupuesto Público. Buscando con ese fin, verificar el cumplimiento de los límites y objetivos establecidos previamente al ejecutivo por el legislativo.

En relación con este último aspecto surge, sin embargo, un problema y es que el establecimiento del Estado de derecho ha supuesto desde las regulaciones normativas, técnicas y contables un aumento de la intromisión de los poderes públicos en la sociedad. En esas circunstancias solo el Poder ejecutivo cuenta con los medios idóneos para realizar el seguimiento a la ejecución presupuestal.

En esa época de construcción del principio de la separación de poderes se buscaba por todos los modos constitucionales evitar mayor concentración de poder en el ejecutivo, quien con esta circunstancia obraba en calidad de juez y parte. Razón fundamental para que el poder legislativo que por razones de su diseño, estructura y misión fueron pensadas para garantizar el control, pluralismo político y la participación de todos los sectores representados en la Asamblea.

Una vez determinada la situación de la concentración de poder en el ejecutivo, se buscó establecer órganos especializados para llevar a cabo el control del gasto público. No fue un



ejercicio pacífico, se requirió del diseño de los medios y técnicas que se fueron precisando, en algunos casos bajo la forma de tribunal en otras como gerencia colectiva.

Posteriormente en los albores de la modernidad, se pudo construir toda una doctrina sobre el tema lo que permitió mejorar la misión de control externo o fiscalización a órganos dotados de especialización técnica y administrativa, para ejercer la función contralora de la gestión fiscal del Estado.

Al atribuir esa facultad a las Contralorías o Tribunales de Cuentas, se estableció la subordinación de estos al Poder Público Legislativo, con fundamento en la teoría de la representación de la sociedad por este.

La doctrina contemporánea debe hacer mayor y mejor énfasis en la relación existente entre constitución y control. Pero acá nos referimos a ese elemento inseparable de la legitimidad del poder político en el hoy existente Estado democrático; y es el que llevan los órganos de fiscalización, de la gestión del Estado en inversión y gastos desde el presupuesto público.

La función principal que les corresponde a los organismos de control externo en la atribución fiscalizadora, consiste en garantizar el respeto al principio de supremacía de la ley, verificando que el acto sometido a análisis se haya realizado conforme a lo establecido en las Leyes Generales de Contratación Pública estatal, Plan de Desarrollo y Presupuesto. Así como la aplicación en igual forma de la totalidad de las normas que integran el sistema jurídico.

Entonces lo que existe fundamentalmente es la aplicación permanente del control de legalidad, baluarte de la revolución burguesa y conexas a la idea de Estado Democrático de Derecho. Por esta razón, la fiscalización de la inversión social y el gasto público se integra con la del principio de la soberanía popular, producto de la comprobación descrita en la que el ejecutivo se someta al imperio de la ley, norma a través de la cual se expresa la voluntad del pueblo en los Estados democráticos.

La función contralora es un sistema de pesos y contrapesos en el Estado constitucional democrático, en su ejercicio genera un valor agregado al otro sistema de pesos y contrapesos desde los principios de la separación de poderes y el pluralismo político, ello es así por cuanto los informes rendidos al poder legislativo, contrapesan al ejecutivo.

En Colombia, con un régimen presidencialista, esta función posibilita su desdibujamiento desde la concepción constitucional. Ello es demostrado porque las mayorías del Poder Público Legislativo, coinciden con el partido mayoritario, partido al que pertenece el Ejecutivo, facilitando en suma la legitimidad del Ejecutivo que se fundamenta en el Legislativo.

Convirtiéndose este en el jefe del legislativo y por ende el control externo fiscal ya está subordinado a dos poderes públicos. Por eso en nuestra forma de gobierno, el control político culmina con la aprobación congresional a los actos de gobierno del ejecutivo.

Por ello es plausible que la sociedad colombiana, realice una reflexión importantísima por demás acerca de la conveniencia, oportunidad y funcionalidad de un modelo fallido, perverso, decimonónico e inconveniente.

Que convierte a los servidores públicos del control fiscal, ora en víctimas, ora en notarios de la corrupción, el despilfarro de los recursos de los contribuyentes y el desgüeño administrativo. Desafortunada cotidianidad del accionar del Estado y la administración pública en Colombia.

Por ello es determinante el inicio de un proceso tendiente al análisis del accionar y los resultados de la Atribución-Facultad-Función-Constitucional-Administrativa-Orgánica del control fiscal, que sea acorde con la extrema situación de corrupción en el país.

Se hace necesario, oportuno y conveniente, privilegiar sin condicionamientos la apropiación de iniciación de un proceso de análisis de los elementos relacionados con la función de control fiscal. En el mismo sentido, la forma como los poderes públicos del Estado colombiano limitan y obstaculiza tal función.

En ese orden de ideas es ineludible interpretar, desglosar y establecer, desde el actuar de los poderes públicos del Estado colombiano, la orientación del debate hacia construcción de una nueva conceptualización constitucional. Estableciendo un sistema que garantice la vigilancia de la gestión fiscal de lo público, con autonomía e independencia.

Entonces se requiere someter a un análisis crítico propositivo el sistema de control fiscal en Colombia; en especial los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 113 y 267, relacionadas con el control fiscal; así como su incidencia con el Estado Democrático de Derecho.

Por lo expuesto, es preciso analizar, interpretar y establecer la construcción de una nueva conceptualización constitucional; que escinda la postulación, composición y designación del regente del control fiscal. Para que con ello se disponga de un sistema de control articulado con la sociedad y el mecanismo financiero del presupuesto público; como una forma de presentar un Estado incluyente.

Romper de tajo la teoría política caduca de la representatividad de la existencia del control fiscal sobre el Poder Público Legislativo de Colombia, cada vez más deslegitimado. Su debilidad por la actividad clientelar canalizada y materializada a través del control político, no ha procurado que las afectaciones económicas se traduzcan en medidas sancionatorias/resarcitorias hacia el patrimonio público.

El gran paso a destacar en la carta de 1991, ha sido elevar a rango constitucional la función de control fiscal. Aun así, es justo predicar y afirmar que el ejercicio de control por parte de las Contralorías, no ha sido efectivo y lastimosamente ha mostrado resultados minúsculos. En eso se aprecia la ausencia, de una articulación coherente, con cada una de las instancias,

se sigue aplicando un sistema de control sobre la gestión fiscal de los gestores/administradores; de los recursos públicos que tiene considerables fallas estructurales desde lo constitucional.

Tales como la construcción de un discurso donde esencialmente no existe la autonomía e independencia, ora la ausencia de límites claros entre los poderes públicos y el control fiscal. Entre otros, que no alcanzan los resultados que necesita el país en su lucha contra la corrupción.

Si el establecimiento y modificación, en el Estado constitucional democrático es parte del proceso de legitimación de su accionar desde la soberanía y el pluralismo político y si ese sistema de normas obligatorias proferidas por hombres en su condición de seres sociales, para regular relaciones Socio-Jurídicas, podríamos afirmar que es imposible constituir una calidad y esencia inamovible. Por ello se manifiesta el desacuerdo con la inamovilidad y modificación de las normas constitucionales en Colombia, referidas al control fiscal.

Por otro lado, en el sistema parlamentario español, una vez rendido el informe resultado de la evaluación de cuentas del Estado se verifica a través de preguntas, interpelaciones y de los debates que caracterizan todos los procedimientos parlamentarios. La fiscalización de la minoría en el legislativo embate contra el Ejecutivo cuando son debatidos los informes elaborados por los órganos externos de control sobre la cuenta general del Estado.

Es entonces cuando los miembros de la oposición pueden cuestionar y exigir mejores resultados de gestión al ejecutivo, una vez iniciado el debate, para lograr captar la atención de los electores, al hacer una exposición de su propio ideario político.

En uno u otro régimen político sale mal librado el control fiscal externo, porque su preferencia partidista aflora, mostrando el carácter político/partidista/clientelar de los informes de control. Dando como resultado y llevando al traste el ejercicio de una facultad técnica especializada, autónoma e independiente.

La conexidad funcional establecida entre la atribución/facultad político partidista que corresponde al legislativo como poder público representativo y la técnica especializada, que es propia de los entes de control externo fiscal, establece un riesgo. Que reside en que la actividad derivada del debate y pluralismo político del primero, desborde su propio ámbito y empañe la actividad del segundo.

De tal forma en el ideario de las personas está presente y por su evidencia es innecesario extenderse en explicaciones de estos riesgos. De tal forma que el contenido de los informes que profieren los entes de control fiscal son los insumos para el control blando, nombre con que también se identifica al control político que el legislativo ejerce sobre el ejecutivo.

En el sistema parlamentario puntualmente en España este debate, muestra la forma como el legislativo ha llevado a cabo su intromisión ante el Tribunal de Cuentas, generando pautas para su tarea de fiscalización, lo que significa un efecto dañino para la función de control externo; que como se ha indicado, las Cortes Generales carecen de la especialización y técnica para producir tal informe, menos razones tendrá para cuestionarlo.

Los cuestionamientos giran en torno a su aprobación o rechazo. A juicio del autor es una pésima técnica de redacción constitucional del artículo 136 de la carta política española, por cuanto el ejercicio de control externo es una delegación de las Cortes Generales para fiscalizar el sector público.

Las normas que regulan estos extremos en el modelo estatal no parecen ser las más adecuadas, ya que no articulan debidamente la función de control político que corresponde al Parlamento, sino que lo refunden con el control técnico especializado de los entes de control externo.

Concibiendo una actividad, que antes de dar soluciones, propicia confusión entre la opinión de las bancadas políticas acerca de la forma en que el Tribunal de Cuentas ha ejercitado sus

funciones. Y que al final lo que interesa al Poder Público Legislativo es la forma como ha llevado la gestión por el Ejecutivo.

En cuanto al carácter estrictamente técnico de los informes de los órganos de fiscalización que reside en la naturaleza del control de eficiencia y economía con lo que se evalúa el éxito en la consecución de los objetivos y la adecuación de los medios disponibles para alcanzarlos por la administración del ejecutivo y presentan un problema consistente en que esas operaciones se aproximan extraordinariamente a la función de dirección política.

Entonces esa interacción que por disposición constitucional deban cumplir los entes contralores para beneficio de las cortes generales puede provocar que las distintas fuerzas presentes en el Parlamento atribuyan a los informes de control externo un propósito político que, en realidad, no contienen.

Es claro que las cortes generales manipulan la información contenida allí, el riesgo es que, llevada hasta los extremos, podría cuestionar la objetividad e imparcialidad de los órganos de control y deslegitimar sus bases. Entonces en cualquier modelo de Estado, forma de gobierno, la fórmula de solución no consiste en escindir el carácter y naturaleza de uno u otro; porque, en definitiva, estamos en presencia de un tipo de actividad fiscalizadora muy distinta a la que caracteriza al Poder Público Legislativo.

El control de los órganos de fiscalización es una actividad eminentemente técnica y especializada, donde no existe espacio para el juicio subjetivo ni para la valoración discrecional. De tal forma que el control jurídico derivado del control de legalidad que ejercen sobre los actos de la administración fiscalizada los entes contralores, se distingue fundamentalmente por su carácter objetivado.

Siendo la preexistencia legal una garantía para contralor y controlado, sobre la cual se efectúa la valoración de la gestión materializada en acciones y metas, se realiza conforme a razones de naturaleza jurídica, sujetas, por tanto, a reglas fijas de verificación.

La forma de constituir las garantías para su autonomía e independencia radica entre otras en el carácter aséptico de sus informes. En cuanto a la autonomía de una institución, en el pueblo si incide la manera en que se designe a sus miembros, acá esta de presente la componenda y el arreglo previo para el reparto de cargos entre los distintos movimientos o partidos políticos, lo que resulta incompatible con el carácter técnico y no representativo que debe caracterizar a las instituciones de control.

En Colombia se puede afirmar que sobre este punto los poderes públicos no han respetado el espíritu y la lealtad constitucional. Ello se demuestra en la elección del regente del control fiscal cuando finalmente es escogido por el Poder Público Legislativo. Por lo tanto, considero útil enunciar que la autonomía e independencia, viene dada del resultado contenido en el ordenamiento que reconozca a sus miembros esas cualidades.

También, de la claridad y precisión establecidas en las normas que regulan la estructura y el funcionamiento de la entidad de control. Dejando la elección y designación fuera de la órbita de los poderes públicos.

Para asegurar la independencia de los órganos de control externo, se debe garantizar la libertad de accionar sus miembros y el respaldo de todas a las autoridades de la República, situación que en Colombia no es cierta.

Al respecto cuentan también dos aspectos cruciales, la autonomía reglamentaria, que no debe ser diferida al Poder Público Legislativo o Ejecutivo, flexibilizar el tema de la reglamentación de la regulación de su estructura y funcionamiento reconoce la importancia estratégica de los entes fiscalizadores, en un Estado constitucional democrático con carácter incluyente.

Así quienes definen su autonomía presupuestal, son sus sujetos de control los poderes públicos, lo que deja en ciernes la existencia del control fiscal como acaeció con la

expedición de la Ley 617 de 2000. Resultaría ser un desacierto, y una grave omisión generadora de riesgo para la independencia de los órganos de control, que se encontrasen subordinados a previsiones de gasto impuestas por el órgano sometido a vigilancia.

El propio fundamento del Estado constitucional contiene las necesarias garantías para evitar esos peligros y rectificaciones suficientes para superarlos. Garantizando así, la indemnidad institucional de los órganos de control. Lo que en verdad se requiere es el funcionamiento adecuado de estas correcciones y garantías, de esto depende el éxito del control y, en definitiva, el adecuado funcionamiento de unas instituciones que son básicas para el Estado de Derecho.

Ahora bien, hoy el derecho constitucional ha cambiado la democracia representativa, esta ha sido sustituida por la democracia participativa, en los ordenamientos constitucionales modernos se exhorta a todos a participar en las decisiones que los afectan, en la vida económica, política, administrativa, asegurando la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Eso no solo sucede en Colombia, la mayoría de las constituciones políticas comenzando por nuestra regla de prestigio más próxima la Constitución de 1978 de España, por una razón fundamental es el sustrato del Estado Constitucional democrático colombiano.

De tal forma que seguir atando la funcionalidad de los órganos de control fiscal a los poderes públicos resulta ser un orden decimonónico caduco que debe ser superado. En Colombia los más cuestionados son los poderes públicos, en especial el legislativo. Están dadas las condiciones para otorgarle mayoría de edad al control fiscal.

Por las razones que se acaban de exponer y desde el punto de vista del Derecho constitucional, la posición y accionar institucional de los entes de control externo debe focalizarse hacia la teoría del control, si esto se cumple redundará en la legitimidad y eficiente funcionamiento del Estado constitucional democrático.



## 7 BIBLIOGRAFÍA

1. ALVA, Carlos. Estudio comparado entre el derecho azteca y el derecho positivo. México: Instituto Indigenista Interamericano, 1949.
2. ALVARADO A, Gladys. El Presupuesto como elemento de control en los entes descentralizados Estadales. [En línea] 2006. [Citado el: 15 de marzo de 2017.] Disponible en: [http://bibadm.ucla.edu.ve/edocs\\_baducla/tesis/P798.pdf](http://bibadm.ucla.edu.ve/edocs_baducla/tesis/P798.pdf).
3. ÁLVAREZ, Ramón. Consejero del Tribunal de Cuentas. Ponencia presentada en la Mesa Redonda sobre: el Tribunal de Cuentas y los órganos de control externo y la fiscalización del Tribunal de Cuentas. Revista Española de Control Externo. Tribunal de Cuentas, 2002, Vol. 4, 12, págs. 107-114.
4. ARAGÓN R, Manuel. Constitución y control del poder. Bogotá: Universidad Externado, 1999.
5. ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN. Ponencias de los Asambleístas Constituyentes Álvaro Cala H., Mariano Ospina H., Cita N° 13 Jesús Pérez G., German Rojas, Helena Herrán M. y Carlos Rodado N. Gacetas Constitucionales N° 4. Bogotá: N° 53 de abril 18, N° 77 de mayo 20 y N° 120 de agosto 21, 1991.
6. ARROYO G, Antonio. El orden federal alemán en los albores del siglo XXI Un estudio jurídico-constitucional del federalismo alemán desde una perspectiva competencial e institucional. [En línea] febrero de 2012. [Citado el: 15 de marzo de 2017.] [https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/9203/48343\\_arroyo\\_gil\\_antonio.pdf?sequence=1](https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/9203/48343_arroyo_gil_antonio.pdf?sequence=1).
7. ASAMBLEA NACIONAL FRANCESA. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. 1789. FMM Educación. [En línea] s.f. [Citado el: 27 de abril de 2017.] Disponible en: <http://www.fmmeducacion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm>.
8. AZNARÁN M, Judith Paola y SÁNCHEZ C, Leila Esther. Complementación del control fiscal para mejorar la recaudación del impuesto a la renta de primera categoría por arrendamientos, en el departamento de la libertad. [En línea] 2011. [Citado el: 15 de marzo de 2017.] Disponible en: <http://repositorio.upn.edu.pe/handle/11537/102>.

9. BALKIN, Jack. Carrera legal de la deconstrucción. Cardozo Revisión de la ley. 2005, Vol. 27, 2.
10. BALKIN, Jack. Oposición Anidada. [En línea] Faculty Scholarship, 1990. [Citado el: 15 de marzo de 2017.] Disponible en: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/281/](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/281/).
11. BALKIN, Jack. Práctica y teoría legal deconstructiva. Yale: Yale Law School, 1987.
12. BENDA, Ernesto. El Estado social de Derecho, Manual de Derecho Constitucional. Madrid: Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001.
13. BIGLINO C, Paloma. Parlamento y Control de Cuentas. Revista Española de Control Externo. 2001, Vol. 2, 7.
14. BOBIO, Norberto. Liberalismo e Democrazia, el encuentro entre el liberalismo y la democracia. México: Fondo de Cultura económica, 1989.
15. BOTERO, Sandra. La reforma constitucional de 1936: el estado y las políticas sociales en Colombia. Universidad Nacional de Colombia. 2006, 33.
16. BOUZA, Fernando. Monarquía y consejos, Época: Austrias Mayores Inicio: Año 1516. Fin: Año 1598 Antecedente: El gobierno de la Monarquía en la Corte. ArteHistoria. [En línea] s.f. Disponible en: <http://www.artehistoria.com/v2/contextos/6582.htm>.
17. CANOSA U, Raúl. Interpretación constitucional y voluntad democrática. Interpretación constitucional. México: Porrúa-Universidad Autónoma de México, 2005.
18. CARRUYO M, Homero. Influencia del Sistema Nacional de Control Fiscal sobre las Potestades de las Contralorías Estadales y Municipales. Tesis de Especialización. Maracaibo: Universidad de Zulia, 2005.
19. CASTELLÁ, Josep María. Sistema parlamentario y régimen electoral en España: similitudes y diferencias entre la forma de gobierno en el Estado y las Comunidades Autónomas. Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. 2012, 27.
20. CHARRY, Juan Manuel. Sistema normativo de la constitución de 1991. Bogotá D.C.: Temis, 1997.

21. CEPEDA, Manuel José. Presidencia de la Republica: introducción a la Constitución de 1991, Hacia un nuevo constitucionalismo. Bogotá: Imprenta Nacional, 1993.
22. CHILE. CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA. (17, septiembre, 2005). Constitución Política de la República de Chile. Santiago, 1980.
23. CHILE. MINISTERIO DE HACIENDA. Decreto Ley Orgánico de Administración Financiera Del Estado 1263. Santiago de Chile, (21, noviembre, 1975)
24. COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. (4, julio, 1991). Constitución Política de Colombia, Bogotá D.C., 1991.
25. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto Legislativo 02. (1, julio, 2015). Por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones. Bogotá: El Congreso.
26. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Informe de Ponencia para primer debate en plenaria, Gaceta Constitucional No. 77 del 20 de mayo de 1991.
27. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 1050. (5, julio, 1968). Por el cual se dictan normas generales para la reorganización y el funcionamiento de la administración nacional. Bogotá: El Congreso.
28. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 267. (22, febrero, 2000). Por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones. Bogotá: El Congreso.
29. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 20. (28, abril, 1975). Por la cual se modifican y adicionan las normas orgánicas de la Contraloría General de la República, se fijan sistemas y directrices para el ejercicio del control fiscal y se dictan otras disposiciones. Bogotá: El Congreso.
30. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 42. (26, enero, 1993). Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen. Bogotá: El Congreso.
31. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 550. (30, diciembre, 1999). Por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se dictan

disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta ley. Bogotá: El Congreso.

32. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 617. (6, octubre, 2000). Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional. Bogotá D.C.: El Congreso.
33. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 796. (27, enero, 2003). Por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional. Bogotá: El Congreso.
34. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 92. (31, mayo, 1873). Por la cual se cede al Estado de Cundinamarca temporalmente, el uso de una parte del convento del Carmen. Santafé de Bogotá: El Congreso.
35. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-015 [M.P. Mauricio González Cuervo] (23, enero, 2014). Bogotá: Expediente: D-9737.
36. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-103 [M.S. María V Calle C.] (11, marzo, 2015) Bogotá: Expediente D-10404.
37. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-113 [M.O. José Gregorio Hernández Galindo] (24, febrero, 1999). Bogotá: Expediente: D-2151.
38. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-284 [M.P. Mauricio González Cuervo] (13, mayo, 2015). Bogotá: Expediente: D-10455.
39. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-364 [M.P. Eduardo Montealegre Lynett] (2, abril, 2001). Bogotá: Expediente: D-3182.
40. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-374 [M.P. Antonio Barrera Carbonell] (24, agosto, 1995). Bogotá: Expediente: D-761.
41. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-461 [M.P. Nilson Pinilla Pinilla] (17, julio, 2013). Bogotá: Expediente: D-9446.
42. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-579 [M.P. Eduardo Montealegre Lynett] (28, agosto, 2013). Bogotá: Expediente: D - 9499.

43. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-716 [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra] (3, septiembre, 2002). Bogotá: Expediente: D-3981.
44. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-822 [M.P. Mauricio González Cuervo] (2, noviembre, 2011). Bogotá: Expediente: D-8495.
45. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-925 [M.P. Jaime Córdoba Triviño] (8, noviembre, 2006). Bogotá: Expediente: D-6289.
46. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 1100 [M.P. German Alberto Bula Escobar] (15, octubre, 2013). Bogotá: Expediente: 11001 03 06 000 2007 00045 00.
47. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE, Contraloría General de la República de Chile. [En línea] s.f. [Citado el: 15 de marzo de 2017.] Disponible en: <http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/portalCGR/CGRTransparente/facultades1.html>.
48. CUADRADO G, Nuria. Diferencias entre los Sistemas Romano-Germánicos (Civil Law) y de Common Law y su Repercusión en la Inteligencia Artificial. Revista Electrónica de Metodología e Historia del Derecho Número II. 2005.
49. DALLA V, Alberto Ricardo. Consideraciones sobre la Teoría General del Estado. [En línea] Revista Mexicana de Derecho Constitucional, s.f. [Citado el: 15 de marzo de 2017.] <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5765/7587>.
50. DE PERETTI, Cristina, Jacques DERRIDA. Texto y Deconstrucción, Barcelona: Anthropos, 1989. p. 21
51. DE VEGA G., Pedro. El transito del positivismo jurídico al positivismo. Teoría y Realidad Constitucional. 1998, Vol. 1, 1.
52. DE ZUBIRÍA S., Andrés. Estado y Globalización-Rastros Políticos y Claros oscuros de la Constitución Política de 1991. Tesis. Bogotá: Universidad Libre, 2012.
53. DERRIDA, Jacques. De la Gramatología. Baltimore. Johns Hopkins Univ. Press, 1976. En: DE PERETTI, Cristina. Texto y Deconstrucción. Barcelona: Anthropos, 1989.

54. DERRIDA, Jacques. Estructura, signo y juego en el discurso de las ciencias humanas. En: Escritura y Diferencia. Barcelona: Anthropos, 1989.
55. DERRIDA, Jacques. Posiciones. Valencia: Pre-textos, 1977.
56. DUGUIT, León. Tratado de Derecho Constitucional, Paris, Libreros Anticuarios FonteMoing (1927), Citado por Alberto Montaña Plata. En: El concepto de servicio público en el derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
57. ELÍAS M., Cristina. El sistema constitucional de Alemania. Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad Nacional de Educación a Distancia-UNED. [En línea] s.f. [Citado el: 15 de abril de 2017.] Disponible en: [http://www.ugr.es/~redce/REDCE15/articulos/02CEliasMendez\\_OBleisteiner.htm#inco](http://www.ugr.es/~redce/REDCE15/articulos/02CEliasMendez_OBleisteiner.htm#inco)
58. ENCICLOPEDIA FINANCIERA. Historia de la Auditoría. [En línea] s.f. [Citado el: 27 de abril de 2017.] Disponible en: <http://www.encyclopediainanciera.com/auditoria/historia-de-la-auditoria.htm>.
59. ESPAÑA. CORTES GENERALES, CONGRESO DE LOS DIPUTADOS Y SENADO. (29, diciembre, 1978). Constitución Política Española. Madrid, 1978.
60. FALCÓN R., Ramiro. El Control Fiscal de la Renta Mundial Seniat-Región Centro Occidental Barquisimeto. Tesis de Especialización. Barquisimeto: Universidad Católica del Táchira Universidad, 2002.
61. FERNÁNDEZ S., José. El filósofo y la política. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
62. FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. 3 ed. Madrid: Trotta, 2007.
63. FERRER, Eduardo. Aproximación al derecho procesal constitucional, panorámica del derecho procesal constitucional y convencional. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2013.
64. FIX-ZAMUDIO, Héctor. Interpretación constitucional, lineamientos esenciales de la Interpretación Constitucional. México: Porrúa-Universidad Autónoma de México, 2005.
65. FORTICH N., Mónica Patricia. Togados y Letrados, Libros, Lecturas y bibliotecas en la Formación de los Abogados Neogranadinos 1739-1777. Bogotá: Universidad Libre, 2011.

66. GARAY, Luís Jorge. Construcción de una nueva sociedad. Bogotá: Tercer mundo editores, 1999.
67. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Fundamentos constitucionales del Estado. Revista Española de Derecho Constitucional. enero-abril, 1998, Vol. 18, 52.
68. GIMÉNEZ SÁNCHEZ, Isabel. Calidad estatal, soberanía, autonomía constitucional y competencia en la república federal de Alemania: Las constituciones de los 'Länder'. REAF. 2012, 16, pp. 30-73.
69. GÓMEZ G, Diana Isabel y otro. Revisión del concepto sobre el control fiscal participativo en la Contraloría General de la República. Tesis de Pregrado. Bogotá: Universidad de la Salle, 2009.
70. GÓMEZ L., Iván Darío. Control Fiscal y Seguridad Jurídica Gubernamental. Bogotá: Universidad Externado, 2006.
71. GUASTINI, Ricardo. Derecho, interpretación y estado. Bogotá: Universidad libre, 2014.
72. GUASTINI, Ricardo. Tres problemas para Luigi Ferrajoli, los fundamentos de los derechos fundamentales. 3 ed. Madrid: Trota, 2007.
73. GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico. Dialnet. 2003.
74. HERNÁNDEZ V., Maribel. La república y el sistema constitucional en México, Convergencia. México: D.R. CONVERGENCIA, 2006.
75. HESSE, Konrad. Constitución y Derecho Constitucional, Mutación y Reforma Constitucional, Manual de Derecho Constitucional. Madrid: Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, 2011.
76. IBÁÑEZ, Jorge. El Banco de la República y su regulación Actual: Naturaleza. [aut. libro] Adolfo MEISEL y Jorge IBÁÑEZ. El Banco de la República: Antecedentes, Evolución y Estructura. Bogotá D.C: Banco de la República, 1954.
77. KELSEN, Hans. Cimientos de la democracia. En: escritos sobre la democracia y el socialismo. Madrid: Debate, 1988.
78. KELSEN, Hans. Teoría Pura del derecho. Porrúa, México: s.n., 1979.
79. LANDÍVAR M., Eric Cícero. El límite al poder político como función primordial de la constitución. Scielo. [En línea] [Citado el: 27 de diciembre de 2014]

Disponible en: [http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2070-81572011000100003](http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572011000100003).

80. LANZ C., José Trinidad. La Contraloría y El control interno en México, antecedentes históricos y legislativos. México: Secretaria de la Contraloría General de la federación-fondo de cultura económica, 1993.
81. LASSALLE, Ferdinand. ¿Qué es una constitución? Barcelona: Ariel, 1986.
82. LOCKE, John. Segundo Tratado del Gobierno Civil 1690. Madrid: Editorial Tecnos, 2010.
83. LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución. Barcelona: Ariel, 1986.
84. LÓPEZ L., Alfredo. El método interpretativo de von savigny en el análisis de la legislación educativa: un estudio de casos sobre el currículo de primaria. Revista en educación y Derecho. 2014, Vol. 9.
85. MACEDO S., Miguel. Prólogo a El derecho de los aztecas de j. Kohler. Traducción del alemán por Carlos Rovalo y Fernández. Edición de la Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho, México, 1924, p. 1516, citado por LANZ CÁRDENAS, José Trinidad. La Contraloría y El control. México: Secretaria de la Contraloría General de la federación-fondo de cultura económica, 1993.
86. MALAGÓN PINZÓN, Alejandro. Mecanismo de protección de derechos. De la República Romana a la Acción Pública del Siglo XIX en Colombia. Opinión Jurídica indexada. 2009, Vol. 8, 16.
87. MARTÍN M., Paulino. Reflexiones sobre el Tribunal de Cuentas en el vigésimo quinto aniversario de la Constitución española de 1978. Revista española de control externo. 2003, Vol. V, 15.
88. MARTÍNEZ DE VEGA, María Elisa. Los mercaderes novohispanos: control virreinal y fraude fiscal en el primer tercio del siglo XVII. Revista complutense de historia de América. 1994, 20.
89. MAYORGA G., Fernando. El Patrimonio Documental de Bogotá Siglos XVI y XIX-Archivos e Instituciones. Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. - Colegio Mayor de Cundinamarca, 2011.
90. MÉXICO. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. (31, enero, 1917). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México, 1917.
91. MIRA, Juan y MEZA, Ciro, VEGA, Daniel. El Control Fiscal en Colombia. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2001.



92. MONTAÑA P., Alberto. El concepto de servicio público en el derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado, 2005.
93. MONTESQUIEU. El espíritu de las leyes. Libro XI. Paris: Gallimard, 1970.
94. MORELLI, Mariano G. Derecho, historia, lengua y cultura en el pensamiento de Savigny. Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social. 2005, 28.
95. MORENO L., Eliana. Metodología para medir la Evaluación y Control de la Gestión Pública de los Entes Descentralizados del Municipio Cárdenas del Estado Táchira. Tesis de Posgrado. Barquisimeto: Universidad Yacambú, 2012.
96. NARANJO G, Rodrigo. Eficacia del Control Fiscal en Colombia: Derecho Comparado, Historia, Macroorganizaciones e instituciones. Bogotá D.C: Universidad del Rosario, 2007.
97. NIGRINIS DE LA HOZ, Jorge Luís, et al. Autonomía e Independencia del Control Fiscal en la Constitución Política de 1991. Monografía Magíster. Bogotá D.C: Universidad Libre, 2011.
98. ORGANIZACIÓN TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. Convenciones Anticorrupción en Latinoamérica. [En línea] 2016. Disponible en: [http://www.transparency.org/content//Users//Downloads/Guia\\_Convenciones\\_corrupcion\\_Americas.pdf](http://www.transparency.org/content//Users//Downloads/Guia_Convenciones_corrupcion_Americas.pdf).
99. PATEMAN, Carole. Participation and Democratic Theory Cambridge University. London 1970
100. PEGORARO, Lucio y Otro. Introducción al derecho público comparado. Editorial Palestra, Lima, 2006.
101. PÉREZ R, Francisco Javier. Introducción a la teoría del Estado. Barcelona: Blume, 1980.
102. RAWLS, John. Teoría de la justicia. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.
103. REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA. Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Berlín: Bundestag Alemán, 1949.
104. RIBEIRO, Pedro Floriano. El modelo de partido cartel y el sistema de partidos de Brasil. Revista Ciencia Política. 2013, Vol. 33, 3.

105. ROBLES M, Gregorio. Teoría del Derecho, Fundamentos de la Teoría Comunicacional del Derecho. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters, 2009.
106. ROITHMAYR, Daria. Deconstruyendo la distinción entre Sesgo y Mérito. California: opinión de ley, 1997. Vol. 8.
107. SACCO, Rodolfo. Citado por PEGORARO. Formantes legales: una Aproximación Dinámica a la Comparación. Anuario Americano de Comparación, Berkeley California. 1991.
108. SALMORAL, Manuel Lucena. El descubrimiento y la fundación de los reinos ultramarinos. Madrid: Rialp, 1982.
109. SCHNEIDER, Cecilia. La participación ciudadana en los gobiernos locales: contexto político y cultura política. un análisis comparado de Buenos Aires y Barcelona, Doctorado en Teoría Política y Social Departamento de Ciencias Políticas y Sociales Universidad Pompeu Fabra, Departamento de Ciencias Políticas y Sociales- UPF. Barcelona, España. 2007.
110. TARUFFO, Michelle. El proceso civil de "Ley Civil": Aspectos fundamentales. Revista Ius et Praxis. 2006, Vol. 12, 1.
111. TESCHNER, Rainer. "El Control externo del sector público en los estados federados de Alemania. Revista española de control externo. enero, 2001, Vol. III, 7.
112. THE NATIONAL AUDIT OFFICE [NAO]. The National Audit Office. [En línea] s.f. [Citado el: 15 de marzo de 2017.] <https://www.nao.org.uk/about-us/>.
113. TRUJILLO M, Augusto. Democracia y territorio, Academia Colombiana de Jurisprudencia. Bogotá D.C: Siglo del Hombre Editores, 2008.
114. TORRES V, Henry. Violación de los derechos humanos y libertad de expresión en la persecución del terrorismo. Revista verba juris. 2010, Vol. 15, 23.
115. VALLES V, Francesc. Control externo del gasto público y Estado constitucional. Tesis de Doctorado. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona. Departamento de Ciencia Política y Derecho Público, 2001.
116. VILA CASADO, Iván. Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo. 2. Bogotá: Legis, 2012.
117. VOGEL, Juan J. El régimen federal de la ley fundamental. Manual de derecho alemán. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001.

118. WILLS, María Emma. La convención de 1821 en la Villa del Rosario de Cúcuta: Imaginando un soberano para un nuevo país. Historia crítica. Universidad de los Andes, Facultad de ciencias Sociales-Departamento de Historia, 1998, 17.
119. YOUNES M, Diego. Derecho del Control Fiscal. Bogotá: Academia Colombiana de la Abogacía y otros, 2006.