

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

**Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y Procesal
Área de Derecho Administrativo**



**EL CONTROL MULTINIVEL DEL GASTO PÚBLICO EN COLOMBIA:
PROPUESTAS DE REFORMA INSTITUCIONAL PARA LA
GOBERNANZA**

TESIS DOCTORAL PRESENTADA POR

Luis Alberto Sandoval Navas

*Bajo la dirección de
Prof. Dr. D. Ricardo Rivero Ortega
Prof. Dr. D. Antonio Arias Rodríguez*

Salamanca, 2016



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

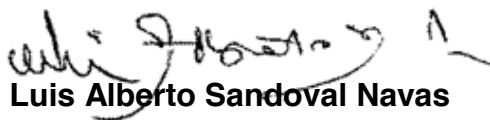
Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y Procesal

Área de Derecho Administrativo

Programa de doctorado Tutela y garantías de los ciudadanos y control de las administraciones públicas

Memoria de tesis doctoral presentada por Luis Alberto Sandoval Navas para obtener el título de Doctor en Derecho, dirigida por el Dr. D. Ricardo Rivero Ortega, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca.

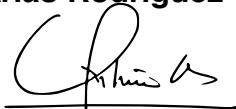
Doctorando


Luis Alberto Sandoval Navas

Directores:

D. Ricardo Rivero Ortega

D. Antonio Arias Rodríguez



Salamanca, Septiembre de 2016

AGRADECIMIENTOS

A la Agencia Española de Cooperación Internacional, AECI, por apoyar este proyecto investigativo, que pretende aportar al país, y a su aún incipiente sociedad, en la construcción de conocimiento sobre sí mismo, que pueda ser útil para desvelar las fallas en su institucionalidad que ha impedido su Desarrollo.

A mi familia, Olga, compañera infatigable de este sorprendente viaje al que llamamos Vida, y mis hijos Javier y Daniel Felipe, por servirme de inspiración y de pretexto para avanzar, con optimismo, y sin detenerme, aún, o, más bien, en especial, en los necesarios momentos en los que sólo, o en su compañía hemos enfrentado los retos que nos imponen las dificultades, tan comunes en nuestro medio, pero de las que tanto aprendemos, y nos sirven para probarnos y sacar lo mejor de nosotros mismos.

A Elssa, Nidia y Claudia por revelarme, con su ejemplo, la importancia de la educación en la transformación de las personas y de las sociedades.

A mis maestros, Pedro Agustín Díaz Arenas, Orlando Solano Bárcenas, y Leopoldo Múnera, de la Universidad Nacional de Colombia, por sembrar y alentar en mí, un espíritu crítico, presupuesto básico de la academia; y a los Doctores, D. Eusebio González (Q.E.P.D.), D. Antonio Arias y D. Ricardo Rivero Ortega, de la Universidad de Salamanca, por su exigencia y críticas, pero también por su irrestricto apoyo al suscrito, para avanzar en esta investigación, y por su cercanía, académica y afectiva con este país, tan cercano en lengua, costumbres y tradiciones, a la sorprendente y siempre vital España.

A todos, por afianzar mi fe en los milagros de las personas y de las sociedades, que comienzan cuando se miran a sí mismas y se deciden a actuar.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	14
CAPÍTULO I.....	28
SUBDESARROLLO, INSTITUCIONALIDAD Y GOBERNANZA.....	28
1. EL DESARROLLO O LA CONSOLIDACIÓN DEL NÚCLEO DE LOS ESTADOS CONSTITUCIONALES, INSTITUCIONALES O DE DERECHO	28
2. SUBDESARROLLO E INSTITUCIONALIDAD.....	40
3. EL SUBDESARROLLO Y SU INCIDENCIA EN EL MODELAMIENTO Y DESEMPEÑO INSTITUCIONAL EN COLOMBIA: UN ESTADO EN CRISIS PERMANENTE	50
4. GOBERNANZA Y DESARROLLO	64
5. GOBERNANZA Y CONTROL FISCAL	80
6. INSTITUCIONALIDAD DEL CONTROL DEL GASTO PÚBLICO EN COLOMBIA.....	92
CAPÍTULO II.....	101
EL CONTROL GUBERNAMENTAL DEL GASTO PÚBLICO	101
1. CONTROL GUBERNAMENTAL DEL GASTO PÚBLICO- NIVEL MACRO	104
2. CONTROL GUBERNAMENTAL SOBRE LA GESTIÓN Y EJECUCIÓN DEL GASTO PÚBLICO- NIVEL MICRO	118
2.1 Instituciones de Control Gubernamental a nivel micro	121
2.1.1 Presidencia de la República y Control Interno	121
2.1.2 La Secretaría de Transparencia.....	123

2.1.3 El Departamento Administrativo de la Función Pública.....	124
2.1.4 Las oficinas de control Interno y el control Interno Administrativo	125
3. MEDIOS DE CONTROL ADMINISTRATIVO.....	130
3.1. Control Previo del Gasto	130
3.2 El Registro del Gasto	145
3.3 La obligación de responder o <i>accountability</i>	153
3.3.1. Reporte de información y presentación de informes consolidados	161
3.3.2. Rendición de cuentas	164
3.3.3. Fenecimiento de la cuenta y Responsabilidad Fiscal	169
4. CONTRASTE ENTRE EL CONTROL INTERNO EN COLOMBIA Y EN ESPAÑA	170
4.1 Función interventora.....	172
4.2 El control financiero permanente	174
4.3 La Auditoría Pública Administrativa.....	176
CAPÍTULO III	178
CONTROL FISCAL EXTERNO.....	178
1. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA	180
2. CARACTERIZACIÓN DEL MODELO Y SISTEMA DE CONTROL FISCAL EXTERNO COLOMBIANO	188
3. LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.....	195
3.1 Funciones de la Contraloría General de la República	202

3.1.1 Control Fiscal Externo Micro	204
3.1.1.1 La auditoría externa	206
3.1.1.2 El Proceso de Responsabilidad Fiscal	212
3.1.2 Control Fiscal Macroeconómico	223
3.1.2.1 Consolidación de las cuentas y estadísticas fiscales y elaboración de la Cuenta General del Presupuesto y del Tesoro	225
3.1.2.2 El Informe sobre la Situación de las Finanzas del Estado y la Evaluación de las Políticas Públicas	231
4. LAS CONTRALORÍAS TERRITORIALES, O LA SUPERPOSICIÓN DE LAS JURISDICCIONES NACIONAL-SUBNACIONAL (CONTROLES PREVALENTE, CONCURRENTE Y EXCEPCIONAL).....	241
5. LA AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA O LA ANULACIÓN DE CONTROLES POR RECIPROCIDAD	247
6. LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN O EL CONTROL DISCIPLINARIO EXTERNO SOBRE LA GESTIÓN FISCAL	249
CAPÍTULO IV	256
EL CONTROL JURISDICCIONAL DEL GASTO PÚBLICO	256
1. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL	263
2. JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	280
2.1 Conformación y Funciones.....	280
2.1.1 Consejo de Estado	282

2.1.2. Tribunales Administrativos	285
2.1.3. Los Juzgados Administrativos.....	285
2.2. Medios de Control de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo	289
2.2.1. Control de actos generales, impersonales y abstractos (normativos)- La Acción de Nulidad	289
2.2.2. Acciones de Control de actos de carácter particular y concreto.....	290
2.2.2.1. <i>Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho</i>	290
2.2.2.2. <i>Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra actos de atribución de responsabilidad fiscal por parte de la CGR.</i>	290
2.2.2.3. <i>Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra actos de atribución de responsabilidad disciplinaria de la PGN.</i>	293
2.2.2.4. <i>Acción de Nulidad de las cartas de naturaleza y de las resoluciones de autorización de inscripción de ciudadanía. (art 147, CPACA)</i>	294
2.2.3. Acción Contractual o de Controversias contractuales (art. 141 CPACA).....	294
2.2.4. Acción de Reparación Directa (art. 140 CPACA).....	294
2.2.5. Acción de Repetición (art. 142 CPACA)	294
2.2.6. Acciones contra procesos de elección y nombramiento.....	296
2.2.6.1 <i>Acción de Nulidad electoral (art. 139 CPACA).</i>	296
2.2.6.2 <i>Acción de Pérdida de Investidura (art. 14 CPACA).</i>	297
2.2.7. Acciones Públicas.....	297
2.2.7.1 Acción Colectiva	298

2.2.7.2. Acción de Grupo (para la reparación de perjuicios) (art. 145 CPACA).....	298
2.2.7.3 Acción de Cumplimiento (de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos (art. 146 CPACA).	299
2.2.8. Control por vía de excepción (art. 148 CPACA).....	299
2.2.9. Acción de tutela.....	299
3. JURISDICCIÓN ORDINARIA	303
3.1. La Corte Suprema de Justicia	303
3.2. Los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.....	306
3.3. Juzgados del Circuito y Municipales.....	306
4. JURISDICCIÓN DISCIPLINARIA.....	307
4.1. Sala Administrativa	310
4.2. Sala Disciplinaria.....	314
5. JURISDICCIÓN ARBITRAL.....	316
6. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN	327
7. FUNCIÓN JUDICIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA	330
CAPÍTULO V	333
EL CONTROL POLÍTICO	333
1. ¿CONTROL POLÍTICO O PARLAMENTARIO?	336
2. INSTITUCIONES DE CONTROL POLÍTICO DEL GASTO PÚBLICO	342
2.1. Congreso de la República.....	342

2.1.1. Las Comisiones Parlamentarias.....	343
2.1.1.1. Comisiones constitucionales permanentes	343
2.1.1.2. Comisiones Legales.....	345
2.1.1.2.1. <i>La Comisión Legal de Cuentas de la Cámara de Representantes</i>	346
2.1.1.2.2. <i>La Comisión de Investigaciones o Instrucción de la Cámara de Representantes</i>	348
2.1.1.2.3. <i>La Comisión de Instrucción del Senado de la República</i>	349
2.1.1.2.4. <i>Otras comisiones legales</i>	350
2.1.1.3. Comisiones especiales de seguimiento y vigilancia	351
2.1.1.4. Las Comisiones accidentales y de conciliación.....	352
2.2. Los partidos políticos	352
3. LA IMPORTANCIA DEL CICLO POLÍTICO O LA ALTERNANCIA DE LOS PARTIDOS.....	356
4. MEDIOS DE CONTROL PARLAMENTARIO	368
4.1. El debate presupuestario.....	368
4.2. La Citación de altos funcionarios	382
4.3. La Moción de censura.....	382
CAPITULO VI	384
EL CONTROL CIUDADANO DEL GASTO PÚBLICO.....	384
1. MEDIOS Y SUJETOS DEL CONTROL CIUDADANO	389

2. CONCEPTO DE MECANISMOS DE CONTROL CIUDADANO.....	394
3. MEDIOS DE CONTROL CIUDADANO A NIVEL MICRO	395
3.1. Las Veedurías y Corporaciones Ciudadanas	395
3.2. Las acciones populares	406
3.3. Marchitamiento de las acciones populares	411
4. CONTROL CIUDADANO A NIVEL AGREGADO O MACRO	414
4.1. El referendo a las políticas públicas	415
4.1.1. El Referendo en la historia de Colombia.....	416
4.1.2. El paradigmático referendo de 2003 “contra la corrupción y la politiquería”	422
4.2 El plebiscito	427
4.3. La revocatoria del mandato	429
4.4 La iniciativa popular legislativa y normativa	431
4.5. La consulta popular	432
4.6 El voto	433
4.7 El “castigo” electoral al mal Gobierno (políticas o gestión)	440
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	456
1. NIVEL GUBERNAMENTAL	459
2. CONTROL EXTERNO.....	464
2.1. Redefinición del modelo de control fiscal.....	464
2.2. El derecho al debido proceso no puede continuar siendo el Principio de Impunidad .	473

2.3. El ejercicio del Control Fiscal debe ser independiente.....	474
2.4. De la revisión de cuentas al control de gestión y resultados	475
2.5 Otras formas de control externo	477
2.6. El Control debe ser público	478
3. CONTROL JURISDICCIONAL.....	479
4. CONTROL POLÍTICO	482
5. PARTICIPACIÓN CIUDADANA	484

TABLAS Y GRÁFICAS

TABLAS Y GRÁFICAS	PÁG.
Tabla N° 1. Funciones del Congreso	775
Tabla N° 2. Funciones de la Contraloría General de la República	171
Tabla N° 3. Derechos Humanos y Derechos Fundamentales	238
Tabla N° 4. Presidenciales en Colombia	413
Gráfica N° 1. Reporte Presupuesto Público	291
Gráfica N° 2. El voto y los partidos políticos	411

ABREVIATURAS Y SIGLAS

AGR	Auditoría General de la República
AL	Acto Legislativo
art.	Artículo
arts.	Artículos
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
BM	Banco Mundial
CLAD	Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo
CI	Control Interno
CGR	Contraloría General de la República
CP	Constitución Política de Colombia
CPACA	Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo
CSJ	Corte Suprema de Justicia
ed.	Editor
eds.	Editores
EFS	Entidades Fiscalizadoras Superiores
FMI	Fondo Monetario Internacional
GAO	United States Government Accountability Office
Idem.	En el mismo sentido
IGAE	Intervención General de la Administración del Estado
INTOSA	Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores
ISS	Instituto de Seguros Sociales
LFTCu	Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas
LGP	Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria
LOFAGE	Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.
LOTG	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional
LOTCu	Ley Orgánica 2/1982, de 13 de mayo, del Tribunal de Cuentas
LPGE	Ley de Presupuestos Generales del Estado
NAO	United Kingdom National Audit Office
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OCI	Oficina de Control Interno
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
op. cit	Obra citada
PGN	Procuraduría General de la Nación
PIB	Producto Interno Bruto
PP	Partido Popular de España
PSOE	Partido Socialista Obrero Español
TC	Tribunal de Cuentas
TI	Transparencia Internacional
vol.	Volúmen

INTRODUCCIÓN

Colombia es un país subdesarrollado¹. Lo fue cuando nació como Estado, inmerso en el proceso histórico del subdesarrollo², como consecuencia de sus condiciones sociales, económicas, políticas, y, -sobre todo- culturales. Y, más de dos siglos después, continúa siéndolo, a consecuencia de padecer aún, las mismas o muy similares condiciones.

Esta condición, de país subdesarrollado, y las circunstancias que lo llevaron a su nacimiento como país subdesarrollado, además de entrañar la inexistencia de un Estado de Derecho, y menos, como Estado Nación; han sido determinantes, a lo largo de su historia, de la acción y de la vocación de sus élites, las que a su vez han terminado proyectándose en el diseño y en el desempeño de sus instituciones, que han sido incapaces de generar las condiciones necesarias para alcanzar el Desarrollo, como lo muestran sus precarios indicadores en esa materia.

Por el contrario, esas élites se han valido de la misma institucionalidad, para modelar, en especial, y no por casualidad, las instituciones formales (pero también las informales) llamadas, tanto a definir, como a controlar, el gasto público; en su propio y particular beneficio, en primer lugar. Pero también, en el de la clase política, nacional y territorial, que le sirve.

Propósito para el cual, a la vez que, formalmente (en la Constitución) se atribuye y concentra la mayor cuota de poder decisorio, sobre las políticas y el gasto público, en

¹ A lo largo de este estudio utilizamos el término subdesarrollo, en su doble acepción: para referirnos al fenómeno histórico del subdesarrollo que derivó o se produjo en forma concomitante con el Desarrollo, de los Estados de Derecho o Nación, en Europa y Norteamérica. Y para referirnos a una condición de inmadurez en términos de evolución económica, política, social y cultural.

² El análisis de las causas y consecuencias del proceso histórico del subdesarrollo, se fundamentó principalmente en los estudios del profesor de la Universidad Nacional de Colombia, Pedro Agustín Díaz Arenas, quien, en su libro Estado y Tercer Mundo: el Constitucionalismo, Editorial Temis, Bogotá, 1980, analizó el fenómeno global del subdesarrollo, y su incidencia en el modelamiento y desempeño de las instituciones de los países subdesarrollados, aunque sin enfocarse específicamente en el caso colombiano, por lo que, desde que asistí a su cátedra, a comienzos de la década de los ochenta, surgió en mí la inquietud de evaluar específicamente el caso colombiano.

cabeza del Presidente; se debilitan las instituciones y mecanismos llamados a ejercer su control.

De esta manera, logran imponerse o mantenerse políticas públicas que claramente benefician intereses particulares, pero muy especial y específicamente, el de los grandes grupos económicos, que en Colombia se cuentan literalmente con los dedos de una mano, y constituyen verdaderas instituciones informales, aunque tales políticas sean contrarias al interés de las mayorías.

Como consecuencia, el país ha registrado histórica y recurrentemente varios de los peores índices de concentración de riqueza económica y política, del mundo, y, paralelamente, de exclusión e inequidad social, en medio de un ambiente de corrupción e ineficacia institucional generalizada, que a su vez se ve reflejada en sus altísimos niveles de violencia, social y política; que contrastan con la incapacidad de sus instituciones para contrarrestarlos. O, lo que es lo mismo, el subdesarrollo.

Esta incompetencia institucional sistémica, además de reflejar la incapacidad del Estado, como un todo, para cumplir en forma eficaz y articulada con los propósitos del Estado Social y de Derecho, que se postulan en el pórtico de su Constitución, o, para ponerlo en términos modernos: para alcanzar una buena gobernanza multinivel; impiden el desarrollo económico y político del país, y como consecuencia, la disminución efectiva de sus niveles de inequidad y de violencia.

En 2011, el Gobierno expresó su voluntad política de iniciar, por una parte, un nuevo proceso de paz que culminara con la suscripción de un acuerdo que pudiera fin a su largo y sangriento conflicto armado interno, y de esta forma, a décadas de violencia, que, según el mismo lo reconoció, incide negativamente en el Desarrollo (particularmente el económico) del país.

Paralelamente, decidió emprender el proceso de admisión del país en la OCDE. Esto es: en el llamado club de los países desarrollados o Estados (plenos) de Derecho (s), cuyo común denominador es precisamente la institucionalización de prácticas de buen gobierno, o gobernanza multinivel, entendida esta, según el DRAE, como el arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía.

Según se ha expuesto, los dos objetivos requerirán, además de la expresada voluntad política, acometer la reforma integral de sus instituciones, en especial, de las llamadas a definir las políticas y el gasto público, pero también de las llamadas a ejercer su control, así como de las demás instituciones que garanticen la vigencia de un Estado (pleno) de Derecho (s), en cada nivel de poder público, de manera tal que se desempeñen articulada y racionalmente para concretar ese fin.

De esta manera se generarían las condiciones necesarias para reducir sus niveles de exclusión económica y política, y por tanto, de corrupción y de miseria, todo lo cual debería traducirse a la vez, y, como consecuencia, en una significativa reducción de sus niveles de violencia.

En otras palabras, la reforma de sus instituciones formales, y también las informales debe orientarse para que éstas sean funcionales en el propósito de ubicar al país en una senda sostenible de desarrollo económico y social.

Para el efecto, se requiere, de un lado, evaluar su actual diseño, y también su desempeño, resaltando sus cualidades y defectos, y, del otro, a partir de dicha evaluación, debatir cuáles podrían ser las reformas que éstas requieren.

En este sentido, como lo que se propone en primera instancia es un análisis de su institucionalidad, consideramos indispensable remontarnos, aunque sea en forma breve, a los orígenes del Estado colombiano. Esto es, al momento y a las circunstancias que antecedieron el comienzo de la edificación de su estructura institucional, para tratar de entender por qué sus instituciones formales se diseñaron en la forma en que lo fueron: ¿Por qué, por ejemplo, se optó por un sistema “presidencialista”, en vez de por uno parlamentario? ¿Por qué devino el país en República unitaria y centralista? ¿A quiénes beneficia centralizar el control del gasto público en la figura y persona del Presidente? ¿Por qué, a pesar de concentrar semejante poder, tiene una enorme incidencia también en el poder Judicial? Entre otros aspectos.

Pero remontarnos a la génesis del Estado colombiano, al nacimiento de sus instituciones, en medio del proceso histórico del Desarrollo-Subdesarrollo, debe servirnos también, y principalmente, para comprender las razones por las cuales ese diseño institucional, incide en su mal desempeño, y ello para sugerir las reformas necesarias para superar esa condición.

El propósito es poder revelar, a partir del análisis del texto constitucional (que en razón de la falta de técnica jurídica en su redacción, nos veremos obligados a citar literalmente en muchos casos), precisamente esas fallas de diseño institucional, entendidas como aquellas que, además de afectar negativamente el desempeño individual y sistémico de las instituciones involucradas en la gestión y control del gasto público, o, lo que es lo mismo: en la consolidación de una verdadera Gobernanza Multinivel; impiden la reducción de sus altísimos niveles de corrupción.

Más exactamente, pretendemos demostrar que la posible incidencia de las fallas más evidentes, aparte de impedir la consolidación de un verdadero Estado de Derecho, se

constituyen en causas eficientes de sus altos niveles de corrupción: (i) la concentración del poder decisorio en el Gobierno y su notorio desbalance o desequilibrio con respecto a los otros niveles o ramas de poder público; y, (ii) la alta discrecionalidad con la que este cuenta para su ejercicio; que contrasta con (iii) la debilidad de las instituciones y mecanismos de control, para la atribución de responsabilidades (política, penal, fiscal), o que garantizan su total impunidad, todo lo cual se traduce en (iv) la imposibilidad de que castiguen ejemplarmente las desviaciones y el abuso de poder, público, o privado, en beneficio particular, o, lo que es lo mismo, la corrupción.

Y si bien, y por ello, inmediatamente después de que enunciemos los exorbitantes poderes de decisión y de disposición asignados en al Gobierno, o más exactamente, en cabeza del Presidente; abordaremos el análisis de las instituciones que tienen formalmente a su cargo el control fiscal de primer y de segundo nivel, al igual que, el que está llamada a ejercer sobre sus actos, en un tercer nivel, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (todas ellas, instituciones jurídico –administrativas), teniendo en cuenta con Rivero (2004) el papel que las mismas están llamadas a desempeñar en la reducción de los niveles de corrupción; el análisis se extenderá también a las instituciones que conforman los dos siguientes niveles de poder público, en Político o Parlamentario, en cuarto nivel, y el Ciudadano, en el quinto y último nivel, con los que tales instituciones están llamadas a interactuar para un funcionamiento armónico y sistémico de todos los niveles comprometidos con la gestión y control del gasto público. O, una verdadera Gobernanza Multinivel del Gasto Público, hacia la que proponemos avanzar.

Para el efecto, utilizando una metodología de contraste, realizaremos, en el primer capítulo, un breve recuento del proceso histórico del Desarrollo. Esto es, del momento de la historia en el que se consolidó el núcleo de los Estados de Derecho, Nación o desarrollados,

resaltando las condiciones económicas, culturales y políticas que lo antecedieron y fueron comunes a ellos en ese proceso: las revoluciones industriales y demoliberales que convergieron en la institucionalización y constitucionalización del poder. O lo que es lo mismo, en su despersionalización, desconcentración, limitación y balanceo; pero también en su control (*cheks and balances*), lo que a su vez fue determinante para el avance y consolidación de sus economías, y como consecuencia, de sus niveles de prosperidad.

Esto con el claro propósito de contrastarlas con las que estaban dadas en los países que conformarían la periferia, o países subdesarrollados, y más específicamente, en lo que sería Colombia, en el momento en que nació como Estado, lo que nos llevará a concluir que más de doscientos años después de que se consolidaran los primeros Estados de Derecho, o Estados Nación, en la Europa y Norteamérica de finales del Siglo XVIII, en este país aún no se han verificado esas condiciones, o lo han sido apenas, y literalmente, a medias: según el PNUD (2015), Colombia ocupa actualmente el puesto 97, entre 189 países, en el Índice de Desarrollo Humano. En gran medida, y precisamente como resultado de su diseño institucional.

Igualmente, trataremos de demostrar que, por el contrario, en el país, al igual que en los demás países subdesarrollados, la edificación institucional se ha verificado en gran parte mediante un proceso de importación formal o artificioso de sus instituciones, caracterizado por su acentuado formalismo, su contenido falaz y su inconsistencia operativa, denominado por ello, pseudoconstitucionalismo: a pesar de que en su estructura se contemplan las mismas o similares instituciones, que las de los países desarrollados, éstas no cumplen el mismo papel o no se desempeñan en la misma forma (Díaz, 1980).

Todo lo contrario a una buena gobernanza, que es el último estadio evolutivo del Estado de Derecho, o, más exactamente, de Derechos (que es como proponemos denominarlos).

Por eso, en segundo lugar, y en la medida en que sirva a ese objetivo, acudiremos, con propósitos de contraste, al derecho comparado, especialmente, al español, para confrontarlo con el colombiano, no sólo por su cercanía histórica, cultural y jurídica (especialmente en lo que atañe a sus instituciones públicas, jurídico- administrativas), sino porque, como también lo señala Rivero (2004), aunque en esa materia ese país aún tiene mucho que hacer, “sus niveles de desarrollo son satisfactorios, debido, tal vez, a que se ha asimilado en el marco de la integración europea, una dinámica de reformas y una teoría sobre la ética pública que ofrece algunas soluciones satisfactorias al problema de la corrupción, incrementando la transparencia y la probidad en las decisiones de gobierno”.

Pero también, porque, como lo destaca Jiménez (2016: 22) padece, problemas que nos son comunes, aunque definitivamente no con la misma intensidad, como la tradición caciquil transformada recientemente en clientelismo político “que ahoga toda la vida político-institucional del país”, entre otros.

Y porque, como el mismo Jiménez nos lo revela, en muchos la patología social e institucional es asombrosamente coincidente, como cuando señala, sobre el caciquismo, tan arraigado aquí, como allá, que existen “razones económicas y también sociológicas (inclusive se podría decir que antropológicas) en ese modo de actuar, como así lo ponen de relieve diferentes trabajos académicos. Pero la falta de construcción efectiva de un auténtico mercado competitivo (transformada más bien en una economía «de amiguetes» dependiente estrechamente del poder), la carencia secular o imposibilidad de construir una democracia sólida y verosímil (frente a la patología del falseamiento electoral o del

vaciamiento real del funcionamiento de las instituciones de control) o el radical fracaso de edificar una sociedad basada en el mérito (y no en el amiguismo, el nepotismo o el clientelismo), está en la base de buena parte de nuestros problemas actuales”.

Coincidencia que, no sólo se da en el diagnóstico, sino que se extiende también a las soluciones institucionales ensayadas, como también nos lo revela Jiménez: “Habrá pocos países en el mundo que dispongan de una estructura institucional tan prolija de mecanismos de supervisión y control del poder o de lugares institucionales en los que sus gobernantes hayan de rendir cuentas (al menos, formalmente) del ejercicio de sus funciones”. Con resultados, agregamos nosotros, igualmente cuestionables, tanto allá, como aquí (aunque mucho más aquí), o cuando menos, dignos de mejora.

Agotado este primer capítulo, o de contexto, en los siguientes cinco se abordará específicamente el análisis jurídico institucional (a partir del texto constitucional), de cada uno de los cinco niveles de poder público que están llamados a intervenir, de manera secuencial o sucesiva, en el control del gasto público en Colombia.

Esto es, desde el nivel Gubernamental, que ejerce el control, en su sentido dispositivo, sobre el gasto público, hasta el último y más remoto de los niveles que están llamados a ejercer un control remoto e indirecto sobre ese gasto, en su sentido de evaluación: el control ciudadano.

Por eso, a partir de la relación de las exorbitantes facultades de disposición del gasto público asignadas en cabeza del Gobierno Nacional (que se traducen en su control directo), abordaremos el análisis de las instituciones que, en cada uno de esos niveles, están encargadas de evaluación: desde el Control Administrativo o Control Fiscal Interno sobre dicho gasto; pasando por el control fiscal externo, o de segundo nivel; hasta el Control Jurisdiccional, cuyo propósito es determinar, objetivamente (en cuanto está mediado por

una normatividad positiva), la legalidad de las actuaciones de estos dos niveles de control, el cual además se constituye en el último nivel de control objetivo

Enseguida se abordará el análisis del cuarto nivel de control, que es a su vez el primero del Nivel Subjetivo (en cuanto no está mediado por una normatividad formal), para, finalmente, y en quinto lugar, abordar el análisis del Control Ciudadano, que además, se constituye, por involucrar a las grandes mayorías de la sociedad, en el nivel más mediato nivel de control dispositivo del gasto público, aunque máximo nivel de legitimidad en la estructura piramidal de control de ese gasto, por corresponder a la expresión de la sociedad en su conjunto³.

Esto con el fin de revelar sus problemas o fallas de diseño más relevantes, que, a la vez que concentran, y por tanto desbalancean los poderes claramente a favor del ejecutivo (nacional y subnacional), limitan o dificultan el control sobre su ejercicio, permitiendo prácticas abusivas y corruptas. Entre otras, las siguientes que queremos anticipar:

(i) poderes exorbitantes concentrados en cabeza del Presidente para definir las políticas económicas y de gasto público, y alta discrecionalidad para su ejercicio, paralelamente con amplias garantías de irresponsabilidad e impunidad a su favor, consagradas desde la misma Constitución; lo que contrasta con (ii) la inexistencia, o existencia puramente formal, del control fiscal de primer nivel o interno, especialmente en materia de contratación pública; lo cual (iii) incide negativamente, impide o dificulta, el ejercicio del control externo o de segundo nivel; y a su vez (iv) dificulta o limita aún más el –de por sí limitado- ejercicio del control político, o sobre las políticas públicas y gestión del

³ Si bien desde hace varios años veníamos trabajando la idea de los controles secuenciales (punto de vista temporal) y por niveles de poder, o multinivel, nos apoyamos para este trabajo, por razones metodológicas, en el trabajo del profesor Antonio Martín Porras, *La gobernanza Multinivel del Gasto Público Europeo*, Sevilla, 2013. En nuestro caso, decidimos conscientemente no utilizar la expresión “Gobernanza Multinivel del Gasto Público en Colombia”, porque este tiene una clara connotación positiva, que, creemos, no se ha alcanzado en el país.

Gobierno, en cabeza del Congreso, que está llamado a fundamentarse parcialmente en este segundo nivel de control fiscal, lo que se ve agravado por la inexistencia de un régimen de partidos, todo lo cual, (v) dificulta o impide el adecuado y efectivo ejercicio del control ciudadano y especialmente del electorado sobre tales políticas y la gestión agregada del Gobierno, y (vi) se traduce en una debilidad institucional sistémica, que, finalmente (vii) es aprovechada por los grupo de interés para imponer y anteponer sus intereses particulares, al interés general que están llamadas a defender esas instituciones.

Así, pretendemos evidenciar que el diseño institucional colombiano, plasmado principalmente en su Constitución, prevé implícitamente la fórmula y los ingredientes del cóctel de la corrupción: concentración de poder en la persona del Presidente, antes que en la institución gubernamental, más alta discrecionalidad para su ejercicio, más garantía virtualmente absoluta de impunidad por su ejercicio abusivo, especialmente política, más controles puramente formales, débiles o inocuos, y cargados de ritualismo, que facilitan prácticas abusivas, muchas veces amparadas en la misma Ley, para imponer el interés particular.

Una segunda conclusión, que también anticipamos por controversial, que se deriva de esta primera, es que, en un sistema político institucional como el colombiano, el principal y más directo responsable de la lucha contra la corrupción, es el Presidente de la República, antes que los organismos públicos en los que supuestamente radica esa responsabilidad; precisamente por tener ese funcionario el mayor poder de disposición directa sobre el gasto público.

Pero sobre todo, por cuanto es quien directamente designa a quienes, a la cabeza de cada una de las administraciones y agencias públicas, tienen a su cargo la ejecución del gasto, principalmente por vía de contratación, mediante un régimen que les atribuye todo el

control de designación de los contratistas, y a sus interventores, así como a quienes, desde el mismo Gobierno, los han de fiscalizar a través del denominado Control Interno.

La tercera, que precisamente emerge como corolario de las anteriores, es que, a pesar de que se suele pregonar, en Colombia, como en otros países, que esa lucha está en manos de otras instituciones, especialmente, de las Entidades Fiscalizadoras Superiores, como la Contraloría General de la República, tales entidades, en general, pero menos esta, en particular; no fueron diseñadas institucionalmente para ese fin, pues su control es, por definición, posterior y selectivo.

Por el contrario, su papel principal es el de servir de instrumento de alta gerencia pública, para el mejoramiento de las políticas y gestión pública, obviamente sin perjuicio del papel que pueda cumplir como coadyuvante, en la llamada lucha contra la corrupción, que deben liderar, además del propio Presidente, y de los encargados de ejercer su vigilancia desde las oficinas de Control Interno, a quienes también designa; instituciones mejor y más directamente dotadas para el efecto, como la Fiscalía General de la Nación, y la Corte Suprema de Justicia, entre otras.

Y, en cuarto lugar, que justamente ese primer nivel de control puede ser el talón de Aquiles del Control Fiscal colombiano, raíz y causa de los muchos males y desmanes en la gestión de recursos público, especialmente de los que se ejecutan vía contratación: la absoluta inexistencia del Control Interno, parte fundamental, ese sí, de la lucha contra la corrupción, y de los sucesivos niveles de control.

Para cumplir con los objetivos propuestos, resulta fundamental acometer el análisis institucional propuesto a partir del texto de la Constitución Política vigente, de manera integral, holística o, más exactamente, multinivel, no sólo porque así lo imponen los nuevos cánones de Gobernanza, que precisamente buscan un mejor y más articulado desempeño de

todos los niveles de poder; sino porque de esta forma se pueden evidenciar mejor su desequilibrio, su desarticulación, y sus “fallas” de diseño, que, además de afectar su desempeño, afectan gravemente su legitimidad.

Por la misma razón, aspiramos a que este análisis y sus conclusiones puedan resultar relevantes y contribuir también a la evaluación de los resultados de los múltiples cambios institucionales que trajo consigo la expedición de la Constitución de 1991, uno de los hitos jurídico-políticos en la historia de Colombia; en el marco de la conmemoración y a la distancia de sus primeros veinticinco años de vigencia, especialmente teniendo en cuenta su expedición en un contexto de globalización y replanteamiento del papel del Estado en la economía, teóricamente, en nombre de la eficiencia, y en la profundización de la democracia, con resultados más que cuestionables, para así contribuir también a desmitificarla, o por lo menos, revelarla al menos como obra inconclusa.

Finalmente, a partir del enunciado de las principales o más evidentes fallas de diseño institucional, formularemos una serie de recomendaciones de reforma institucional para superarlas, teniendo como referentes, en algunos casos, las soluciones implementadas en otras legislaciones, y que podrían conllevar para el país un avance hacia un sistema de Gobernanza Multinivel para el Gasto Público, que lo encause en una senda sostenible de desarrollo, de frente a su ciudadanía, a partir de un nuevo y virtuoso círculo: poderes públicos balanceados y recíprocamente controlados (incluyendo el poder ciudadano), que atiendan, imparcial y objetivamente el interés general, y no el de los grupos de presión - instituciones sólidas y funcionales-políticas de desarrollo y gestión para concretarlas, efectivas y controladas - disminución de los niveles de inequidad y violencia - Desarrollo sostenible.

Como pretexto, cito y hago mías, las muy pertinentes y vigentes reflexiones de mi profesor Rodrigo Uprimny (2001: 146) sobre la necesidad de reforma de nuestras instituciones: “todo indica que en los próximos años, ya sea como consecuencia de un proceso de paz exitoso, o ya sea sin que éste fructifique, habrá procesos de reestructuración institucional. En tal contexto, y si queremos que nuestra sociedad tenga más posibilidades de poner en marcha instituciones eficaces que permitan profundizar nuestra precaria democracia, es necesario que exista un debate académico, vigoroso y serio sobre el tema, a fin de evitar que se adopten diseños institucionales erróneos, por simple ignorancia. Como diríamos los abogados, si vamos a poner en marcha una reforma ineficiente o antidemocrática, hagámoslo con dolo, esto es, con la perversa intención de obtener ese resultado, pero no con culpa, o sea por negligencia derivada de no haber estudiado suficientemente el asunto, pues los costos sociales y humanos de esa ignorancia son demasiado altos”.

Nos alienta la visión de poder contribuir así, aunque modestamente, como suelen ser vistos los aportes desde el ámbito académico, en un país subdesarrollado; si no con la reforma de sus instituciones, al menos a la discusión sobre la dirección en la que estos deben apuntar, con el decidido respaldo de una institución académica, de historia y trayectoria universal, como la Universidad de Salamanca, tan cercana al país y a Latinoamérica, como garantía mínima del rigor de lo que aquí se plantea, para la mejora de las instituciones y la institucionalidad del país, y para que estas contribuyan mejor a su Desarrollo, el que esperamos, y aspiramos, sea, en un futuro muy cercano, en paz.

CAPÍTULO I

SUBDESARROLLO, INSTITUCIONALIDAD Y GOBERNANZA

“En las plenas civilizaciones más sirve a la humanidad el que descubre una nueva ley de la naturaleza, o enseña a dominar alguna de sus fuerzas, que quien culmina por su temperamento de héroe o de apóstol. Por eso el prestigio rodea a las virtudes intelectuales: la santidad está en la sabiduría”.

José Ingenieros.

1. EL DESARROLLO O LA CONSOLIDACIÓN DEL NÚCLEO DE LOS ESTADOS CONSTITUCIONALES, INSTITUCIONALES O DE DERECHO

Asumir el análisis de las instituciones que están llamadas a ejercer control del gasto público en un país, pero especialmente en Colombia, supone previamente analizar el proceso de conformación institucional que se verificó en los Estados que se constituirían en el núcleo de países desarrollados, para contrastar uno y otro, teniendo en cuenta la incidencia directa de dicho proceso en el del subdesarrollo, y de este último como determinante de la concepción y construcción de su institucionalidad, tanto formal, como informal.

La historia nos enseña que en la evolución de los pueblos bárbaros hacia sociedades civilizadas y prósperas, han sido manifestaciones comunes, la lucha por la limitación, la desconcentración, la regulación y la instrumentalización de mecanismos de control sobre el poder, primero del soberano, y luego de quienes lo sustituirían, así como la participación creciente de los individuos en la aprobación de las leyes que los han de gobernar.

Esto es más evidente en algunas sociedades como la inglesa, la francesa y la norteamericana, por el papel asumido por sus ciudadanos en la conquista, a veces

sangrienta, de sus derechos y libertades, y por haber entendido, antes que otras, el valor de limitar dicho poder, en respuesta, no sólo al riesgo de abuso inherente a su ejercicio concentrado o personalizado, sino de sus intereses económicos. Algo menos evidente se observa en aquellos países que importaron sus instituciones políticas sin haber vivido en carne propia los procesos históricos que les dieron origen.

No en vano, desde que se concibieron las primeras tipologías para caracterizar el régimen político de un Estado, este ha sido criterio determinante para calificarlos. Según el profesor Bobbio (1997:144), existen tres tipologías clásicas de las formas de gobierno, cuya simpleza y vigencia se mantienen: la de Aristóteles, la de Maquiavelo y la de Montesquieu. Desde la “Política” de Aristóteles –señala-, según los libros III y IV, “se pueden clasificar los sistemas políticos con fundamento en el número de gobernantes: monarquía o gobierno de uno, aristocracia o gobierno de pocos y democracia o gobierno de muchos, con su consecuente réplica en las formas corruptas, por lo que la monarquía degeneraría en tiranía, la aristocracia en oligarquía, y la democracia en *politeia* (que es el nombre que Aristóteles le asigna al buen gobierno)”.

Maquiavelo por su parte, habría reducido las tipologías a dos: monarquía y república, “ubicando en el género de las repúblicas tanto a las aristocráticas como a las democráticas, con base en la consideración de que la diferencia esencial está entre el gobierno de uno solo, de una persona física, y el gobierno de una asamblea, de un cuerpo colectivo” (idem: 145).

Por su parte, Montesquieu “también utiliza una tricotomía, pero diferente de la aristotélica: monarquía, república, despotismo. Diferente en el sentido de que combina la distinción analítica de Maquiavelo con la axiológica tradicional en cuanto define el

despotismo como el gobierno de uno solo pero “sin leyes ni frenos”. En otras palabras, como la forma degenerada de la monarquía” (idem: 146).

No obstante, según este mismo autor, la verdadera importancia de la formulación de Montesquieu está en haber desarrollado el postulado político clásico de la división de poderes propuesta por Locke: el sistema de “controles” y “balanceos” (*checks and balances*) entre las diferentes ramas del poder público: ejecutivo, legislativo y judicial; base filosófica de las primeras y sucesivas formas de Estado de Derecho.

Esta tipología, señala Bobbio (1997), tendría un gran auge a lo largo del siglo XIX, principalmente al ser utilizada por Hegel para delinear el curso histórico de la humanidad al pasar de una fase primitiva de despotismo correspondiente al nacimiento de los grandes estados orientales, para luego llegar a la época de las repúblicas, democrática en Grecia, aristocrática en Roma, y terminar con las monarquías cristianogermánicas que caracterizan la época moderna.

La única innovación posterior -concluye Bobbio- sería la introducida por Kelsen, quien concibe al Estado como un ordenamiento jurídico, reduciendo la tipología de los Estados nuevamente a dos, dependiendo de si los destinatarios de las normas participan o no en su creación, o de si esta es “desde arriba”, o “hacia arriba”: las autocracias, en las que las leyes se hacen a discreción del gobernante, según su propio criterio y conveniencia; y las democracias, o Estados de Derecho, en las que éstas se hacen conforme a reglas preestablecidas, y representan el interés general (idem: 144).

No obstante, el aporte más importante de Kelsen a la ciencia política y, para los efectos del tema objeto de estudio, no fue éste, sino el postular que no es la existencia de un orden jurídico formal lo que distingue a un Estado de Derecho, por cuanto el ordenamiento jurídico no es un elemento esencial del Estado, sino una cualidad intrínseca del mismo: en

últimas –postula Kelsen- todo Estado es de derecho, en el sentido de que cuenta con un sistema normativo, aunque el mismo no sea “de Derecho” en el sentido político de la palabra (Kelsen, 1982).

García de Enterría (2006: 437) coincide con esta apreciación sobre el Estado, al señalar que “No tendría objeto que intentásemos precisar aquí las relaciones entre el Estado (en el amplio sentido de toda forma política suprema) y el derecho. Sí debe decirse, no obstante, que toda organización política se apoya necesariamente en una concepción determinada del derecho y actúa desde y en virtud de la misma. En la medida en que todo poder pretende ser “legítimo” (ningún poder se presenta como usurpador e ilegítimo, todos pretenden “tener derecho” al mando) todo poder es un poder jurídico, o en términos más categóricos, toda forma histórica de Estado es un Estado de Derecho. La formulación Kelseniana de una identificación entre Estado y derecho es una simple expresión, más o menos afortunada, -dice- de este postulado”.

Y es que, desde que el concepto de Estado de Derecho (del alemán *recht*, que significa derecho, y *staat*, que significa Estado), fuera acuñado inicialmente por Robert Von Mohl (aunque otros lo atribuyen a Welker), en su obra *Staatsrecht des Königsreichs Wurttemberg* (1829), se ha utilizado justamente para referirse al Estado en el cual el ejercicio del poder se encuentra desconcentrado (a la manera propuesta por Montesquieu) en diversas instituciones (o “poderes”), y por tanto, despersonalizado, además de regulado por un ordenamiento superior escrito, que recoge la voluntad popular, o de las mayorías, en contraposición al Estado despótico, personal o autocrático. Es por eso, un Estado que representa un estadio superior en la evolución de los pueblos y de sus sociedades, por lo que, el Estado de Derecho es para Von Mohl “el Estado de la razón, del entendimiento, (y) de la racionalidad política” (Valadés; 2002:134).

En otras palabras, un Estado en el que el todo se divide en sus partes (en varias instituciones) con el claro propósito de evitar la concentración y consecuente abuso del poder, y que obedece a un régimen superior o Constitucional: la llamada Ley Fundamental o *lex superior*, que, al decir de García de Enterría (1991: 48) va más allá de los simples postulados teóricos y, se constituye, en cambio, en un verdadero conjunto de “normas jurídicas de jerarquía superior y eficacia directa” para el ejercicio del poder.

En el mismo sentido, Laporta (1994:134), considera que el Estado de Derecho no se define por la existencia de una normatividad, sino porque ésta en realidad impera (Principio de Imperatividad o de Imperio de la Ley), que por ello se constituye en un postulado metajurídico: “una exigencia ético-política o un complejo principio moral que está más allá del puro derecho positivo”.

El mismo Laporta indica que el “imperio de la ley” (“*rule of law*” en la expresión inglesa, “*Rechtsstaat*” en la versión alemana), traducido al español como “Estado de Derecho”, se utiliza también para aludir a nociones valorativas como la de “seguridad jurídica” o la «certeza del derecho», al igual que cuando se quiere mencionar alguna de sus facetas o rasgos, como «el principio de legalidad», el control del poder por normas jurídicas, e inclusive, en un sentido muy específico, la idea misma de «constitucionalismo».

En todo caso, ese Derecho que se integra como un orden jurídico particular, “debe vertebrarse en torno a un conjunto de normas emitidas por una autoridad reconocida”, que tienen como características el de ser generales, prospectivas, estables, claras y ciertas (ídem: 142). Por tanto, no podría este tener destinatarios particulares ni obedecer a una coyuntura específica.

Sin embargo, más que obra de filósofos o juristas, el Estado de Derecho es una realidad: la del Estado que emerge como consecuencia de la revolución política demoliberal

que fue concomitante con la revolución industrial y económica que se vivió a finales del Siglo XVII, primero en Inglaterra, hacia 1780, desde donde irradió con fuerza hacia Bélgica, Holanda, Francia, y Alemania, en Europa, y luego a Norteamérica, en un proceso al que se le denominaría posteriormente, el Desarrollo (Díaz, 1980).

El Desarrollo entonces, marca un momento o período específico claramente diferenciado en la historia de la humanidad, signado por grandes cambios: marca el cambio radical que conllevó el paso del modelo de acumulación feudal, al capitalista y de todo lo que le antecedió y vino aparejado con dicho cambio, en lo económico, en lo cultural, en lo político, y en lo jurídico. Es un fenómeno que comienza con el auge del mercantilismo, y consecuentemente, con el del intercambio, inicialmente de mercancías y bienes, y luego de los conocimientos y de las ideas aparejados con ese intercambio (idem).

Y es que, como lo señaló Barán, citado por Díaz (1980:14), desde un punto de vista jurídico, la importancia del auge mercantil que lo precedió es que se constituyó en la circunstancia histórica “que dio origen al constitucionalismo”, precisamente puesto al servicio de la acumulación de capital y de los capitalistas: el Estado Liberal o de Derecho, cuyas reglas se plasman en una norma superior o fundacional: la norma de normas o Constitución.

Por eso, no es de extrañar que, desde 1791, Thomas Paine (1977: 93) sentenciara que “Una constitución no es algo de nombre solamente, sino de hecho. No es un ideal sino una realidad. Y si no se produce en forma visible no es nada. Una constitución es una cosa antecedente a un gobierno, y un gobierno es solo la creación de una Constitución. La constitución de un país no es un acto de gobierno, sino el pueblo que constituye un gobierno”.

En últimas, el Estado Burgués, no sería otra cosa que el reflejo de los intereses de la nueva clase capitalista plasmado en una normatividad que sustenta y se sustenta en una institucionalidad y que emerge en la forma de Estado, Liberal o de Derecho (en el sentido político de la palabra), al servicio de los intereses de la nueva clase.

Clase conformada por individuos con intereses comunes, por lo que “Todos ellos emplearon el poder del Estado, fuerza concentrada y organizada de la sociedad, para, a la manera de un invernadero, cambiar aceleradamente el modo feudal por el modo capitalista de producción” (Díaz, 1980:14).

Pokrosvski (1966: 167) coincide en el origen del proceso, al señalar que el gran cambio comienza con el paso de un modelo de manufactura dispersa con artesanos que trabajan a domicilio, a un modelo de manufactura centralizada, que a su vez demanda, por sí misma, un aumento importante del comercio, fortaleciendo los lazos comerciales entre los países europeos; cambio que lleva a su vez a la acumulación de grandes capitales y con ello a la consolidación de los primeros grandes bancos, encargados de la financiación de nuevas empresas industriales y comerciales.

A pesar de ello, dice, persisten en algunos países las relaciones feudales de producción, en especial, las que tienen como base la propiedad feudal de la tierra, “y como eje de ese modelo de acumulación, el Estado absolutista”, contra el cual la creciente burguesía industrial y comercial se alzaría durante los siglos XVII y XVIII.

Díaz (1980) concluye que ese proceso mercantilista fue llegando a su madurez (que corresponde precisamente a la noción de desarrollo, en términos evolutivos) económica y política, hasta llegar a un punto culminante: “la ruptura abrupta entre la moribunda sociedad feudal y la nueva sociedad burguesa”, que se concreta en dos procesos convergentes: la revolución económica industrial y la revolución política demoliberal, que

quedarían selladas mediante la constitución de un nuevo orden jurídico y económico: el del Estado Liberal. “A medida que en algunos países una y otra surgen, se va conformando el núcleo que denominamos sociedad burguesa consolidada” o lo que es lo mismo: el núcleo de los países desarrollados (ídem: 14).

En el mismo sentido, Barro (1999: 158) encuentra un vínculo entre lo económico y lo político al señalar que en el proceso de Desarrollo y consolidación de la democracia son relevantes dos momentos: el primero, el crecimiento que se deriva del simple reconocimiento y expansión de los derechos políticos, y el segundo: un aparente decrecimiento cuando estos ya han sido logrados, pero que no repercute necesariamente en ese crecimiento.

Crecimiento económico, inclusión social, e inclusión política: condiciones claves del Desarrollo, y por tanto, claves también a la hora de definir políticas y metas para avanzar hacia el Desarrollo.

El Desarrollo es entonces, el resultado de la ruptura económica y política de la nueva clase capitalista que emerge y se levanta contra la sociedad y la economía feudales, que estuvo profundamente imbuida de las ideas liberales de esa nueva clase; valores que fueron comunes a los procesos de transformación radical que se verificarían casi simultáneamente en esos países y que además se utilizarían como consignas para afianzar y sellar el cambio: libertad, igualdad, tolerancia, fraternidad, y seguridad.

Díaz (1980:17), sostiene que todos estos valores e ideales son consecuentes con el interés de la sociedad burguesa, por cuanto, sería muy difícil concebir una sociedad comercialmente activa con restricciones al intercambio comercial y al desplazamiento de los individuos, en razón de la condición social o el linaje de la persona que compra o vende, o en la que los individuos no puedan concurrir en igualdad de condiciones como

ciudadanos, o en la que no se tengan una mínimas garantías para asegurar el intercambio de bienes y su propiedad: “Si en el orden feudal lo preponderante era el status, en el burgués lo será el *contractus*. La condición “*statutaria*” es propia de la sociedad inmóvil; la condición contractual lo es de la sociedad en movimiento” (idem, 47).

Por eso, dice, “La revolución se precipita cuando la burguesía, imbuida de estos principios y enriquecida por el comercio, pero alejada del control de Estado, se decide a la toma del poder, para implantar plenamente sus valores y afianzar su posición” (p. 17), para lo cual se vale de la institución mercantil y liberal por excelencia: el contrato, que se idealiza, y se materializa en la Constitución, como un gran acuerdo de voluntades.

De ahí que Rosseau (1762) se refiera a la Constitución precisamente como un Contrato Social, como expresión de un acuerdo voluntades colectivo, o de la sociedad, mediante el cual esta le fija reglas y límites al ejercicio de la autoridad, como garantía de respeto a una serie de derechos inalienables o universales para preservar el orden social a través de unas instituciones que se constituyen en la forma de un Estado de Derecho (Rosseau, 2007).

La Constitución es concebida, entonces, como un acuerdo de voluntades entre individuos iguales ante la Ley (el Estado), con lo que estos adquieren la condición jurídica de ciudadanos; quienes reunidos en comunidad o, para ponerlo en los términos mercantilistas en boga: en sociedad, establecen una serie de límites a los gobernantes, en busca del interés común de esa sociedad, que se constituye en Nación.

Pero ese concepto: la sociedad constituida como Nación, también se idealiza llegando a involucrar sus dos elementos determinantes. Uno externo: la soberanía, o domino sobre un territorio diferenciado e independiente de otros, sobre el que se ejerce poder.

Y otro externo: el ser nacional. Esto es, un individuo sujeto de derechos económicos, pero también políticos, encarnado e idealizado en el ciudadano. Esto es, en un individuo con capacidad y poder económico, y por tanto con aptitud para elegir y ser elegido, perteneciente a un mismo grupo étnico con el que comparte tradiciones y lengua, para compartir una historia y destino comunes, que se concreta en otro de sus atributos: el interés nacional (Díaz, 1980: 103).

De ahí –concluye Díaz- la expresión constante, por parte de la mayoría de filósofos y juristas de la época, de que la Nación precede al Estado, o al menos, de que son concomitantes. Esta, entonces, a más de ideal, se constituye en una realidad palpable, tangible, material, que, no obstante, queda restringida a una época y a un espacio: la de Europa y Norteamérica de finales del siglo XVIII, porque para el Tercer Mundo de los siglos XIX y XX, “el orden se invierte: primero el Estado, y luego la Nación” (ídem, 104).

Pero en el Estado de Derecho, no es sólo el interés del monarca el que se despersonaliza para dar paso al de la sociedad, y este al interés nacional. Es también el uso del poder, que pasa de los individuos (el rey o sus designados) a instituciones neutrales, precisamente por impersonales.

No de otra manera podría garantizarse que los poderes públicos (las instituciones) se encausen hacia el bien común, y no al particular. Por eso éstas juegan un papel importantísimo en el Desarrollo, como lo han señalado diversos tratadistas, pues tienen como función “la expansión de las libertades reales de los individuos”. Aunque, no sólo como el fin principal del desarrollo, sino a la vez, y como medio principal para ese fin (Sen, 2000).

Es por eso que, como lo formula el mismo Sen, al análisis del desarrollo le sigue una comprensión integrada de los papeles que cumplen las instituciones, en la realización y

como garantía efectiva de sus derechos. En últimas, el nivel de Desarrollo de un país muestra el nivel del desempeño democrático (libertario) de sus instituciones, reflejados a su vez en la amplitud de sus derechos. Estos además tienen, en sí mismos considerados, un carácter instrumental: los derechos son considerados instrumentos para alcanzar otros objetivos (Sen, 2001).

Por su parte, en el ámbito nacional, el profesor Garay (2002, XV) define el Desarrollo, casi en el mismo sentido, como “un proceso dinámico de expansión y consolidación de libertades reales para los ciudadanos que van desde lo más primarios como es evitar el hambre, la desnutrición y la muerte prematura, a la posibilidad de acceder a la educación, la salud y la seguridad básicas, a la producción y el intercambio, y a la participación política en la definición de los asuntos de interés colectivo”. La democracia – dice-, en estricto sentido, “se alcanza en la medida en que se avanza en la universalización de la ciudadanía en una colectividad”.

Por eso, su versión moderna e idealizada es la del Desarrollo Humano: Un Desarrollo con apellido, cualificado, concebido como un proceso encaminado a ampliar las oportunidades de las personas, en la medida en que estas adquieren más capacidades y tienen mayores posibilidades de utilizarlas. Así, el desarrollo humano también es un objetivo, por lo cual se constituye a la vez en proceso y en resultado.

El desarrollo humano implica que las personas deben influir en el proceso que determina sus vidas. En este contexto, el crecimiento económico es un medio importante para el logro del desarrollo humano, pero no es la meta última. El desarrollo humano es el desarrollo de las personas mediante la creación de capacidades humanas, para las personas mediante la mejora de sus vidas y por las personas mediante su participación activa en los procesos que determinan sus vidas. Se trata de un enfoque más amplio que otros, como el

enfoque de recursos humanos, el de necesidades básicas y el de bienestar humano (PNUD, 2015).

Por eso –señala Garay-, la democratización o desarrollo de la democracia, debe entenderse “como el paso de la democracia con el pleno ejercicio al voto y la autonomía política, a la democracia en la esfera social, con la realización de derechos sociales y la participación de los individuos en calidad de ciudadanos en la definición de asuntos de carácter público colectivo”.

De esta manera, si bien el Desarrollo, en termino políticos, corresponde al momento histórico en el que se consolida el núcleo de Estados de Derecho o Estados Nación, en los que la nueva clase económica implantó las reformas jurídicas que requería para garantizar su consolidación, principalmente mediante un nuevo orden jurídico en cuya cúspide se erigió la Constitución; este también se constituye en la meta hacia la cual los que no han alcanzado esa condición, deberían encauzar la acción de sus instituciones.

Pero no sólo para cumplir con el papel que desempeñaron en ese momento histórico, al limitar y repartir el ejercicio del poder en una serie de instituciones, recíprocamente balanceadas y controladas, que garantizaran las condiciones que requerían para la acumulación de riqueza; sino como garantía de acceso efectivo a una serie de bienes y servicios públicos que redunden en una mejora efectiva de las vidas de sus ciudadanos, o, lo que es lo mismo, en su bienestar; permitiéndoles además su participación activa en los procesos que los afectan.

No obstante lo cual, guardando una prudente distancia, no se puede perder de vista que, por ahora, tanto en el mundo Desarrollado, como en el subdesarrollado, llevadas a la práctica, las instituciones, como expresiones de un orden jurídico, y, por tanto, de un deber

ser, “sirven a situaciones reales de poder y a intereses económicos concretos” (Díaz 1980: 73).

Prueba de ello, y por vía de ejemplo –señala- aunque en múltiples ordenamientos constitucionales “se mantiene la tradición de que los presupuestos deben ser leyes de las asambleas, en la gran mayoría de los casos esto no es sino un formalismo. Los parlamentos no pueden sino mostrarse de acuerdo con el presupuesto que les presenta el Ejecutivo; de lo contrario viene la dictadura fiscal”.

Esto último es determinante para comprender la dinámica de los procesos de modelamiento institucional en Latinoamérica y, por tanto, en el país, aunque lo mismo podría perfectamente predicarse de otras latitudes.

En conclusión, asumiendo una óptica organicista, podemos aventurarnos a definir el Desarrollo, y también al Estado Desarrollado, como aquél en el cual sus instituciones son funcionales y equilibradas, para que sus ciudadanos alcancen niveles de prosperidad, en un marco de legitimidad; o lo que es lo mismo, un Estado en el que sus instituciones se desempeñan armónicamente para garantizar que sus ciudadanos cuentan con opciones concretas y reales de satisfacción de sus necesidades, al mismo tiempo que las garantías y derechos políticos que les permitan, directamente o a través de sus representantes, su preservación y mejoramiento continuo y a largo plazo.

2. SUBDESARROLLO E INSTITUCIONALIDAD

Vimos que el Desarrollo, como proceso histórico, consistió básicamente en la consolidación del núcleo de los Estados–Nación, constitucionales, institucionales o de Derecho, que emergieron como producto de las revoluciones económicas, industriales y políticas (demoliberales) vividas en Europa y Norteamérica, pero que, como lo advirtió el profesor Díaz (1980:104), dicha realidad “queda restringida a una época y a un espacio: la

Europa de finales del siglo XVIII, porque para el tercer mundo de los siglos XIX y XX el orden se invierte: primero el Estado y luego la nación”.

Él mismo justifica esta aseveración señalando que, ni antes, ni después de que las antiguas colonias Europeas culminaran sus guerras de independencia, existían “naciones” en ninguno de los territorios que después se conocerían como Latinoamérica. Entre otras razones, porque en esas colonias y en ese preciso momento de su historia, estaban plenamente vigentes relaciones feudales de producción, lo que, de suyo, descarta la existencia de una burguesía y por tanto, también de ciudadanía para la mayoría de sus habitantes.

Por el contrario, en estas tierras “El feudalismo rural o seudorreliгиозo o lo que de ello subsiste, cobra fuerza después de la independencia y se empeña en remplazar el poder colonial debilitado. Subsiste y se sirve del nuevo poder que le dan las organizaciones democráticas y parlamentarias, para apoyar sus privilegios sobre las nuevas bases jurídicas” (p. 106).

Por eso, en términos concretos, su gestión económica se orienta a:

- Hacer inversiones en sectores lucrativos pero no de beneficio nacional.
- Percibir rendimientos que se dilapidan en consumos suntuarios o se gastan en mantener la posición dominante.
- Ser muy reducida, y con tendencia más a la concentración que a la expansión: “Esta burguesía, dedicada a la especulación inmobiliaria, a la banca, al comercio de importación y exportación, a las operaciones bursátiles, a industrias altamente mecanizadas, con frecuencia tiene un núcleo de unas cuantas familias superpoderosas” (Díaz, 1980: 42).

Por su parte, Bobbio (1997), alude a esa clase gobernante utilizando dos conceptos relevantes: el de *clase política*, basado en Mosca; y el de *élite del poder*, basado en Wright

Mills, ambos claves en la determinación de la tipología de las formas de gobierno, que van más allá de las tipologías clásicas, particularmente en el caso de los países latinoamericanos, como Colombia: “Por lo que hace a la formación, Mosca distingue clases cerradas y clases abiertas; en referencia a la organización, clases autocráticas cuyo poder viene de arriba y clases democráticas cuyo poder viene de abajo; de la combinación de las distinciones resultan cuatro formas de gobierno, aristocrático respecto a la formación y democrático respecto a la organización, etcétera; en cambio, a la noción de élite del poder se refiere la distinción introducida por Schumpeter entre gobiernos democráticos en los que suelen existir muchas élites en competencia para acceder al gobierno y gobiernos autocráticos en los que persiste el monopolio del gobierno de parte de una sola y exclusiva élite”.

Por eso, la concentración, desde sus orígenes, de poder político y económico en una élite cerrada, lleva a que esta se sirva de la institucionalidad para mantener sus privilegios económicos y políticos, mediante un proceso de importación puramente formal, de los modelos europeos y norteamericanos (y en ocasiones, hasta de los mismos textos constitucionales), para la edificación del nuevo orden político-institucional, o, lo que es lo mismo, del modelo Estatal; aunque obviamente adaptándolos a sus particulares intereses.

De esta manera se genera en éstos países lo que el mismo Díaz (1980: 331) llama “*seudoconstitucionalismo*”, que se caracteriza “por su acentuado formalismo (lo imitado, ritual y decorativo ocupa un lugar importante en estos regímenes), su contenido falaz y su inconsistencia operativa” (las instituciones no sirven, o son incapaces de cumplir con los propósitos que en cambio sí cumplen en los países desde donde se importaron).

Para el mismo autor, la influencia de las metrópolis sobre sus antiguos territorios no termina con los procesos de independencia, sino que pervive de diversas maneras, no sólo

en lo económico, sino en lo cultural, lo que conlleva a imprimirle a estas sociedades dos de sus principales características: el dualismo y la dependencia.

Que las sociedades son dualistas, significa “que en ellas los valores, ideas, instituciones, tecnologías y objetos autóctonos coexisten con los que han sido impuestos por el núcleo. No es como algunos piensan, que el modernismo no ha alcanzado al Tercer Mundo, sino que ha llegado en parte o formalmente” (Díaz, *et. al.*: 33). Eso se ve reflejado en la cruda realidad en la que el Estado real no coincide con el modelo importado (Kaplan, 1981: 71).

Por su parte, la dependencia es el resultado de “una acción bélica (material e ideológica) de la que han resultado vencedores y vencidos”, que se expresa, inicialmente como colonialismo, relación jurídico-política de subordinación de un país a otro que busca beneficios económicos, y luego, como imperialismo, versión moderna de este, en la que, si bien tiene la misma motivación económica, (i) respeta la autonomía jurídica de los países dependientes, aunque no la política, (II) su contraprestación ya no es la de la civilización, sino la de “ayuda”, (III) sus medios son más refinados, y (IV) a menudo se justifican en “la seguridad militar del coloso, que incluye la de sus bienes y ciudadanos en el país dominado” (p. 34).

Por ello, Cueva (1977: 11), a partir de la afirmación de Marini (1972) según la cual “no es porque se cometieron abusos en contra de las naciones no industriales que éstas se han vuelto débiles, (sino) es porque eran débiles que se abusó de ellas”, considera que esta, no obstante, debe ser “dialectizada, para no perder de vista la esencia del subdesarrollo, que no es otra cosa que el resultado de un proceso en el cual las burguesías de los estados más poderosos abusan de las naciones económicamente débiles, aprovechando precisamente esta condición, a la vez que esos abusos perpetúan y hasta ahondan tal debilidad,

reproduciendo en escala ampliada, aunque con modalidades cambiantes, los mecanismos básicos de explotación y dominación”.

En la misma línea, Bambirra (1974: 13) sostiene que el “atraso” de los países dependientes ha sido una consecuencia del desarrollo del capitalismo mundial y, a la vez, la condición de este desarrollo en las grandes potencias capitalistas mundiales. Los países capitalistas desarrollados y los países periféricos componen una misma unidad histórica que hizo posible el desarrollo de unos e inexorable el atraso de otros”.

Así las cosas, el dualismo y la dependencia que caracterizaron y derivaron del subdesarrollo, conllevaron a que, contrario a lo acontecido en los países del núcleo, los sistemas políticos e institucionales de los países del Tercer Mundo, se edificaran en torno al interés de sus élites económicas, en lo interno, y en lo externo, el de sus metrópolis, no por una amplia base social, sino por parte de esas mismas élites.

Pero para disipar o disimular la tensiones derivadas de un modelo económico encausado a la satisfacción de ese interés particular y no general ni nacional, a la vez que se encausó la edificación institucional para el ejercicio concentrado del poder, paralelamente se debilitaron las instituciones de control, lo que derivaría en otra de las grandes características del subdesarrollo: la corrupción; que, precisamente por afectar principalmente los bienes y recursos públicos, termina a su vez convertida en factor de subdesarrollo, en una especie de permanente círculo vicioso.

Habría que tener en cuenta que, en contraposición, el constitucionalismo, que nace y corre aparejado con el Estado de Derecho, tiene como fin regular, limitar y controlar el ejercicio del poder, dividiéndolo y balanceándolo recíprocamente; mediante diversos controles sobre su ejercicio, que, como lo indicara Friedman, citado por (Pérez, 2001), se

erige en el costo que deben asumir las sociedades democráticas, para acceder a sus beneficios.

Es por eso que el punto de Friedman resulta fundamental para comprender la racionalidad de la división de poderes, y de los balances y contrapesos (*checks and balances*): “El poder no se divide, ni se crean balances y contrapesos para hacer más eficiente la toma de decisiones públicas. Por el contrario, se trata de dificultar el proceso y de aumentar su costo de transacción. Si sólo de eficiencia se tratara, la forma ideal de gobierno sería una dictadura respaldada por una burocracia eficaz, sin división de poderes. Como el Estado chileno en la época de Pinochet” (Pérez, 2001: 58).

Es por eso que, siguiendo la premisa de Lord Acton, según la cual, el poder corrompe, y el poder absoluto corrompe absolutamente, “La división de poderes no es un bien en sí; es un costo que se paga para evitar la tiranía” (Pérez 2001:62).

Con los años, esa premisa se ha confirmado, revelando la relación entre la concentración o monopolio en el ejercicio del poder público y la corrupción. De hecho Dye y Staphenurst (1998) la definen, con Klitgaard, como el abuso del poder (principalmente) público en función del interés particular o del grupo al que se le debe lealtad u obediencia.

Pero llegan aún más lejos al señalar los elementos que la determinan a través de su célebre fórmula: Corrupción (C) = (M) Monopolio en el ejercicio del poder + (D) Discrecionalidad en el ejercicio de dicho poder - (A) Responsabilidad de los funcionarios (la A es por *accountability*, que involucra la noción de rendición de cuentas y la facultad de ser llamado a responder).

En ese sentido, Dye y Staphenurst (1998: 2) concluyen que la extensión de la corrupción en un Estado depende de qué tan monopolístico o concentrado es el ejercicio del poder por parte de una persona, grupo o elite; de qué tan discrecional es su ejercicio, y, de

qué tan sujeto o no se encuentra a control, lo que se reflejaría en qué tan de Derecho es ese Estado o, más precisamente, según lo expuesto, en qué tan desarrollado.

Por eso Peter Eigen, Director de *Transparency International*, al exponer un nuevo Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) no duda en establecer un claro vínculo entre corrupción, subdesarrollo, y la inexistencia de un verdadero Estado de Derecho, y entre este y el nivel de pobreza de un país, al señalar que “Las elites corruptas en los países en vías de desarrollo, quienes trabajan de la mano con ávidos empresarios e inversionistas inescrupulosos, están colocando el beneficio privado antes del bienestar de los ciudadanos y del desarrollo económico de sus países”, y “Junto con empresarios corruptos, están atrapando a naciones enteras en la pobreza y obstaculizando su desarrollo sostenible”.

Dicho índice permite establecer que cuanto más desarrollado es un país (no tanto, ni exclusivamente, en términos económicos, como políticos), menor nivel de corrupción registrará. Así, puede verse que los países menos corruptos, de acuerdo con este índice, son a la vez los más desarrollados políticamente: Finlandia, Dinamarca, Nueva Zelanda, Islandia, Singapur, Suecia, Canadá, Luxemburgo, los Países Bajos y el Reino Unido (Estados Unidos figura en el puesto 16); mientras que entre los más corruptos figuran (entre un total de 102), Uganda, Bolivia, Camerún, Ecuador, Haití, Moldavia, Angola, Kenya, Azerbaiján, y Bangladesch (el país más pobre del mundo, que ocupa el primer lugar en corrupción). Colombia se ubica en el puesto 57 de este índice.

De esta manera se puede concluir que el nivel de corrupción de un país está en relación directa con el nivel de desarrollo de su Estado de Derecho, o lo que es lo mismo, que el nivel de corrupción de un país es su medida de Estado de Derecho. Si aceptamos esta premisa, Colombia estaría menos que a medio camino.

La segunda conclusión que se deriva implícitamente del mismo estudio, es que, en todos los países y las sociedades que los componen, existen formas de corrupción. Pero lo que hace una gigantesca diferencia, es si esta es sistémica, y su nivel. En términos prácticos, esta puede ir desde el desconocimiento más o menos velado de los principios éticos que “gobiernan” la solución de los conflictos de interés, en sociedades altamente sensibles a la sanción social; hasta conductas abiertamente criminales, como el prevaricato o el cohecho, en sociedades en las que estas conductas se ven como normales y connaturales al ejercicio de todo poder.

La cuestión clave sería, entonces, determinar cuáles son los niveles críticos de esa corrupción, antes de alcanzar cotas que amenacen la supervivencia misma del Estado, que en cierta manera, no es sino un reflejo del nivel cultural de la sociedad de la que se deriva.

En cuanto a la violencia, Carmagnini (1984: 21) es particularmente ilustrativo al proponer un vínculo directo entre ésta y la exclusión económica y política en el caso colombiano, cuando señala que la independencia no es otra cosa que "la fase inicial de la hegemonía oligárquica, es decir, de una clase cuyos orígenes son coloniales, que basa su poder en el control de los factores productivos y que utiliza directamente el poder político para aumentar su dominación sobre las restantes capas sociales". Su único proyecto estaría encaminado a asegurar su “hegemonía económica, social y político cultural en el seno de su propio país”. Principalmente –habría que añadir-, para el caso colombiano, mediante el uso de la fuerza y la violencia.

Otros autores, por el contrario, no ven una relación tan clara y directa entre una y otra, o por lo menos, con los elevadísimos niveles que esta registra en el país, indicando que “es necesario ofrecer causas adicionales para entender específicamente qué sucede en Colombia, pues aunque muchos países subdesarrollados e inequitativos viven guerras y

explosiones sociales, pocos están expuestos a una sangría como la nuestra. Esto es, no se puede entender la violencia política colombiana sin saber que el nuestro es un país con mucha inequidad, aunque ésta no explique los niveles y las modalidades que aquella ha adquirido en nuestro caso” (Gutierrez, 2001: 78).

Por su parte, Alesina (2000: 10) niega que la causa principal o determinante de la violencia sea la pobreza o la inequidad en el ingreso, y en cambio considera que esta se debe a otros factores, como el narcotráfico, la violencia guerrillera y las altas tasas de impunidad para los delitos, por la ineficacia del aparato judicial.

Levitt y Rubio (2000: 31) coinciden parcialmente con este diagnóstico al reconocer que las fallas del sistema penal para investigar y sancionar eficazmente los crímenes, se constituyen en la principal razón de violencia del país.

En lo que sí coinciden la mayoría de analistas es en que la violencia ha sido una constante en el ejercicio del poder en Colombia, y en especial, del ejercicio político, tanto para mantener ese poder, como “para ejercer sobre el pueblo un dominio excluyente” (Arocha, *et. al*, 1988), por parte de una élite ídem, aunque para ello tenga que valerse de las fuerzas armadas, lo que se traduce y ve reflejado en sus altísimos índices de violencia, que ubican constantemente al país como uno de los diez más violentos del mundo (Geneva Declaration, 2011).

De hecho, hasta noviembre de 2014, se habían registrado como víctimas del conflicto armado interno 7.028.776 personas, de las cuales 2.182.707 fueron niños, niñas y adolescentes (Unicef Colombia, 2014).

Simultáneamente el país se ubicó como uno de los más excluyentes: el 45, 2% de su población se encuentra en situación de pobreza (PNUD, 2014), a la par que registra uno de

los mayores índices de inequidad: GINI de 0,57, prueba irrefutable de la vocación concentradora de riqueza de su élite económica y de su falta de interés nacional.

Es evidente, entonces, que la corrupción que se deriva de la exclusión social y política, la concentración de poder económico y político en una reducida élite, y la consecuente ineficacia de las instituciones para enfrentarlas, tienen una relación directa con la violación del principal Derecho Fundamental: el Derecho a la Vida.

Así lo expusieron, en su momento (en medio de una de las recurrentes crisis institucionales que suelen registrarse paralelamente con, o en medio del desbordamiento de los niveles de violencia, tradicionalmente altos; los llamados “violentólogos”: “La manera de atentar contra este derecho puede estar plasmada en formas relativamente inmediatas y conscientes, como son los asesinatos, o en formas más mediatizadas e inconscientes, como son las muertes que se derivan de situaciones de pobreza extrema. En ambos casos, los responsables se pueden diferenciar, pasando de los puramente individuales hasta los institucionales, como el Estado y la forma como está organizada la sociedad” (CESLV, 1987).

Eso explicaría que, a pesar de las reformas políticas introducidas en la “progresiva e incluyente” reforma constitucional de 1991, el sistema político institucional ha seguido fallando en el logro de niveles adecuados de bienestar en un marco de respeto legal. Por eso, la violencia urbana y rural, la guerra civil y la expansión del narcotráfico han llegado hasta un punto en el que han comenzado a ser la principal preocupación de los ciudadanos colombianos, lo que supondría la obligatoria acometida de reformas institucionales efectivas para hacerles frente (Gerard, 2000).

Sin embargo, uno de los principales obstáculos para sacar adelante esas reformas en Colombia, ha sido la fragmentación del Congreso: los congresistas tienen poco interés e

incentivos para enfocarse en los problemas centrales del país. Por el contrario, estos tienden a preferir bloquear las propuestas de reforma de interés general cuando quiera que estas entran en conflicto con el de sus patrocinadores o el de sus redes clientelares, debido a la debilidad de los partidos y el régimen electoral (ibídem).

En nuestro concepto, esta debilidad se debe a su vez, y en gran parte, al mismo diseño institucional del sistema electoral y del régimen de partidos plasmado en la Constitución Política, incluso después de la referida reforma, como se demostrará en el apartado correspondiente al Control Político. Obviamente la manera de enfrentar una y otra es reformar ese diseño institucional, principalmente, y a fondo, el del régimen electoral y el de los partidos políticos.

3. EL SUBDESARROLLO Y SU INCIDENCIA EN EL MODELAMIENTO Y DESEMPEÑO INSTITUCIONAL EN COLOMBIA: UN ESTADO EN CRISIS PERMANENTE

En el apartado anterior se reveló una verdad histórica formulada por Díaz (1980): ni antes, ni después de que las antiguas colonias de España culminaran sus guerras de independencia, existían “naciones” en ninguno de los territorios conocidos después como Latinoamérica, precisamente, porque en tales colonias y, en ese preciso momento de nuestra historia, en esos territorios estaban plenamente vigentes relaciones feudales de producción (lo que de suyo descarta cualquier asomo de burguesía o ciudadanía amplia).

De hecho, buena parte de la economía de la época estaba fundamentada en mano de obra esclava. Es más, Tirado (1979: 49) considera que fue precisamente el desarrollo de las naciones capitalistas el que incidió marcadamente en la profundización de esas relaciones: “Durante el período colonial especialmente a partir del siglo XVII, la esclavitud fue la base

de la producción minera. La utilización de técnicas primitivas y la carencia de equipos hicieron que la mano de obra esclava fuera elemento decisivo dentro de los factores de producción”.

Por otra parte, la agricultura se movió entre los extremos de la pequeña unidad agrícola de baja productividad, y la gran plantación, en especial de caña de azúcar, al igual que la gran ganadería, desarrolladas exclusivamente con mano de obra esclava.

Por eso no es extraño que, sólo hasta 1851, con la expedición de la Ley 21, se aboliera en Colombia oficialmente la esclavitud, a pesar de lo cual se mantuvieron hasta bien entrado el siglo XX, varias de sus prácticas.

En cuanto al desarrollo industrial, Palacios y Safford (2002) refieren que hacia 1838, existían apenas cuatro fábricas incipientes en Bogotá: de vidrio, de loza, de papel, y de algodón, que enfrentaban enormes dificultades para su supervivencia, entre otras la falta de experiencia del “empresariado” neogranadino en procesos productivos.

Además, a pesar de la gran riqueza generada por la explotación esclavista, esta no permitió el desarrollo de actividades manufactureras precisamente porque un mercado compuesto de esclavos era necesariamente estrecho. Esto se tradujo en el tamaño reducido de la clase burguesa, y su baja capacidad de negociación frente a la aristocracia criolla, “decidida a no dejar cambiar las formas económicas existentes para que no se vulneraran sus privilegios” (Tirado, 1979: 124), y, en lo externo, los de sus metrópolis, concentrando el poder en caudillos, antes que en amplias bases ciudadanas, como sucedió en Europa.

Por eso, concluye, coincidiendo con Fals Borda, que aquí no se da una revolución de independencia, como siempre se ha querido hacer ver, y menos demoliberal, que culminara con el nacimiento de una nación (entre otras cosas, porque el proceso de emancipación no estuvo precedido de un período de ilustración, ni de positivismo ni

racionalista), sino apenas “un cambio de guardia”, de una élite excluyente, por otra, que de ninguna manera supuso un quiebre con la realidad económica y política previa, o “un apartamiento de la vida señorial”, a partir de lo cual esa élite comienza un sistemático bloqueo de todo intento reformista (Tirado, 1979: 124).

En lo externo la situación es similar. Arrubla (1978: 73) dice sin ambages que no existe una historia nacional: “Se trata de una mistificación que encuentra su origen en el hecho de que nuestros países han vivido pasivamente la conformación de sus estructuras sociales por fuerzas que operan primordialmente desde el exterior, que han sufrido sus cambios sociales más bien que promoverlos ellos mismos y que se han visto empujados a sus transformaciones estructurales por grandes cambios en la correlación de las fuerzas imperialistas, en los que, como es natural, han tenido poco que ver”.

Brown (2012) dice que, inmediatamente después de la independencia, Estados Unidos, Francia y gran Bretaña incrementaron su intervención comercial, política y diplomática, en los asuntos internos de los nuevos y relativamente débiles países, como la Nueva Granada (de la que hacía parte Colombia).

En el caso colombiano, como bien lo advirtiera Vásquez (1986), “los países integrantes de la Gran Colombia iniciaron en 1830 la vida atormentada de la “Repúblicas Latinas”, en las que su historia se confunde con la biografía de sus caudillos: éstas no giran alrededor de las instituciones, sino de hombres y familias en continua disputa por el poder, lo que necesariamente derivó en una constante inestabilidad institucional, que a su vez sería “contrarrestada” perfilando la acción política y la institucionalidad hacia la concentración del poder en el Presidente.

A partir de entonces –señala Vásquez (1986: 17)- “Colombia es definitivamente adicta al sistema presidencial. Lo que no quiere decir que el régimen constitucional sea

equilibrado. La hipertrofia de facultades que rodean al primer mandatario hacen de él, el único poder efectivo del Estado. Todo lo demás parece ser secundario. El cuerpo legislativo ha venido decayendo como foro de los grandes debates” y “La tendencia a delegar en el ejecutivo la obra legislativa que, por naturaleza le pertenece al Congreso, se ha hecho con los años ya irreversible”.

Y es que, si bien, el presidencialismo, en el que tanto dice haberse inspirado el sistema de gobierno colombiano, por parte de sus élites; tuvo su origen en los Estados Unidos, y específicamente en la necesidad de equilibrar el poder del ejecutivo con el de los representantes del pueblo, pero evitando la “dictadura” de las mayorías; pasó, por lo menos en su denominación (que parece ser su único punto en común), pero con grandes mutaciones en su esencia y formas, a América Latina, es evidente que en ese proceso, aquí se desnaturalizó, o, para ponerlo en términos más precisos: se pervirtió.

Como lo indican García y Sánchez (2007: 128), aunque “el modelo constitucional estadounidense influyó mucho en la inicial configuración jurídico-política de algunas instituciones en las nuevas repúblicas latinoamericanas, el origen distinto y la evolución posterior de unos y otros sistemas políticos condujo a que el presidencialismo latinoamericano adquiriera rasgos propios; incluso a la configuración de otro u otros modelos nuevos y diferenciados del existente en los Estados Unidos de América”.

Uno de esos rasgos propios de Latinoamérica, común en los países que la integran, fue y continúa siendolo, la concepción “bonapartista” de es institución, como ha quedado retratado en su literatura (desde *El Señor Presdiente*, de Asturias, hasta *El Otoño del Patriarca*, de García Márquez); en raón a que esta concepción se adaptaba perfectamente al caudillismo que emergió de los procesos de independencia, y además, permitía contrarrestar y evitar el desbordamiento de los intereses populares (Alcántara, *et. al.* 2005).

Por su parte, Kalmanovitz (2004) atribuye también a la inercia del pasado la deriva hacia el sistema presidencialista, que North denominara la “ruta dependiente del pasado”: Murillo Toro –dice- “tenía una profunda conciencia de que la escasa tradición parlamentaria y el monopolio religioso hacían que el centro de gravedad político del país fuera el centralismo despótico y que los conflictos intestinos dominaran la marcha de la sociedad, sin permitir que las consideraciones de largo plazo, que favorecieran el desarrollo económico, se impusieran”.

En desarrollo de ese proceso centralizador, se debilitaron las autonomías regionales, hasta llegar a un punto en el que “La vitalidad de las provincias fue puesta a prueba de nuevo con la reforma constitucional de 1945, cuando se eliminaron”, a pesar de lo cual “continuaron presentes en la tradición y cultura locales, en especial en los Santanderes, Boyacá, Cundinamarca y Nariño, mientras tomaron otros nombres tales como “subregiones”, “zonas”, o “Distritos” en diversos departamentos (Antioquia, Magdalena, Bolívar) o se reagruparon como “asociaciones de municipios” en todos ellos” (Fals Borda, 1989).

Esta tendencia, sin embargo, tuvo sus primeras y graves consecuencias en los albores del naciente Estado, pues, como el mismo lo señala, “los políticos colombianos del siglo XIX se vieron enfrentados a un colapso de las instituciones políticas y tributarias coloniales y a la urgencia de hallarle soluciones alternas a la necesidad de financiar los nuevos gobiernos. No tenían una experiencia de gobiernos parlamentarios y los gobiernos locales habían estado sometidos a la potestad de virreyes y oidores”.

Esta condición llevaría aparejada, no obstante, una paradoja que se mantiene desde los orígenes del país, cual fue la de haberse impedido la consolidación de los departamentos como estructuras funcionales en términos de control político, de regulación de los

mercados, y de capacidad tributaria, que asumieran de manera eficiente las funciones judiciales, educativas y de seguridad local, debido a esa tendencia hacia el autoritarismo unificador y centralista del aparato estatal, que obviamente ha incidido negativamente en su eficacia.

A esa conclusión arriba el profesor Kalmanovitz (2004: 40), para quien “Es notable el fracaso del centralismo en materia de seguridad de los derechos de propiedad territorial, de su ineficiencia para construir la infraestructura física del país, de su permisividad con la corrupción y con el clientelismo y de su lentitud para universalizar los servicios básicos de educación, de salud y domiciliarios”.

De paso, la misma tendencia ha terminado por opacar y menguar otras estructuras político administrativas de gran importancia, como las provincias. Y si bien en la actualidad la figura de la provincia está reconocida formalmente en el ordenamiento territorial colombiano (art. 321 CP), en la práctica no cumple con el importantísimo papel que debería cumplir, no sólo como eje de planeación y acción administrativa de los municipios, generando importantes economías de escala; sino como integrador cultural y económico.

En el otro extremo político –señala el mismo Kalmanovitz (2004)- el sistema federal, en cambio, se constituye en el pilar fundamental de la separación de poderes, en el que se funda la estructura del estado liberal de derecho, el respeto a los ciudadanos y el equilibrio entre municipio, región y centro político. Por ello, en este sistema la descentralización permitió la construcción de un sistema de negociación política que solucionó los conflictos intestinos: “Todos ellos construyeron órdenes políticos consensuados”.

Así las cosas, el Estado colombiano comienza a conformarse, hace 200 años, luego de una guerra de independencia (que no de una revolución demoliberal, ni de una “gesta”

libertadora, como lo pregona la historiografía oficial), en momentos en que imperaban plenamente en su territorio relaciones feudales de producción, y en general, condiciones económicas, políticas y sobre todo, culturales (ni ilustración, ni racionalismo, ni enciclopedismo, ni positivismo), muy diferentes de las que antecedieron el surgimiento de los Estados-Nación, de Derecho, o desarrollados, de la Europa y Norteamérica de finales del Siglo XVII, por la elite criolla (que no por una amplia clase burguesa o base social), de mentalidad feudal, que básicamente sustituye a la europea en sus privilegios, valiéndose de las nuevas instituciones para afianzarlo.

Por supuesto, esto implica que esas instituciones no se conformaron (porque materialmente no se podían conformar así) como fruto del consenso de una amplia base social, como sucedió en los países desarrollados, sino para que sirvieran al interés de esa élite reducida, a través de la figura bonapartista del Presidente, concentrando las grandes decisiones en la persona que ostentara ese cargo, antes que en una institución Presidencial, o lo que es lo mismo, sobre la base del ejercicio personalizado y autoritarista de ese poder, en desmedro de los demás.

Concepción que además se proyecta hacia los gobiernos e instituciones de control subnacionales, en las personas físicas, antes que en las instituciones a su cargo, el mayor poder decisorio o dispositivo, aún en claro desmedro del interés general.

Ejemplo paradigmático es el de la capital, en la que un funcionario tomó la decisión de implementar una restricción vehicular permanente que afecta drásticamente dos Derechos Fundamentales: el de libertad de movilización y el de propiedad; basado en sus propias y subjetivas consideraciones: se declaraba a sí mismo un urbanista amante del ciclismo, del transporte y del espacio público, al extremo de combatir el estacionamiento de

vehículos en cualquier zona pública, aún en las residenciales y sin dificultades de tráfico, predicado que esto era privatizar lo público.

Sin embargo, no tuvo ningún inconveniente ni limitación, ni le pareció privatizador, vender parte de una empresa rentable y estratégica, hasta entonces propiedad de la ciudad, para construir con esos recursos, carriles para el tránsito exclusivo de buses de propiedad de poderosos gremios dedicados el negocio del transporte masivo, a un costo astronómicamente alto, para la misma ciudad, y para sus ciudadanos, sin avanzar en una solución de fondo del grave problema de transporte público de la ciudad.

De hecho, y por el contrario, ante el pésimo servicio de transporte, muchos ciudadanos se vieron forzados a adquirir un segundo vehículo, incluyendo las costosas y contaminantes motocicletas, trajo consigo más efectos perversos: los espacios destinados al estacionamiento en las casas y apartamentos se duplicaron; los vehículos, que ahora transitan la mitad del tiempo, duran más, y son más baratos; los ciudadanos ahora deben asumir costos como impuestos, mantenimiento y seguros por dos vehículos, y no por el carro familiar, como hasta antes de que se inventara la medida, etc.

Lo peor, sin embargo, es que ese discurso demagógico (que es apenas un instrumento distractivo), además de radicar todo el costo de la “solución” a los problemas de movilidad en los ciudadanos, y de la incompetencia de las autoridades para enfrentarlos, agrava el problema a la vez que impide la implementación de soluciones de fondo, pues si, según el diagnóstico oficial, éste obedece al excesivo uso o abuso del vehículo particular, y no a la inexistencia de una transporte masivo de calidad, rápido, seguro y económico, como el que se ofrece en todas las ciudades de similar tamaño en el mundo, y que es el que en verdad disuade a sus ciudadanos a optar voluntaria y conscientemente por esos medios; la

“solución” que continuará implementándose seguirá siendo la de aumentar esa restricción hasta hacerla total.

Algo impensable en los países desarrollados, en los que, por el contrario, es de la esencia de los gobiernos, dotar a sus ciudadanos de un número creciente de opciones, y de mayores elementos de juicio para éstos tomen frente a ellas las decisiones que, en forma consciente y razonada, mejor les parezcan.

Ese mismo diseño institucional ha llevado a que alcaldes de otras ciudades, algunas de un tamaño muy reducido, implementen el mismo tipo de medidas, con las obvias consecuencias nefastas que ellos acarrea en la movilidad, presupuesto básica para el intercambio económico y de personas, y para sus propias vidas.

Este ejemplo, infortunadamente no único, del diseño y uso institucional, resulta clave a la hora de analizar y comprender su escasa funcionalidad para generar condiciones de Desarrollo, si se tiene en cuenta, con North (1990) que las instituciones (entendidas como las reglas de juego, formales e informales, que determinan las restricciones y los incentivos en la interacción económica, política y social de una sociedad), juegan un papel fundamental en el Desarrollo económico. Especialmente las que promueven el buen gobierno.

Y eso es porque precisamente, es el factor consenso, el que explica la enorme diferencia entre la institucionalidad para el Desarrollo y la del subdesarrollo: mientras, por vía de ejemplo, en los EE.UU., el Desarrollo económico que se registra a partir del siglo XIX se debió a un marco institucional que reforzaba de manera persistente los incentivos para que las organizaciones participaran en actividades productivas; en el Tercer Mundo, los respectivos marcos institucionales se orientaron, como en el ejemplo de Bogotá, a

favorecer las actividades redistributivas y a restringir los incentivos para producir, en vez de acrecentarlos, por lo cual sus organizaciones terminan siendo altamente eficientes, pero para hacer a la sociedad más improductiva (ídem).

En efecto, las instituciones formales en estos países no promueven las actividades productivas (mediante la promoción y protección de la competencia y el mercado; el aumento y la preservación de los salarios y por ende una base amplia de consumidores; el establecimiento de un sistema tributario progresivo, que permita la redistribución de rentas; la democratización de la propiedad accionaria y agrícola, etc.), sino por el contrario, se han encausado hacia la preservación y defensa de la concentración de la riqueza y de los privilegios que de ella se derivan.

Peor aún: en el país, las instituciones informales, como los grandes conglomerados y sus cabezas visibles (llamadas cacaos) (Semana, 1997), dueños de las más grandes empresas y además, de la mayoría de los medios masivos de comunicación (Redacción, De quién son los medios en Colombia?, 2015)⁴, y los grupos irregulares de poder regional, parecen tener cada vez más peso en la economía, y en su regulación, obviamente en su propio y particular beneficio.

Sobre las primeras, Cárdenas (2013) señala que “El análisis de las redes entre empresas por las relaciones de sus directivos muestra un poder empresarial en Colombia disperso y fragmentado. Esta falta de cohesión nacional entre las élites económicas es reflejo de cómo es el desarrollo del país: desigual y descoordinado. En Colombia no hay un proyecto de país, sino proyectos de empresas o grupos empresariales, lo cual puede resultar

⁴ Los tres principales grupos concentran la propiedad del 57% de los medios masivos de comunicación en 2015. Dos de ellos controlaban en el mismo año los dos canales privados nacionales y principales cadenas de radio, y el otros, el principal de los dos periódicos nacionales.

peligroso ante la inminente entrada de inversión y capital extranjero, y convertirse en un freno a la construcción de infraestructuras nacionales y en la formación de una política coherente para el desarrollo económico”.

Por eso, aunque la literatura sobre las instituciones informales no es homogénea, consideramos que no es posible emprender ningún análisis de institucionalidad sin tener en cuenta este fenómeno socio político, el término “institución informal”, de tanta relevancia en el análisis político del subdesarrollo, que ha sido usado para evaluar y caracterizar aspectos como la cultura política, el clientelismo, la corrupción, las estructuras de poder regional, y las organizaciones mafiosas, pero también, las normas que en la práctica rigen las actividades del legislativo, de los jueces y de la burocracia.

Sin embargo, antes de continuar, se hace indispensable su distinción. Partiendo de la definición estándar de institución como las reglas o el conjunto de reglas que rigen, o sobre las que se estructura la interacción social, modelando y determinando el comportamiento de los individuos, es posible postular que las formales están referidas a los organismos estatales (cortes, congreso, burocracia) y las normas públicas, mientras que las informales estarían constituidas por las organizaciones civiles (privadas), familiares, religiosas, grupo de interés (económico y político), y las “normas”, usualmente no escritas, por las que se rigen, y cuyo cumplimiento, contrario a las primeras, no puede ser exigido por el Estado, como en el caso de las organizaciones mafiosas, que, no obstante regirse por reglas, su cumplimiento no puede ser forzado por el Estado (Helmke and Levitsky, 2003).

Por eso, tener en cuenta que la institucionalidad colombiana, o el conjunto de reglas y restricciones que regulan las relaciones sociales, deriva de instituciones formales, pero también –y, posiblemente más- de las informales, como los grandes grupos económicos, las

iglesias, las organizaciones subversivas y delincuenciales, y los clanes políticos, entre otros; resulta clave a la hora de analizar su desempeño.

Por otra parte, también lo es tener en cuenta que, a diferencia de los Estados Desarrollados, el país no tuvo en el momento de proclamarse como tal, una amplia base ciudadana. Esto es, de individuos similares en capacidad política y económica con unos intereses económicos y políticos comunes, e identidad de lengua e intereses, que fuesen vistos y tratados por sus instituciones como iguales: como ciudadanos.

Por el contrario, de hecho, aún no la tiene, pues un alto porcentaje de colombianos vive bajo la línea de pobreza o indigencia, y por ello, en condición fáctica de excluidos socialmente, o de la “sociedad”: Así lo afirma categóricamente el profesor Garay (2005), cuando señala que “La exclusión social en Colombia se manifiesta en las instancias políticas, económicas, sociales y culturales, en la concentración del ingreso, la tenencia de la tierra y en la Educación”.

A partir de lo expuesto podemos afirmar, también categóricamente, que Colombia no nace como Estado Desarrollado, de Derecho, o Institucional, y por tanto, tampoco como Nación.

Lo otro, que asumiremos más adelante, es determinar si, más de dos siglos después, y, conforme a lo expuesto, el régimen de gobierno colombiano ha superado esas condiciones, o si, por el contrario, estas se mantienen, o si por el contrario, además de no haberse constituido aún como Nación, su forma de gobierno se configura, según la distinción introducida por Schumpeter, citado por Bobbio (1980: 153), como un gobierno autocrático “en el que persiste el monopolio del gobierno de parte de una sola y exclusiva élite”.

Así lo considera, entre otros, Touraine (2000: 1), para quien “Colombia, país avanzado en muchos aspectos, no ha creado nunca un Estado nacional aunque su oligarquía se haya abierta y modernizada después de la crisis de la violencia desencadenada por el asesinato de Gaitán y por el bogotazo”.

No obstante, independientemente del intenso debate que se pueda generar en torno a qué tan de Derecho es el Estado colombiano, en comparación con otros Estados de Derecho, o, más exactamente, Desarrollados, a partir de las referencias históricas e institucionales expuestas (para no entrar en la controversia sobre lo social), que -aunque interesante-, no podemos abordar por no corresponder al objeto de este trabajo; debe admitirse que, desde un punto de vista jurídico formal, y desde luego también –y en alguna medida- material, en Colombia existe una división de poderes y competencias que, aunque en forma desdibujada, se ajusta al ideal de repartición tripartita del poder propuesto por Montesquieu, aunque claramente concentrado en el Presidente. Con la misma reserva ha de admitirse también, que existen diversos mecanismos de control sobre su ejercicio.

Estas precisiones previas revisten particular importancia, si se quiere establecer la verdadera naturaleza y alcance de algunas de las instituciones encargadas de la gestión y control del gasto público, especialmente las que conforman el subsistema de control fiscal, pues, como se verá más adelante, en cuanto a las mismas, el proceso de importación formal de instituciones es más evidente, por lo que, pueden servir, a la hora de evaluar su desempeño, para entender su ineficiencia, e inclusive, su ineficacia.

En ese sentido, cabe señalar en primera instancia que desde los inicios del Estado colombiano, se concentró un gran poder en cabeza del Presidente de la República, quien, además de tener la múltiple condición de jefe de Estado y del gobierno, y comandante supremo de las fuerzas armadas, tiene asignada la función de definir las políticas

económicas y de gasto público, y además, de ejecutarlas. Esta tendencia, como se expuso previamente, se ha proyectado, por razones históricas y de conveniencia mutua, sobre los ejecutivos territoriales.

Sin embargo, a la par de tal concentración personal de poder en el Presidente; en Colombia, todos los organismos de control directo, es decir, los llamados a verificarse antes del control judicial, y sin cuya participación este último no se activa, son también unipersonales. Esto significa que su dirección, manejo, orientación y control, también están en cabeza de un individuo, que concentra en su persona la competencia general de la institución u organismo, al ostentar un poder decisorio prevalente y de última instancia respecto de los asuntos que están a cargo de la misma. Por tal razón, sus estructuras funcionales están diseñadas para que todas las decisiones importantes se tomen centralizadamente, o puedan ser revisadas, y consecuentemente, modificadas por ellos, en última instancia.

En efecto, tanto la Fiscalía General de la Nación, como la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías territoriales, y la Auditoría General de la República, poseen una estructura administrativa piramidal, que aunque obedecen al principio de desconcentración administrativa (lo que les permite tener sedes en las entidades territoriales), como si en vez de organismos de control fuesen entidades administrativas; resultan ser marcadamente centralizadas en lo que se refiere a las decisiones más importantes (en todas ellas está previsto que la actuación del ente pueda ser revisada por el Jefe de la Entidad, con ocasión de los recursos, o porque estos tienen un poder a prevención que permite que puedan asumir o reorientar el caso, con la notoria excepción de la Contraloría).

Por otra parte, también es característico del sistema de control colombiano, que quienes lo han de dirigir son designados directa o indirectamente con intervención de la clase política (Congreso-Presidente)⁵, mediante reglas de asignación iguales a las que se utilizan para el reparto de entidades administrativas entre las diferentes facciones políticas que suelen integrar las llamadas coaliciones de gobierno, que no son otra cosa que la institución informal con la que suele asegurarse la gobernabilidad en el sistema político colombiano, mediante el reparto burocrático de entidades y partidas presupuestales, entre quienes la integran.

En conjunto, los diversos órganos, medios e instancias de control, referidos concretamente al manejo de los bienes y recursos públicos, constituirían el Sistema de Control del Gasto Público, aunque en la práctica no se comporte como tal, pues, un sistema es un conjunto de órganos articulados racionalmente para el cumplimiento de un propósito, tarea o función, y, como también se verá más adelante, tal condición no se cumple en el país.

4. GOBERNANZA Y DESARROLLO

En apartados anteriores quedó expuesto que el Desarrollo consistió en gran parte en la consolidación de sistemas institucionales con reglas claramente definidas para garantizar los derechos y libertades necesarios a su vez para garantizar la iniciativa privada, dentro de límites de solidaridad y respeto por los derechos de los demás, en condiciones de igualdad.

Igualmente fueron expuestas diversas tipologías de gobierno para cualificar los sistemas políticos, incluyendo las que, para el efecto, se basan en el relativamente nuevo

⁵ El Fiscal General es elegido por la Corte Suprema de Justicia de terna enviada por el Presidente de la República, que es la cabeza de la administración, es decir, el mayor ejecutor de recursos públicos; el Procurador General es elegido por el Senado de la República, de terna propuesta por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado; y el Contralor General de la República es elegido por el Congreso en Pleno de terna propuesta por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

concepto de gobernanza: el índice de gobernanza, que viene a ser el nuevo baremo con el cual se mide objetivamente un Estado (que ya no sólo su sistema de gobierno). Y más exactamente su desempeño institucional, reflejado en su Índice de Desarrollo Humano.

En el DRAE se define la gobernanza casi poéticamente, como el “Arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía”.

Sin embargo, para los efectos que nos interesan, la gobernanza, entendida como nueva forma de ejercicio del poder político, hace referencia a un modelo en el que múltiples actores públicos y privados, con distintos soportes de legitimidad, interactúan en la formulación, ejecución y control de unas políticas públicas, contexto en el cual, se revelan con mayor claridad las disfunciones de los circuitos de control del gasto público tradicionales, “que se manifiestan como solapamientos ineficientes en la actividad de control y presencia de espacios vacíos que escapan a la misma” (Porras, 2013).

Por su parte, el Banco Mundial define la Gobernanza como “el conjunto de instituciones formales e informales que determinan el modo en que es ejercida la autoridad en un país”, para su Desarrollo (según se define en el DRAE).

En este sentido, los Estados, como conjunto de instituciones formales e informales, ya no se clasificarían en Estados de Derecho y en Estados que no lo son, sino, como lo proponemos, en “Estados de Derechos” (así, en plural) y, subdesarrollados, de acuerdo con la materialización y alcance de los mismos en cada país, medidos objetivamente y, en forma similar, para todos ellos, con base en unos mismos criterios. Entre otros, la distribución del ingreso, el desarrollo sostenible, la transparencia, los niveles de corrupción,

la calidad de los servicios públicos y de la justicia. En últimas, en la calidad de vida de sus ciudadanos, o, lo que es lo mismo, su Índice de Desarrollo Humano.

En ese sentido, para Peckel (2013), la gobernanza se refleja “en el respeto de los ciudadanos a las leyes y a las instituciones y un pacto social cimentado sobre una granítica identidad colectiva y la convicción generalizada de que el Estado es incluyente, está al servicio de todos los ciudadanos y no de unos grupos de poder que se enquistan en sus entrañas para ordeñarlo sin tregua”.

“Un Estado goza de buena gobernanza –dice- cuando tiene cercanía con sus gobernados, prevalece un alto nivel de rendición de cuentas (accountability) por parte de gobernantes y legisladores, la corrupción es mínima y los igualadores sociales —salud, educación e infraestructura— son prioritarios, funcionales, de calidad y para todos”. Esto es, todo lo contrario a lo que muestran los diferentes indicadores de desarrollo del país, que registran los principales índices actualmente existentes para el efecto.

Por eso, el principal objetivo de un Estado subdesarrollado como el colombiano no podría ser única ni principalmente el de llegar a constituirse en Estado de Derecho, sobre la base de contar con un sistema electoral, como siempre se ha pretendido, y ni siquiera, por estar conformado por unas instituciones balanceadas en poder y funciones, debida y efectivamente controladas, sino en un Estado en el que todos sus niveles de poder encausan su acción y los recursos públicos para asegurar el acceso de la mayoría de sus ciudadanos a una serie de bienes y servicios, o Derechos (comenzando por los fundamentales), mediante la ejecución de políticas públicas diseñadas para el efecto, o lo que es lo mismo, cuya acción se enmarque dentro de los parámetros de Gobernanza.

En ese sentido, “No basta con tener regímenes democráticos puramente representativos. La mayor limitación al robustecimiento de la sociedad civil ha radicado en

la exclusión socioeconómica de diversos sectores de la población y en la precariedad de las instituciones democráticas, con un ejercicio parcial de los derechos económicos, sociales y políticos de los ciudadanos” (Jarquin, 2001: 4).

Inclusive, si bien existe una relación muy fuerte entre el crecimiento económico, el ingreso y la equidad, no puede asegurarse que en las dictaduras o en las democracias, las necesidades de la población sean los determinantes del gasto, porque en aquellas suele suceder que las necesidades sean tomadas por los políticos como medio para mantenerse en el poder, pero no como estrategias de crecimiento (Knack, 1997: 232).

Pero de lo que sí existe evidencia estadística, es de la relación directa entre instituciones democráticas y la tendencia al mejoramiento de las condiciones laborales, y con ello, del ingreso de los trabajadores, todo lo cual se traduce a su vez en mejores su mejoría y empoderamiento (Rodrik, 1999), lo que directamente afecta a su vez el crecimiento, base del Desarrollo.

De ahí la necesidad de un Estado en el que además de que el ejercicio político esté desconcentrado, los controles entre las diferentes instancias de poder público permitan efectivamente encausar sus recursos hacia el bienestar común a través de mejores políticas públicas que conlleven mayores niveles de legitimidad en su accionar (Naranjo, 1999: 90). O lo que es lo mismo: en un verdadero Estado Social de Derecho, como se pregona en su Constitución, como forma superior y evolutivamente posterior a la del simple Estado de Derecho, en el que la mayoría de sus ciudadanos son incluidos política y económicamente.

A estas alturas resulta evidente la relación virtuosa, aunque no exclusiva, entre crecimiento económico y Desarrollo, a tal punto que se postula como condición *sine qua non* del mismo, como lo expone precisamente el CID (2004), a partir del trabajo de Kuznets, quien, después de analizar a los principales países que alcanzaron esa condición,

encontró una serie de características y patrones comunes en los países de la OECD, y los Estados Unidos, destacando dos: el incremento sin precedentes del PIB per cápita, explicado principalmente por el uso de la tecnología, que permitió el aumento y la eficiencia del aparato productivo.

Y, en segundo lugar, el rápido desplazamiento de los factores productivos de las actividades primarias hacia sectores industriales y de servicios de alta tecnología. Cambios asociados “a las transformaciones de los componentes de la demanda agregada, al comercio exterior, la estructura sectorial de la productividad y el consumo intermedio”, como el que se verificó con el paso de la empresa familiar a la gran corporación impersonal.

No obstante –concluyen- estas condiciones no se limitan a lo económico, sino que se fundamentan en fuertes cambios ideológicos y culturales: “La urbanización y la secularización de las personas dejan abierta la posibilidad de adaptar y utilizar las nuevas tecnologías y el conocimiento científico a los procesos productivos, lo que potencia la capacidad productiva del hombre”.

Por supuesto, en ese cambio cultural y tecnológico juega un papel clave la educación, como lo plantea Barro (1996: 218), quien analiza diferentes variables que inciden en el Desarrollo (respeto por la ley, niveles de tributación, inversión en infraestructura, provisión de servicios públicos, regulación económica, protección de la propiedad intelectual y del mercado, entre otros), y encuentra una relación directa entre educación y crecimiento económico, a partir de la cual formula dos importantísimas conclusiones: (i) “las áreas de ciencias representan mayor impacto para el crecimiento” y (ii), “tiene mayor impacto cuantitativo la calidad que la cobertura de educación”.

Acorde con ese fin, Arias (2004) propone que las universidades públicas se especialicen, bien sea en docencia o más hacia la investigación, entre otras, a través de los

contratos-programa, como los que han suscrito, en España, algunas Comunidades Autónomas con los centros educativos, lo que además permite mejorar sus ingresos y con ellos, calidad de los programas.

Mejoras educativas sustanciales conducirían, entonces, al mejoramiento de la competitividad de la economía en su conjunto, y esta a su vez, se debe traducir en mejoras salariales que repercuten directamente en la calidad de la alimentación y de la salud de los trabajadores, que se traducen en incremento significativo de la productividad, claves a su vez en el crecimiento económico (Schultz, 1993: 337).

Así lo considera también Kapstein (2000), para quien la educación, además de llevar a que los trabajadores tengan mejores salarios y condiciones laborales, los prepara para enfrentar de mejor manera los retos de la globalización, lo que es de suma importancia, teniendo en cuenta que, en el centro de las fuerzas determinantes de la globalización, se encuentra la revolución tecnológica, en especial, en el campo de las comunicaciones, que han tenido un impacto directo en las formas de producción y comercialización, generando una de las mayores transformaciones de la historia (Ocampo, 2003).

Por eso la importancia del gasto público en educación para los países en vías de desarrollo, como lo demuestran diversos estudios sobre la clave del éxito de las políticas desarrollistas de los países asiáticos que los llevaron a conformar el bloque de los países denominados tigres asiáticos, una vez decidieron enfocar sus esfuerzos en el incremento de su capital humano (Young, 1992), como también lo plantea Bourguignon (2005), para quien existe una relación directa entre la inversión en capital humano y el Desarrollo

De hecho, eso es lo que explicaría, en nuestro ámbito regional, que países diferentes de América Latina, que comparten altas tasas de pobreza y bajos ingresos,

registren índices de crecimiento económico y equidad muy diferentes, lo que sugiere la importancia de implementar una política educativa de choque en educación básica y secundaria que tenga un impacto significativo en la reducción de esos índices de pobreza (Londoño, 1996: 35).

Obviamente, la inversión en educación de calidad no es suficiente para garantizar un crecimiento económico de largo plazo. Es necesario acompañarla con otras estrategias económicas de crecimiento (*growth strategies*), como una adecuada regulación de los derechos de propiedad, los incentivos a la competencia o al mercado (*market-oriented incentives*), la suficiencia fiscal (*fiscal solvency*) y el control de la inflación o estabilidad de precios (*price stability*) (Montiel & Servén, 2004).

Y por supuesto, con gasto público social: en alimentación, en servicios públicos y en salubridad (Selowski, 1979), por su efecto positivo en la superación de la pobreza; concepto que fue introducido en la Constitución de 1991 (art. 350), cuando se consideró como un instrumento redistributivo más efectivo que los impuestos (Restrepo, 1996).

En un sentido muy similar Tomassini (2001: 1) expresa que “Es necesario comprender la indisoluble vinculación que existe entre el crecimiento económico, la equidad social y la democracia; tres objetivos que se habían buscado en forma separada, de tal manera que los avances logrados en una dirección comprometían la gobernabilidad de las instituciones democráticas”. En esa medida, dice, “La gobernabilidad de la democracia depende de la capacidad de atender equilibradamente las aspiraciones sociales relacionadas con el crecimiento y el bienestar, con la equidad y la igualdad de oportunidades y la participación de la ciudadanía en el gobierno”.

Es por eso que, “el reto que enfrentan los países durante las próximas décadas será crear un sistema de gobernabilidad que promueva y apoye el desarrollo del mercado, (pero)

que al mismo tiempo promueva la salud, la seguridad personal, el bienestar y la seguridad de sus ciudadanos” (Rondinelli, 2001: 279).

Sin embargo, son varios los autores que expresan su preocupación por que la ciudadanía ejerza también un papel de control y legitimación del poder en el Estado social, para evitar su desbordamiento, aun cuando este se comporte como diligente proveedor de bienes y servicios.

Así lo expone Ariño Ortiz (2004), para quien “Desde la perspectiva jurídico-política, la principal consecuencia del Estado social es que éste se convierte en un Estado dominador”. Por eso –señala-, basado en Forsthoff (1967), que “Estado de Derecho y Estado social son hasta cierto punto incompatibles como sistemas conceptuales. Existe –dice- una manifiesta incapacidad conceptual del Estado de Derecho para encauzar o conformar jurídicamente al estado social”, que corresponde a la “denominación que los juristas damos al llamado “Estado del bienestar” (*Welfare State*), que es como le llaman los economistas, y constituye un tipo de modelo de Estado prestador de bienes y servicios, garante de la denominada procura existencial, que se desarrolla en Europa entre 1930 y 1980”.

La diferencia entre uno y otro, concluye, es que “El Estado de derecho miraba al individuo y trataba de protegerle frente a las intervenciones limitadoras del Estado. Por el contrario, en el estado social, el ciudadano vive del Estado. El Estado no es su agresor sino su benefactor”. Pero ello tiene un alto costo: “el individuo queda en manos del Estado que le ofrece seguridad a cambio de su libertad” (idem: 99).

Esta discusión se remonta a los orígenes mismos del Estado de Derecho, cuando se pensó que, si bien es importante la efectiva separación y balanceo de los poderes (instituciones) públicos, como sabiamente lo declaraban los revolucionarios franceses de

1789, estos mismos, “previendo la función de control sobre el ejercicio del poder, declaraban que la sociedad tiene derecho a pedir cuentas de su administración a cada uno de los funcionarios públicos”, que cumplen una función dentro de la sociedad democráticamente organizada, entendida esta como aquella “en la cual los derechos – naturales- fundamentales del hombre, representan el fin último de la vida en sociedad”, pero que, de todo modos, requieren para concretarse, recursos que le pertenecen a todos sus ciudadanos (Sánchez Torres, 2004).

Por ello, tan importante son las instituciones encargadas de definir el gasto, como las llamadas, desde diferentes perspectivas, a controlarlo, para hacerlo más eficiente y justo, precisamente mediante su ejercicio articulado y retroalimentado, o gobernanza.

Esto a pesar de que, en los últimos años, especialmente en América Latina, un continente que enfrenta recurrentemente choques y crisis económicas que requieren medidas gubernamentales también de choque (Ferreira, 2004), y por razones de diversa índole; se ha relacionado la búsqueda de la eficiencia con un cuestionamiento directo del llamado Estado del Bienestar, mediante el uso de la premisa insistente de que la modernización de la administración pública debe pasar por un replanteamiento de cualquier forma de Estado del Bienestar.

Como lo expone González (2003), “En términos de Jessop (1999), habría una tensión entre el Estado de bienestar keynesiano y un Estado de Trabajo de corte schumpeteriano. Mientras que el primero concibe un Estado ligado al consumo masivo y a la cadena de producción estándar, el segundo explicita los aspectos relacionados con el mejoramiento de la productividad y de la competitividad del aparato productivo”.

Volviendo a Peckel (2013), señala éste que el índice de gobernanza que se publica cada año por el Foro Económico Mundial, en su versión de 2011, muestra recurrentemente

en los primeros cinco lugares a los países escandinavos, “una región altamente igualitaria con un desarrollo social e institucional que precede en décadas a los siguientes en la lista”.

En el mismo índice se muestra a Colombia en el poco honroso puesto 117, detrás de la mayoría de los países de la región, y muy lejos del primero de ellos, Costa Rica, que se ubica en el puesto 20, seguido muy de cerca, y sin sorpresa, por Uruguay (24), y Chile (25).

A partir de sus datos, concluye Peckel que “Entre los cinco indicadores macro que componen el índice, para Colombia, cuatro son malos: justicia, derechos humanos, seguridad y desarrollo sostenible, y apenas regular el de desarrollo humano. Tras 200 años de vida republicana, a Colombia le quedan muchas asignaturas pendientes”. Reflejo, decimos nosotros, de su mal gobierno. O de una Gobernanza multinivel.

De esta manera, podemos ir concluyendo, al otro extremo, que la Gobernanza no es otra cosa que el Buen Gobierno de un Estado, encausado a la satisfacción y acceso de sus ciudadanos a sus derechos fundamentales, primeramente, el Derecho a la vida (que se concreta materialmente en el Derecho mínimo a la Alimentación y a la Salud, es de ir, a la simple subsistencia), a libertad individual, al trabajo, a la educación, etc. (Kunnemann, 2002); sociales (seguridad social, vivienda) y colectivos (medio ambiente sano, al espacio público), reflejados en sus indicadores de desarrollo humano, que es ni más ni menos que la expresión concreta, o, si se quiere, la medida objetiva de buen gobierno de un Estado, que es lo que en últimas le interesa y afecta a sus ciudadanos.

Como dice Garrido Falla (2006; 184) “Lo que de verdad le importa al ciudadano de nuestras modernas sociedades no es tanto que las leyes sean perfectas, cuanto que la Administración prestadora de servicios funcione de manera eficaz”. En términos anglosajones, no importa el color del gato, siempre que cace ratones.

Así, en nuestro concepto, el Buen Gobierno, o lo que es lo mismo, la Gobernanza, es la concreción, ya no única ni exclusivamente del Estado de Derecho, sino de su nivel superior y más evolucionado: el Estado de Derechos. Un Estado que además de funcional en la búsqueda y materialización del bienestar de la mayoría, amplía la vinculación democrática de sus ciudadanos a la gestión pública para obtención, por lo cual es además, y en el sentido político del término, legítimo.

Un Estado que le ofrece a sus ciudadanos opciones económicas concretas y de bienestar; pero también políticas, en un plano de igualdad. Un Estado en el que tales opciones no se quedan apenas en enunciado o postulado normativo, así se haya elevado incluso a rango constitucional, como “Derecho”, pero vacío de contenido real, sino uno en el que este se vuelve realidad.

Por eso, como lo postula Jarquin (2001: 4), partiendo del hecho de que América Latina “llegó con un clarísimo rezago en materia de derechos civiles y libertades públicas, el enfoque del desarrollo basado en los derechos está convirtiendo los derechos del ciudadano en parte integral de los procesos de políticas de desarrollo”, razón por la cual, “las victorias de la democracia en América Latina tienen que ser en el futuro, más reales que formales, fundadas en una sociedad civil fuerte cuya base sea la existencia de oportunidades económicas y de libertades democráticas para todos sus ciudadanos.

De ahí que, el desafío de los países subdesarrollados sea aún mayor: Evolucionar desde Estados que en muchos casos no han alcanzado ni siquiera la condición de institucionales o de Derecho, y mucho menos sociales, o Nación; a Estados de Derechos, conformados con ciudadanos política y económicamente incluidos (comenzando prioritariamente con las minorías étnicas y raciales, especialmente la indígena, históricamente la más excluida económica y políticamente (Buvinic, 2004).

Todo ello en medio de un proceso de globalización creciente, o centrífugo, caracterizado por la conformación de bloques supranacionales, y de fronteras borrosas, bajo la presencia tutelar e influencia creciente de organizaciones económicas que postulan políticas de gran impacto económico y político en el ámbito local.

Como muy acertadamente lo plantea Saskia Saseen, citado por Sanchis Serra (2010), “la primera de las dimensiones de la globalización no es tanto de naturaleza económica, como política y social”. Además, sus fuerzas determinantes se encausan en dirección a la conformación de un nuevo Estado y sociedad globales, en la que, “El conjunto formado por el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), y la Organización Mundial del Comercio (OMC) se desenvuelve a modo de un Estado supranacional, [como] un Estado sin sociedad”.

A esta última organización, el mismo autor le atribuye una enorme capacidad decisoria supranacional, que, según lo pronostica, se verá potenciada en cuanto carece de “cualquier mecanismo de control democrático por parte de las sociedades nacionales concernidas”; o sea, de un contrapeso, limitando el papel de los estados a la facilitación del intercambio económico internacional, especialmente mediante la implementación de políticas económicas de orientación global. Un problema que debieron enfrentar, en su momento, los nacientes Estados de Derecho: contrarrestar el interés económico, con el político de la mayoría.

En ese sentido, habría que considerar también, para los propósitos del presente estudio, la segunda gran conclusión del mismo Saskia Saseen sobre este proceso, cuando afirma que “la participación de los Estados en la constitución de la economía global ha provocado ajustes y cambios adaptativos de las instituciones estatales”, que en general

buscan su debilitamiento, pues –dice- las élites transnacionales se saben potencialmente amenazadas por los Estados nacionales, y por eso necesitan debilitar su poder (Sanchis Serra, 2010: 15).

Pero la globalización no sólo representa una amenaza para el Estado Nacional, “como entidad cerrada que circunscribe la vida política, económica y cultural de una nación”, y por ende, al Estado Social o de Bienestar, al que se enfocarían las estrategias de Desarrollo. También lo es para sus ciudadanos, pues, dada su particular dinámica, lleva a que se tenga “la sensación de que el destino individual está más influido que nunca por fuerzas y actores que operan más allá de nuestro control”, y obviamente también a “la erosión de todo tipo de fronteras, tanto individuales, como de los Estados nacionales” (O'Donnell, 2001: 6). Un riesgo intrínseco para las libertades individuales.

Una de las expresiones más concretas de esa erosión la constituyen los Tratados de Libre Comercio, que además de afectar las condiciones macroeconómicas de los países en desarrollo que los han suscrito, generaron mayor inestabilidad económica y política en las economías débiles, pero sin alcanzar los objetivos con base en los cuales se justificó su implementación (Rodrik, 1992).

Este entorno obviamente supone un reto descomunal para los países subdesarrollados, cual es el de definir la forma de avanzar en el establecimiento de instituciones nacionales sólidas y funcionales (en un entorno de debilitamiento de los estados nacionales), que además sean eficaces en la búsqueda equilibrada de los objetivos de crecimiento económico, equidad social y participación ciudadana, pero “en un mundo en el que priman los resultados y el crecimiento económicos sobre el desarrollo” (Tomassini 48).

Así también lo considera Morata (2004) al señalar que el concepto de gobernanza está íntimamente ligado a las grandes transformaciones del Estado Nación, registradas en los últimos treinta años, que han desembocado particularmente en su pérdida de soberanía, afectando el funcionamiento del poder político, sus medios (la administración pública), sus productos (las políticas públicas) y, consecuentemente, sus relaciones con la sociedad.

A partir de esta nueva realidad, concluye que “el poder económico de las grandes empresas transnacionales y de los operadores financieros globales supera ampliamente el poder individual de la mayoría de los Estados, obligados, cada vez más, a concertarse a través de plataformas que se van abriendo a los países emergentes (del G8 al G20) como nuevos actores influyentes en la economía global”.

Otros, sin embargo, son más optimistas y ven en cambio, en la creciente influencia de esos actores, especialmente la de los organismos multilaterales de crédito, y más exactamente, del Banco Mundial, la posibilidad de influir positivamente en el desarrollo de los países que no lo han logrado, como un centro de ideas en las que los diseñadores de políticas se pueden apoyar (Gavin & Rodrik, 1995: 329).

Asistimos pues, como espectadores de primera fila, a un nuevo proceso histórico de quiebre, en el que surgen o se consolidan nuevas instituciones globales, económicas y políticas, y pierden protagonismo los estados nacionales, como centros de decisiones que afectan la vida de la personas que conformar la nueva aldea global.

Sin embargo, mientras este escenario se consolida, debemos acometer la reforma de las instituciones nacionales.

Pero acometer la reforma de las instituciones pasa necesariamente por revelar sus más evidentes debilidades. La solución de los problemas comienza con su reconocimiento, y ese es en buena parte nuestro objetivo. Contribuir a la mejora de las instituciones

colombianas desvelando sus fallas de diseño. Construir institucionalidad. Avanzar un paso a la vez, inventando, si es posible, o imitando lo ya probado, pues, si algo nos ha enseñado la globalización es precisamente que, como individuos, somos esencialmente iguales o, más parecidos que diferentes. Al menos física o genéticamente.

Nuestras diferencias son principalmente culturales. La pobreza, la violencia, la corrupción; en esencia, el subdesarrollo, no están en nuestro ADN. Tampoco son producto de nuestra condición geográfica (BID, 2003), ni del tamaño del país, como durante muchos años se pretendió convencernos (Barro, 1996). Por tanto, no estamos condenados a otros cien años de soledad.

Por eso, no podemos continuar a la deriva de los individuos que hasta ahora han ejercido el control de estos países. Como dice Prats I Catalá (2002) “el caudillismo, el corporativismo, el mercantilismo, el patrimonialismo, la clientelización, el prebendalismo o hasta el populismo político no tienen nada de congénitamente latinoamericano; son simplemente la expresión de profundas debilidades de nuestra organización y acción colectiva, es decir, de nuestra institucionalidad. Nuestra propensión a desconfiar de lo colectivo y a refugiarnos en la esfera familiar, clientelar o corporativa y a proyectarnos desde ella refleja la debilidad de nuestro capital social o institucionalidad informal. Todo ello tiene profundas consecuencias sobre el desarrollo, pero sólo recientemente hemos comenzado a comprender cómo y por qué”. Pretendemos contribuir a entender con ese entendimiento en los próximos capítulos.

Por supuesto, es imprescindible resolver el problema de la paz, y luego el de la efectividad de las instituciones, para buscar el crecimiento económico y, primordialmente, el bienestar, pues, como bien lo indica Solimano (2000), “El logro de la paz es una

condición esencial para Colombia. Sin ella no habrá crecimiento económico ni social. [Y] A su vez, sin desarrollo económico, social y democrático será difícil consolidar la paz”.

Tal como lo demuestran diversos estudios, “La evidencia empírica muestra que la Democracia promueve el crecimiento cuando la libertad política está bien desarrollada” (Barro R., 1996). Por eso, tan importante para el Desarrollo del país, es garantizar su crecimiento económico, como el incremento de las libertades y la participación política de sus ciudadanos en la gestión y definición de su destino. Indudablemente los dos objetivos requieren acometer la reforma de sus instituciones.

Obviamente un problema a superar es el mismo problema de muchos países en desarrollo, cual es el de carecer de instituciones democráticamente arraigadas. Por eso, si se aspira a que las democracias funcionen, necesitan algo más que unas simples urnas. Se requieren partidos políticos estables y con vocación de poder y permanencia, más que de lograr intereses individuales.

Pero también se necesitan grupos ciudadanos independientes, que representen otros intereses diferentes de los políticos o electorales, como organizaciones de agricultores, sindicatos, grupos de consumidores, cámaras de comercio o grupos culturales y religiosos, que contribuyan a la construcción de una sociedad civil en la que se equilibren los intereses de los diferentes grupos, mediante instituciones funcionales e imparciales que los confronten.

Pero sobre todo, se requiere una confrontación y renovación constante de los partidos para que no se conviertan en instrumentos por conducto de los cuales una pequeña élite pueda manipular a su antojo las palancas del poder (PNUD, 1993).

Como bien lo indica el profesor Rivero (2004; 13), el futuro desarrollo del país “depende en primer lugar de la paz, pero la legitimidad del Estado está condicionada

también en buena medida por el proceso de modernización institucional, mejora del funcionamiento del aparato público y reducción de la corrupción que aún está pendiente”.

5. GOBERNANZA Y CONTROL FISCAL

El concepto de Gobierno en un Estado de Derecho, que según el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (UNDP), es “el ejercicio de la autoridad económica, política y administrativa para manejar los asuntos de un país en todos sus niveles”, mediante una serie de mecanismos, procesos e instituciones regulado al máximo nivel; resulta inescindible del concepto, tanto su división en los diferentes poderes públicos, como del control de su actividad (*checks and balances*).

Por eso, en los Estados plenos de Derecho, la gobernanza suele tener diversas manifestaciones dependiendo de la naturaleza del órgano que lo ejerza, pues, si bien la palabra “control”, que proviene del francés “*contrôle*”, contracción de “*contre-rôle*”, que a su vez proviene del latín *contra rotulum* (que literalmente significa “*contra la lista*”, o doble registro con fines de verificación), se entendió inicialmente en español, con ese sentido; este evolucionó hasta comprender también una función correctiva o dispositiva. De hecho, y no por casualidad, la palabra “*control*”, pasó al inglés con este último sentido.

Y es que, de no tener el Control Fiscal, y los demás medios de control institucionalmente previstos, ese carácter rectificatorio quedaría reducido a postulado. A algo insustancial. A un control “por el control mismo”. A un control como fin y no como medio.

Por tal razón, es preciso aclarar, que así como la noción de *control* no debe entenderse exclusivamente referida a la comprobación de registros o informes, o de evaluación y vigilancia de una gestión, sino en un sentido mucho más amplio: de rectificación y corrección; la de Control del Gasto Público, tampoco ha de entenderse

limitada o exclusivamente referida, al Control Fiscal, ni a la que realizan las contralorías, o Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS), pues esta puede -y suele- ejecutarse por diversos órganos (administración, Parlamento, Jueces), y niveles de poder (gubernamental, jurisdiccional, parlamentario, ciudadano), y por lo tanto, tener una diferente naturaleza (política, judicial, administrativa, disciplinaria, ciudadana).

Coincidiendo con esta visión, (Cisneros 2004) considera que el Control Fiscal está distribuido entre diversas Entidades de Derecho Público, que realizan actividades de la más variada índole, de acuerdo con la estructura y naturaleza que les es propia.

Por eso, es equivocado considerar que únicamente las llamadas Instituciones de Control Fiscal, realizan actos de Control Fiscal. Por el contrario, existen otros niveles de control que también realizan evaluación y control, como el Control Fiscal Parlamentario, que es un conjunto de actividades del órgano legislativo que van encaminadas al control político de la acción económica del Gobierno, en forma diferente del Control Fiscal Interno, de marcado carácter administrativo (Cisneros, 2004).

Así además se reconoció en la Declaración de Lima de 1977: “La institución del control (fiscal) es inmanente a la economía financiera pública. El control no representa una finalidad en sí misma, sino una parte imprescindible de un mecanismo regulador que debe señalar, oportunamente, las desviaciones normativas y las infracciones de los principios de legalidad, rentabilidad, utilidad y racionalidad de las operaciones financieras, de tal modo que puedan adoptarse las medidas correctivas convenientes en cada caso, determinarse la responsabilidad del órgano culpable, exigirse la indemnización correspondiente o adoptarse las determinaciones que impidan o, por lo menos, dificulten, la repetición de tales infracciones en el futuro”.

Y, si bien esta definición acierta en cuanto resalta la finalidad correctiva del control fiscal, peca por diferentes aspectos. Por una parte, al restringir la función de control a los actos de gestión (Controlo Micro), sin mencionar el control, en un sentido de evaluación, de los grandes agregados económicos y las Políticas Públicas (Control Macro), quizás más importante para el buen gobierno, e inclusive, para la misma supervivencia del Estado (como se ha evidenciado en la crisis fiscal que enfrentaron varios países europeos).

Por otra parte, al señalar, como uno de sus objetivos, el de determinar “la responsabilidad del órgano culpable”, pues es claro que la responsabilidad derivada de la gestión fiscal es individual o subjetiva, y por otra parte, que la responsabilidad derivada del diseño de las políticas públicas es impersonal o abstracta.

De otro lado, en la misma Declaración de Lima se señala, como principio fundamental de la función de control, que si bien los órganos de control interno pueden establecerse al interior de las instituciones, estos deben necesariamente gozar de independencia funcional y organizativa, precisamente para garantizar su funcionalidad.

En cuanto a las de control externo, se señala que a éstas les corresponde como función primordial propender por la eficacia de los órganos de control interno, sin que ello obste para que se establezcan canales de cooperación entre la Entidad Fiscalizadora Superior y el órgano de control interno, pero sin perjuicio “del derecho de la Entidad Fiscalizador Superior a un control total”.

Adicionalmente se postula, también como principio, que “Las Entidades Fiscalizadoras Superiores son órganos del control externo”, o independientes del Gobierno y las administraciones.

De esta manera, si bien, acertadamente se reconoce que, tanto los órganos de control interno, que hacen parte de las entidades administrativas pertenecientes a la Rama Ejecutiva

o Gubernamental del Poder Público, realizan Control Fiscal, en un primer nivel; como las llamadas Entidades Fiscalizadoras Superiores, o de Control Externo, ejercen la función pública de control fiscal; parece restringirla a esos primeros dos niveles de control, como si fueran los únicos llamados a ejercer control fiscal. Lo cual, como se verá más adelante, desconoce la naturaleza pública y multinivel del control del gasto.

Igualmente es equivocado el alcance que se le da al segundo al postularse que puede ejercer un “control total”, lo cual es además, una exageración, pues, como se ha expuesto, la esencia de todo Estado de Derecho es la institucionalización de diversas formas de control y su división y ejercicio a través de diferentes entes, recíprocamente controlados y balanceados, por lo cual, ninguno de ellos está dotado de un “control total”.

De ahí que, contrario a lo que suele suceder en nuestro medio, no aceptemos los términos “contraloría” y, “control fiscal”, como sinónimos, pues las contralorías, incluyendo la CGR, si bien están llamadas a cumplir un papel central en dicho control, son apenas componentes de un amplio sistema institucional de órganos encargados de evaluar y controlar el gasto público.

De otro lado, desde un punto de vista finalista o funcional, tampoco es posible concebir una función de control que no conlleve un poder correctivo o rectificatorio real sobre las políticas y la gestión públicas, por parte de quienes las tienen a su cargo, pues, es de la esencia de los Estados Democráticos, de Derecho, no sólo la existencia formal de órganos y sistemas de control o chequeo (*checks*), sino de efectivos mecanismos de ajuste, rectificación o balanceo (*balances*) que permitan corregir los eventuales desequilibrios o desviaciones de los diversos órganos de poder, de manera tal que este no se concentre en uno solo de ellos, y que siempre sea posible la atribución de responsabilidades (política, disciplinaria, penal, fiscal) en caso de desviación.

Pero esto no significa que antes de la consolidación del Estado de Derecho no existieran diversas formas de control fiscal: Desde las primeras comunidades primitivas, en las que se ejercía un control común sobre los bienes de la tribu, pasando por la Roma antigua, en la que éste era ejercido por la *fratía* y el mismo Senado Consulto, hasta en las monarquías despóticas que antecedieron a los Estados de Derecho, han existido diversas manifestaciones de control sobre los bienes y recursos públicos.

En efecto, el primer antecedente de asignación de funciones fiscalizadoras a un órgano administrativo parece remontarse a 1319, año en el cual el Rey Felipe V de Francia estableció la primera Cámara de Cuentas, con poderes de fiscalización y enjuiciamiento, asignándole el control de los negocios y finanzas de la Corona, razón por la cual estaba subordinada al Consejo del Rey, que podía reformar o sustituir sus decisiones. Dicha cámara funcionaría casi inalteradamente hasta el triunfo de la revolución, cuando fue sustituida, en 1807, a instancias de Napoleón, por una Corte de Cuentas, es decir, un órgano colegiado, adscrito al Poder Judicial, al que se le suprimieron las funciones de fiscalización previa.

Estas serían asignadas a una entidad administrativa diferente, con lo cual, a partir de ese momento se separaron en Francia las funciones de fiscalización previa, de las de auditoría externa y de juzgamiento, esta última destinada a establecer las responsabilidades derivadas de la gestión fiscal, modelo que desde entonces es conocido como el “Modelo Napoleónico”, “Francés” o “Latino” de control, y que habría de servir de referente a otros estados europeos, entre ellos a España, de donde pasó a sus colonias.

En contraste con este modelo, en Inglaterra primero, y luego en Norteamérica, debido al poder de sus parlamentos y a su equilibrio con respecto al del Ejecutivo, el control fiscal (como auditoría externa) fue asumido directamente por éstos a través de

oficinas técnico administrativas denominadas contralorías, dirigidas o encabezadas por un Contralor, es decir, con un carácter unipersonal o no colegiado; carentes de función judicial o de juzgamiento, a las que además se les asignó una función asesora del parlamento, para controlar que los gastos se efectuaran conforme a los presupuestos públicos aprobados por el órgano de representación ciudadana. Este modelo suele ser conocido como el Modelo Anglosajón.

Actualmente se reconocen tres modelos diferentes de Entidades Superiores de Fiscalización, diferenciados en cuanto a su relación de dependencia (directa o indirecta) con el órgano de representación popular (Parlamento o Congreso), su dirección (colectiva o unipersonal) y si están dotadas o no de función de juzgamiento de la responsabilidad que se pueda derivar de la gestión pública: el Modelo Anglosajón o Westminster, el Modelo “Judicial” o Napoleónico, y el Modelo de Colegiatura o Consejo (Evans, 2008).

El Modelo Westminster, también denominado Anglosajón o Parlamentario fue desarrollado inicialmente en el Reino Unido y posteriormente adoptado por la mayoría de países que integran la Commonwealth, así como por los Estados Unidos y otros países anglosajones.

Su característica principal consiste en que el ejercicio del control fiscal está a cargo de una Oficina de Auditoría (EFS), regentada por un Auditor General o funcionario equivalente (dirección unipersonal o monocrática), y no de un órgano colegiado, que ejerce su cargo en forma independiente del Gobierno, pero en estrecha relación con el Parlamento (normalmente ante un Comité encargado de controlar las cuentas y gestión públicas o del Gobierno).

La segunda gran característica es que este tipo de entes no tiene asignadas funciones directas de juzgamiento de la responsabilidad derivada de la gestión pública (Evans, 2008),

teniendo en cuenta el gran poder y fortaleza de sus parlamentos (y de sus distintos comités) sobre el Gobierno y sus agentes. Y la tercera característica es que, precisamente por ello, su función se enfoca más en los aspectos técnicos y de gestión, que en los jurídicos.

Ejemplo por excelencia de este modelo de control fiscal superior o externo es la Oficina de Rendición de Cuentas (*Government Accountability Office*) de los Estados Unidos, concebida como el brazo investigativo del Congreso de los Estados Unidos, a cargo del examen o estudio de los asuntos relacionados con la recepción y pago de fondos públicos, así como de asesorar a los congresistas y al mismo Gobierno en la mejora de los procesos relativos a dichos asuntos.

Parta el efecto cuenta con un presupuesto aproximado de USD\$506 (año fiscal 2013) y una plantilla de 2.884 funcionarios de diversas especialidades encabezados por un Contralor General (*General Comptroller*) (GAO 2013), que es escogido por el Presidente, entre candidatos propuestos por el propio Congreso (el actual es además funcionario de carrera), y luego ratificado por el Senado, para un período de quince años; que rinden informes periódicos a petición de los diversos comités del Congreso de los Estados Unidos enfocados en tres aspectos: rendición de cuentas, integridad y fiabilidad.

Se considera que al escoger al Contralor de entre los funcionarios de carrera, y que su personal esté compuesto también por funcionarios de carrera, es la forma de salvaguardar la independencia necesaria con la que deben contar para ejercer sus funciones teniendo en cuenta exclusivamente sus conocimientos, capacidad y aptitud, y no su filiación política.

En sus años iniciales la GAO se dedicó principalmente a la verificación de comprobantes. Los funcionarios de auditoría revisaban montones de papeles que documentaban los pagos y las compras de los organismos del Ejecutivo. Después de la II

Guerra Mundial la GAO comenzó a realizar auditorías financieras más amplias, que examinaban la economía y la eficiencia de las actividades del Gobierno.

Y si bien, en sus inicios, la GAO se centró en la revisión de los actos de gasto, esa tendencia cambió y actualmente se enfoca más en evaluar si los programas del gobierno cumplen sus objetivos y en la proyección financiera de la economía (Government Accountability Office, 2014) , en forma similar a como se previó, afortunadamente, en la legislación colombiana.

Otro ejemplo del modelo anglosajón, lo constituye la Oficina Nacional de Auditoría del Reino Unido (NAO) que está llamada a escrutar el gasto público en apoyo a la función del Parlamento Británico, y fue creada con el objeto de preservar los intereses de los contribuyentes, pero también para mejorar el desempeño de la administración, para lo cual ejerce sus funciones bajo la dirección del Contralor y Auditor General (*Comptroller and Auditor General* (C&AG) (EURORAI, 2007).

Para el efecto, el Contralor, junto con su equipo (de aproximadamente 860 funcionarios), ejercen su labor de manera de forma completamente independiente del Gobierno, y por lo tanto en ningún caso lo asesoran con respecto a decisiones o actuaciones específicas, y su trabajo y desempeño es a su vez objeto de examen por parte de la Comisión de Cuentas Públicas de dicha cámara.

La NAO (*National Audit Office*), no audita las estadísticas fiscales ni el gasto local, este último a cargo de cada uno de los órganos de control externo de Inglaterra, País de Gales, Escocia e Irlanda del Norte.

En contraste, el llamado Modelo de Control Externo Napoleónico o Judicial lleva implícita en su denominación su principal característica, que consiste en que el mismo

órgano de control fiscal externo ejerce la función de juzgamiento de las conductas de los funcionarios que se desvían de la normatividad a la cual deben estar subordinadas, mediante decisiones que hacen tránsito a cosa juzgada, por lo cual, dicho órgano hace regularmente parte del Poder Jurisdiccional.

En otras palabras, además de su función regular de revisión o auditoría técnica y contable de la gestión administrativa, regularmente ejercida por una de sus secciones, tiene la de juzgar a los funcionarios responsables de dicha gestión, mediante actos que tienen un carácter judicial o, lo que es lo mismo, hacen tránsito a “cosa juzgada” (aunque en algunos casos, se prevé la posibilidad de interponer únicamente recursos extraordinarios, como los de revisión y súplica, en su contra).

Por tal razón, este tipo de Entidades Fiscalizadoras Superiores suelen estar organizadas como verdaderos tribunales o cortes, esto es, integradas, en sus secciones de enjuiciamiento, por varios jueces o magistrados, por lo que, en algunos casos, están adscritas al Poder Judicial, y su relación con el Congreso o Parlamento es menos estrecha que en los modelos de Contraloría (aunque nunca completamente independiente). Este modelo rige en Francia, España, Alemania y la mayoría de países de Europa continental (Evans, 2008).

Ejemplo cercano de este modelo es el de España, en donde el Tribunal de Cuentas es la Entidad Fiscalizadora Superior y tiene asignada la función de fiscalizar las cuentas y la gestión económico-financiera del Estado, autonómico y local, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, LOTCu 2/1982, de 12 de mayo, y la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal (LFTCu).

El control que está llamado a ejercer incluye la facultad de juzgamiento de la conducta de los responsables del manejo de caudales y bienes públicos, con fundamento en

los Principios de legalidad, eficiencia y economía, en relación con la ejecución de los ingresos y gastos públicos, que es lo que caracteriza a este modelo de control fiscal; mediante actos decisiones que hacen tránsito a cosa juzgada, por parte de Consejeros que conforman la Sección de Enjuiciamiento de los Tribunales, quienes deciden en primera instancia, y por los de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, que conoce en segunda instancia de aquellos procedimientos determinados en la LFTCu como sujetos a ese recurso, y de los extraordinarios de casación y de revisión ante el Tribunal Supremo.

El Tribunal de Cuentas está conformado por doce Consejeros que son nombrados a razón de seis por el Congreso de los Diputados y seis por el Senado, mediante votación por mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras, para un período de nueve años (art. 30.1 LOTCu), quienes gozan de la misma independencia e inamovilidad de los Jueces, a la vez que se someten a sus mismas incompatibilidades (artículo 136.3 CE). Estos son escogidos entre los Censores del Tribunal de Cuentas, Censores Jurados de Cuentas, Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad y funcionarios públicos pertenecientes a Cuerpos para cuyo ingreso se exija titulación académica superior, Abogados, Economistas y Profesores Mercantiles, quienes deben ser de reconocida competencia, y tener más de quince años de ejercicio profesional.

El Presidente del Tribunal es escogido de entre sus miembros por el Rey, a propuesta del mismo Tribunal en Pleno, para un período de tres años.

Según lo dispuesto en el artículo 136.1 CE, el Tribunal depende directamente de las Cortes Generales y ejercerá sus funciones por delegación de ellas en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado, ante las cuales realizan periódicamente informes sobre la gestión pública, con el objeto de ejercer el Control Político sobre el mismo, y así contribuir a la mejora continua de dicha gestión, a partir de las

recomendaciones que al respecto se incluyen en los informes. No obstante, el Control del Tribunal es ejercido por el Fiscal del Tribunal de Cuentas que "se nombrará por el Gobierno" (art. 32 LOTCu).

El ámbito de acción del Tribunal de Cuentas se extiende sobre todo el sector público español, que incluye a las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, a pesar de lo cual algunas de ellas cuentan con sus propios órganos de fiscalización, regulados en los estatutos autonómicos (arts. 136 y 153.d CE) ⁶. También fiscaliza a las personas físicas y jurídicas cuando perciban subvenciones, créditos, sean objeto de avales u otras ayudas del Sector Público y sobre los recursos percibidos por los partidos políticos (Ley Orgánica 8/2007).

El Tribunal de Cuentas, realiza básicamente tres tipos de actuaciones fiscalizadoras, según su objetivo: la auditoría de cumplimiento, la auditoría financiera y la auditoría operativa o de desempeño (gestión y resultados), mediante el control de legalidad, cuya finalidad es la verificación de que la gestión de las finanzas públicas se realizó según lo previsto en las normas legalmente aplicables; el control financiero, cuya finalidad es la verificación y evaluación de los estados contables, a partir de los cuales se evalúa la gestión del ente, y, finalmente, la auditoría de desempeño, cuyo objeto es verificar si esta respondió a los principios de economía, eficiencia y eficacia.

La fiscalización se realiza en primera instancia sobre las cuentas que están obligadas a rendir todas las entidades del Sector Público (artículo 34 de la LFTCu), las cuales incluyen el reporte de los contratos celebrados durante la vigencia a reportar, según su cuantía (Tribunal de Cuentas).

⁶ Según el artículo 4 de la LOTCu, el Sector público está integrado por la Administración del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales, las Entidades Gestoras y de Servicios Comunes de la Seguridad Social, los Organismos Autónomos, y las Sociedades estatales y demás Entidades públicas.

Finalmente, el modelo de colegiatura o consejo funciona en varios países asiáticos incluyendo Japón, Corea del Sur e Indonesia, así como en algunos europeos, dentro de los cuales se destacan los países bajos.

Este modelo tiene similitudes con el Modelo Westminster, especialmente por la cercanía del Consejo de Auditoría con el Parlamento, al que le entrega, para someterlos a su escrutinio, sus informes y reportes de auditoría, pero sin ejercer directamente funciones judiciales con respecto a los funcionarios comprometidos con prácticas indebidas. No obstante, la gran diferencia con el modelo de contraloría, es que su dirección no es unipersonal, sino que está a cargo de un número plural de auditores, denominado junta o consejo.

Ejemplo de este modelo es el Consejo de Auditoría (*Board of Audit*) de Japón, que fue concebido como un órgano de carácter constitucional independiente del Ejecutivo (*cabinet*) del Parlamento (*Diet*) y de las Cortes, que audita las cuentas del Estado al igual que de las entidades públicas, y que también supervisa la contabilidad pública para asegurar su conformidad, desde su establecimiento en 1880 (Board of Audit of Japan).

Su objetivo principal es asegurar el manejo adecuado de las finanzas públicas. Según lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Japonesa, las cuentas públicas de ingresos y de gastos deben ser auditadas anualmente y remitido el correspondiente informe con un concepto, por el Gabinete al órgano de representación popular (*Diet*), durante el año siguiente a aquél que se audita, en la forma en que se establezca en la Ley.

No obstante, el Consejo debe auditar y supervisar constantemente las cuentas públicas con el fin de asegurar su legalidad y rectificar los defectos o fallas que se detecten, bajo los criterios de regularidad, exactitud, eficiencia y efectividad.

En América Latina, más que un proceso de adopción integral de uno de estos modelos, se ha registrado un proceso de adaptación; desde aquellos que tienden más al modelo de contraloría anglosajón (México, Chile, Perú, Costa Rica, entre otros), pasando por los que tienden hacia el modelo napoleónico (Brasil, Uruguay y Honduras), o de junta (Argentina), hasta los que tienen un modelo híbrido, como el colombiano, que aunque se denomina formalmente como Contraloría, integra a sus funciones la atribución de responsabilidad fiscal, mediante actos que, no obstante, son objeto de control jurisdiccional, como se expone en el siguiente apartado.

Sin embargo, en lo que sí se observan enormes diferencias, es en los modelos de control administrativo, como se expondrá también, en el acápite correspondiente a ese nivel de control.

6. INSTITUCIONALIDAD DEL CONTROL DEL GASTO PÚBLICO EN COLOMBIA

El término control, deriva del francés *controlê*, a su vez contracción de *contrê rolê*, que literalmente significa verificar contra la lista, el cual pasó al español con dos acepciones, según el DRAE, que corresponden también a sus dos sentidos. Desde un punto de vista funcional: en primer lugar, tiene un significado de comprobación, inspección, fiscalización, o intervención. Y, en segundo lugar, de “dominio, mando, (o) preponderancia”.

De hecho, mientras en francés tiene ese significado, en inglés tiene el segundo (ya que para designar específicamente las acciones de comprobación y fiscalización, tanto pública como privada, se utiliza el término *audit*).

En cualquier caso, en español posee ambos significados, lo que parece más lógico, desde un punto de vista funcional, pues, el control, en su sentido de comprobación o

inspección, adquiere sentido, solo si tiene por objeto una mejor disposición. Especialmente tratándose de recursos públicos. Lo que equivale a decir, una mejor gobernanza. De esta manera, el control sería, tanto un medio, como un fin.

La misma doble acepción quedó consagrada la Declaración de Lima, conforme a la cual “el control no representa una finalidad en sí mismo, sino una parte imprescindible de un mecanismo regulador que debe señalar, oportunamente, las desviaciones normativas y las infracciones de los principios de legalidad, rentabilidad, utilidad y racionalidad de las operaciones financieras, de tal modo que puedan adoptarse las medidas correctivas convenientes en cada caso, determinarse la responsabilidad del órgano culpable, exigirse la indemnización correspondiente o adoptarse las determinaciones que impidan o, por lo menos, dificulten, la repetición de tales infracciones en el futuro” (INTOSAI, 1977).

En este sentido, cuando nos referimos al Control del Gasto Público en Colombia, lo hacemos para referirnos en primer lugar, al poder del Gobierno, encabezado por el Presidente de la República, junto con sus Ministros y los Directores de Departamentos Administrativos (art. 115 CP), y, en especial, el de Planeación Nacional, para definir las políticas públicas a su cargo, principal, aunque no exclusivamente, a través del denominado Plan Nacional de Desarrollo (arts. 200-3 y 339 CP); mediante las cuales se prioriza el uso de los recursos públicos.

Este poder del Gobierno comprende el poder incidir en (o, inclusive, determinar), las políticas económicas a cargo del Banco de la República (Banca Central), en la medida en que, dentro de sus atribuciones está la de designar a tres de los siete miembros de su Junta Directiva, que además, es presidida por el Ministro de Hacienda; por lo que el Gobierno termina incidiendo también en las políticas a cargo de este organismo: monetaria, cambiaria y crediticia, y el manejo de las reservas públicas (art. 372 CP).

Dicho poder dispositivo sobre el gasto público comprende además, o principalmente, la facultad de formular los proyectos de ley anual de presupuesto, para su presentación y trámite por parte del Congreso de la República (art. 346 CP), mediante los cuales tales políticas, en gran parte, se concretan; con lo cual, el Gobierno termina concentrando, en cabeza del Presidente, el control macroeconómico del país.

Pero ese Control Gubernamental o del Gobierno, se ejerce también a nivel micro, esto es, como expresión de su poder de dirección, tutela, supervisión, verificación, revisión y control sobre la gestión y ejecución del gasto público, lo que se concreta, principalmente de tres maneras: 1) Al designar o remover discrecionalmente a los funcionarios del nivel directivo (comenzando por los ministros del Despacho y los Directores de Departamento Administrativo), encargados precisamente de gestionar y ejecutar sus políticas, atendiendo –por tanto- sus órdenes y directrices (art. 189-1 CP); 2) Al definir las políticas del Control Interno que han de regir la gestión administrativa, así como al expedir los respectivos reglamentos mediante los cuales esas políticas se implementan; y, 3) Al designar discrecionalmente a los jefes de las oficinas de Control Interno, encargados de ejercer el Control Interno sobre sus agentes directos y demás funcionarios intervinientes en la gestión administrativa (art. 289 CP).

Con lo cual, el Control Gubernamental del Gasto Público, a Nivel Micro, o sobre la gestión administrativa, tendría en las administraciones públicas, a través de las oficinas de control interno, su expresión más concreta, dejando de ser gubernamental, a partir de ese nivel, para tornarse propiamente en administrativo o interno.

En otras palabras, el Control Gubernamental del Gasto Público, abarca, desde lo Macro (definición de políticas de gasto público y de control sobre su ejecución), hasta lo micro (designación de los agentes ejecutores y de sus controlantes), aunque en materia de

Control Interno, el control del Gobierno llega hasta la fijación de las políticas, porque a partir de ese nivel, deja de ser gubernamental, y deriva en Administrativo, Control Interno, o Control Fiscal de Primer Nivel.

De esta manera, una vez el Gobierno define las prioridades del gasto, lo ejecuta, y lo audita internamente, este sirve como fundamento y habilita el ejercicio del control fiscal externo sobre el gasto y la gestión pública, llamado por ello control de segundo nivel, o ex post, en cabeza de la Contraloría General de la República, que, por esta razón se constituye en Colombia, en la Entidad de Fiscalización Superior; y por parte de las contralorías territoriales, a nivel subnacional, así como de la Auditoría General de la República, que está llamada a ejercer control fiscal posterior y externo, o de segundo nivel, sobre las anteriores.

En cuanto a la Contraloría, el artículo 268 de la Constitución Política señala sus funciones, aunque en cabeza del Contralor General de la República, lo que significa que todas las funciones a su cargo se cumplen por su delegación.

De otro lado, ni en esta norma, ni en ninguna de las subsiguientes, se señala –o al menos no en forma expresa- si éste cumple una función asesora de la de control político que está llamado a ejercer el Congreso, o si el control que ejerce depende directamente de éste.

Dice si, que el Contralor le debe presentar un informe al Congreso de la República sobre el estado de los recursos naturales y del medio ambiente, y a la Cámara de Representantes la Cuenta General del Presupuesto y del Tesoro, además de certificar el Balance de la Hacienda que le presente el Contador General. Pero de ninguna manera define clara y explícitamente, como sí se hace en el caso de España, cuál es su relación con el Congreso de la República.

Podría argumentarse que la subordinación al Congreso está establecida justamente en el citado numeral 10 que dispone que el Contralor debe rendirle informes al Congreso, pero la misma norma dice a renglón seguido: “y al Presidente de la República”, lo que de suyo descarta tal hipótesis.

Igualmente podría aducirse que la subordinación deriva de la elección del Contralor por parte del Congreso, pero este argumento pierde peso si se tiene en cuenta que también el Congreso, o, para ser más exactos, el Senado, elige al Procurador General de la Nación, que no tiene (ni podría tener) ninguna relación de dependencia con dicho órgano, así como tampoco debe tenerla el Fiscal con el Presidente, a pesar de ser escogido por éste.

Esta, que parece cuestión de menor importancia, no lo es, porque desvela precisamente la falta de “un modelo”, en el que se defina claramente la función de la Contraloría, y su relación respecto del Legislativo, cuestión en la que no siempre han coincidido quienes han estado frente a ella, y que puede ser determinante sobre los resultados finales de su gestión.

De todos modos, más por tradición que por derivar de una función expresa, y probablemente porque así es en la mayoría de países del mundo, la Contraloría ha asumido una función de asesoramiento del Congreso, para efectos del Control Político que debe ejercer éste sobre la gestión económica del Gobierno. Al estilo anglosajón.

Y como en este también, al igual que en los demás modelos, ejerce un control micro de carácter técnico administrativo, que se concreta mediante auditorías externas, bajo la dirección y orientación de un Contralor General elegido por el Congreso -se reitera-, en forma unipersonal, también como en el modelo anglosajón, conceptuando, previamente, sobre los sistemas de control interno que ejerce la propia administración.

Pero, por otra parte, también ejerce una función cuasijudicial o de “juzgamiento” a través del proceso de responsabilidad fiscal (llamado común pero equivocadamente “juicio fiscal”) y de los procesos de “jurisdicción coactiva”, como en el modelo latino o francés, a pesar de no estar adscrita al poder judicial, por lo que sus actuaciones tienen una naturaleza jurídica “administrativa”, y en consecuencia se someten a control judicial, como antes se expuso.

En ese sentido, los jueces, especialmente administrativos, son quienes en última instancia tienen el poder de decidir si mantienen o no los actos de atribución de responsabilidad fiscal de las contralorías, con lo cual, también ejercen, así sea indirectamente, funciones de control fiscal, por lo cual se les reconoce como parte de los sistemas de control fiscal o integridad (Dye y Stapenhurst, 1998). Más aún en nuestro medio.

Inclusive, en algunos casos, los jueces, en especial -pero no exclusivamente-, los administrativos, evalúan la gestión gubernamental y administrativa que se lleve a su conocimiento, aún sin que medie actuación de parte de tales órganos de control fiscal, con el fin de pronunciarse sobre su legalidad o ilegalidad, y realizar las correspondientes declaraciones de responsabilidad.

Por esta razón, hasta este tercer nivel, el control es de naturaleza objetiva, en la medida en que tiene como parámetro, o referente del juicio de legalidad o conformidad, la Ley y sus reglamentos, y no la opinión subjetiva sobre una gestión.

En cuarto lugar, el Congreso de la República está llamado a ejercer el control político, y por tanto, subjetivo, sobre la gestión y políticas públicas, para lo cual se fundamenta, al menos en parte, en los informes que sobre la gestión agregada o individual del Gobierno, y sobre sus políticas, le presente la Contraloría, constituyéndose, por tanto,

en el primer nivel del control subjetivo. Control que se realiza principalmente mediante el debate político, en el que juegan (o deberían hacerlo) un papel protagónico los partidos políticos.

Finalmente, la ciudadanía, o, más precisamente, el electorado, se constituye en el segundo nivel de control subjetivo sobre las políticas y la gestión agregada del Gobierno, y a la vez, en el último nivel de control, en el sentido de evaluación, sobre la gestión política de los partidos que lo representan, así como en el punto de partida de un nuevo y periódico ciclo político, al expresar su opinión en los comicios electorales con respecto a las opciones para el manejo futuro de tales políticas, en cabeza de un nuevo gobierno.

Indirectamente la ciudadanía está facultada también para realizar control sobre la gestión individual a través de los mecanismos contemplados en la (art. 270 CP).

Algunos incluyen como parte del control ciudadano al de los medios de comunicación. Sobre todo, quienes se refieren a sistemas de integridad, antes que, a sistemas de control del gasto público. Somos de la opinión que los medios masivos de comunicación juegan un papel muy importante también, junto con todos lo demás niveles de control, en la formación de opinión de los ciudadanos, que es, como se sabe, determinante en los procesos electorales y de legitimación de la gestión gubernamental. Pero precisamente por esa razón, creemos que su función llega hasta el punto de influir en esa opinión ciudadana, y no en sustituirla; por lo cual, no se constituiría en otro nivel de control, y menos, de orden jurídico, cual es la naturaleza de los que son objeto de nuestro análisis.

De esta manera, a pesar de lo que dice la Constitución, son varios los órganos, o mejor: Niveles de Poder Público, diferentes de la Contraloría, que, cumplen funciones de

control fiscal, bien sea en forma directa, esto es, por disposición expresa de la misma constitución y como atribución propia; o en forma indirecta.

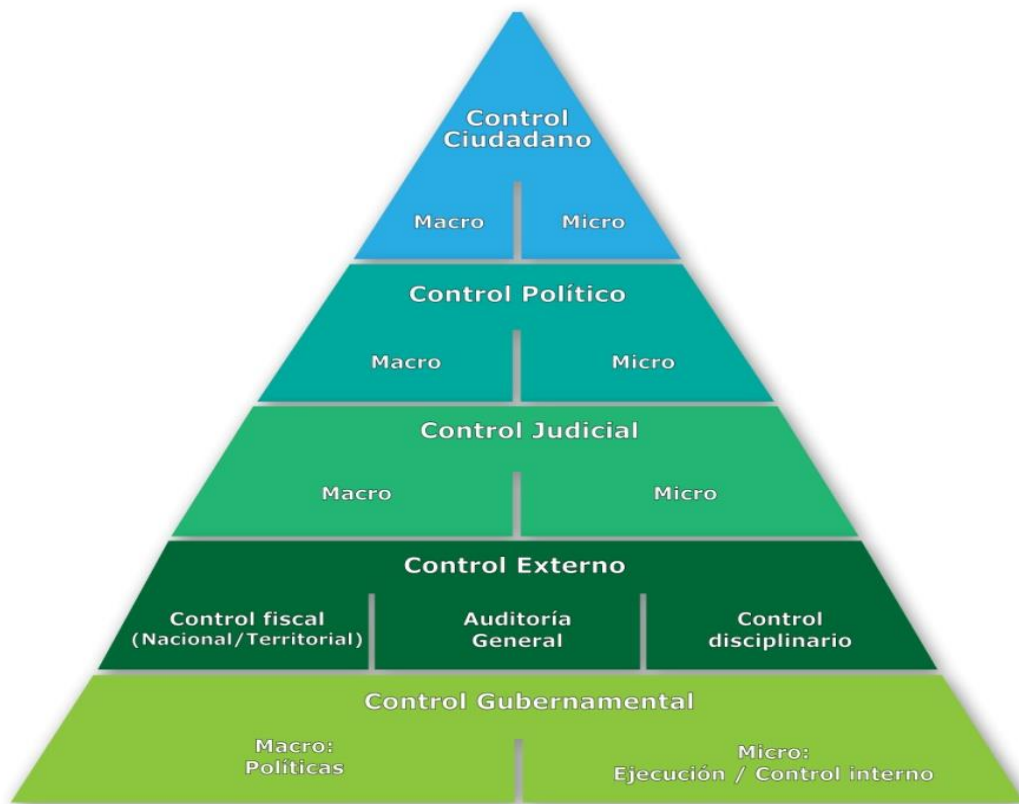
En síntesis, estos controles corresponden básicamente a las diferentes fases del llamado ciclo presupuestario de planeación, formulación, discusión, aprobación, ejecución, evaluación y control, con el que se cierra y comienza un nuevo ciclo, y van desde el control de disposición, pasando por los controles objetivos de legalidad, hasta culminar en el máximo nivel del control subjetivo y de legitimidad, que es el ciudadano.

Suponen un ejercicio escalonado de funciones de control del gasto público en forma sistémica, como lo indica Porras (2013; 184) para quien el sistema de control del gasto público “en su conjunto se construye en torno a una estructura de carácter piramidal, en la que pueden distinguirse distintos estratos que se determinan con base en “un criterio subjetivo (quién sea el sujeto controlador) y a un criterio orgánico (qué posición asuma el sujeto controlador con respecto al sujeto controlado, que es la Administración Pública)”.

Sin embargo, en nuestro concepto, tal estructura no está limitada a controlar a la Administración Pública, sino que a todo el aparato estatal que interviene de una u otras maneras en la disposición o control del gasto público por parte de la Administración Pública, como los órganos externos de control, los jueces que revisan objetivamente la legalidad de la actuación de la Administración y sus organismos controlantes, pero también del Congreso que puede evaluarlas todas, y de la misma ciudadanía, que las convalida o rechaza con su voto, influida en parte por lo que ve en los medios.

En esencia, esta concepción correspondería a también al concepto amplio de Sistema Nacional de Integridad (*National Integrity System*) propuesto por Langseth, *et. al.* (1997), como se expuso previamente, y al de control piramidal, cuya estratificación, en el caso colombiano, se muestra en la siguiente figura.

PIRAMIDE DEL CONTROL DEL GASTO PÚBLICO EN COLOMBIA



A continuación nos proponemos caracterizar cada uno de los diversos niveles del “sistema” de control del gasto público colombiano, incluyendo el subsistema de control fiscal existente, implícitos en la Constitución y legislación actualmente vigentes. Para el efecto, trataremos de establecer, en primer lugar, su tipología institucional (a partir de las disposiciones constitucionales y legales vigentes); en segundo lugar, los sujetos activos y pasivos del control (quién y sobre quiénes se ejerce, su forma de elección, dependencia, etc.); en tercer lugar, el objeto de control (políticas; actividades, recursos, etc.); en cuarto lugar, los instrumentos de control (revisoría, auditoría, juzgamiento, etc.); y finalmente, el alcance o los efectos de dicho control (modificación de las políticas públicas; moción de censura; fallo con responsabilidad; sanciones, etc.).

CAPÍTULO II

EL CONTROL GUBERNAMENTAL DEL GASTO PÚBLICO

*“Compartir es establecer un puente mediante
La sintonía y el respeto.
Dirigir es cambiar su propia conducta
Para que la otra persona le siga;
El liderazgo no funcionará sin sintonía.
No se puede guiar a alguien por un puente
Si antes no lo ha construido”.*

John Ceymour

Como se expuso en el capítulo anterior, según el DRAE, el término control, tiene en español dos acepciones, que corresponden también a sus dos sentidos funcionales, de comprobación, inspección, fiscalización, o intervención, y también de dominio, mando, o preponderancia.

La misma doble acepción quedó consagrada en la Declaración de Lima, conforme a la cual “el control no representa una finalidad en sí mismo, sino una parte imprescindible de un mecanismo regulador que debe señalar, oportunamente, las desviaciones normativas y las infracciones de los principios de legalidad, rentabilidad, utilidad y racionalidad de las operaciones financieras, de tal modo que puedan adoptarse las medidas correctivas convenientes en cada caso, determinarse la responsabilidad del órgano culpable, exigirse la indemnización correspondiente o adoptarse las determinaciones que impidan o, por lo menos, dificulten, la repetición de tales infracciones en el futuro” (INTOSAI, 2012).

En cuanto al gasto público, lo entendemos con Ranelletti (2007) como la riqueza que utiliza el Estado y otros entes públicos para cumplir con sus funciones, en especial, la provisión de servicios públicos. Para el efecto, inicialmente el Gobierno, parte fundamental del aparato estatal para efectos del gasto público, define una serie de prioridades de gasto, luego de lo cual elabora un presupuesto que apunte al logro de los objetivos priorizados,

ejecuta los recursos dispuestos para ese fin, y él mismo, a menos en una fase inicial, ejerce su control o evaluación.

Como lo señala Porras (2013, 26), si bien el Estado, “a través de múltiples formas (*policy tools*): legislación y regulación, intervención directa, certificación, canalización de información”, influye sobre la economía, es el gasto público la principal herramienta de intervención, “porque el Estado social y democrático de Derecho, forma en la que se constituyen la mayoría de los Estados del mundo desarrollado, articula gran parte de su actividad en torno al gasto público vehiculado a través del presupuesto, mediante el desarrollo de políticas intervencionistas que son en la práctica programas de gasto. Resulta por lo tanto muy difícil imaginar el ejercicio del poder público en un marco constitucional sin la existencia de un sistema de control del gasto público consistente”.

Habría que señalar, no obstante, que la presupuestación también busca otros fines, no menos importantes, como concretar las reformas administrativas, proveer información sobre la forma de ejecución del gasto, prevenir los ciclos económicos, y servir de instrumento de responsabilización fiscal (Eckstein, 1963).

De manera que, el gasto público no es un acto simple de ejecución instantánea, sino uno completo, que se desarrolla en diferentes momentos, y por parte de diversos órganos del Estado, que intervienen en su planeación, supervisión, ejecución y control posterior. O lo que es lo mismo, en su disposición y control, como se ha definido.

En tal sentido, utilizamos el término Control Gubernamental del Gasto Público en Colombia, para referirnos, en primer lugar, al poder del Gobierno para definir las prioridades del gasto público a nivel macroeconómico (mediante la fijación de políticas públicas), el monto de los recursos que se han de destinar para su ejecución, y a quienes la acometerá, y en un segundo momento, para ejercer tutela sobre él mismo.

En otras palabras, al poder del Gobierno, para definir, en un primer nivel decisorio, las políticas públicas a su cargo (tributaria, de subsidios, arancelaria, laboral, agraria, de subsidios, etc.), y, mediante ellas, priorizar el gasto público y su intervención en la economía. O, lo que es lo mismo, al control directo que tiene asignado y ejerce el Gobierno, conformado por el Presidente de la República, sus Ministros y los Directores de Departamentos Administrativos (art. 115 CP), en especial el de Planeación Nacional; para definir las políticas públicas a su cargo, principal –aunque no exclusivamente- a través del denominado Plan Nacional de Desarrollo (arts. 200-3 y 339 CP).

Poder que se extiende, en cabeza del Presidente, a las políticas a cargo del Banco de la República (Banca Central), en la medida en que, dentro de sus atribuciones, está la de designar a tres de los miembros de su Junta Directiva, que además, es presidida por el Ministro de Hacienda, su agente directo; con lo cual el Gobierno termina incidiendo también en las políticas a su cargo (art. 372 CP)⁷, esto es, en las importantísimas políticas monetaria, cambiaria, crediticia, y de inversión y manejo de las reservas internacionales.

Pero también para formular los proyectos anuales de presupuesto, que es el principal instrumento de intervención del Estado en la economía (González, 1973), para que sean tramitados por el Congreso de la República (art. 346 CP), mediante los cuales tales políticas, en gran medida, se concretan.

Y en segundo lugar, al control del Gobierno sobre su gestión o ejecución. Esto es, como expresión de su poder de dirección, tutela, supervisión, verificación y control, sobre la gestión y ejecución del gasto público, lo que se concreta, principalmente de tres maneras:

⁷ “Artículo 372. La Junta Directiva del Banco de la República será la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, conforme a las funciones que le asigne la ley. Tendrá a su cargo la dirección y ejecución de las funciones del Banco y estará conformada por siete miembros, entre ellos el Ministro de Hacienda, quien la presidirá. El Gerente del Banco será elegido por la Junta Directiva y será miembro de ella. Los cinco miembros restantes, de dedicación exclusiva, serán nombrados por el Presidente de la República para períodos prorrogables de cuatro años, reemplazados dos de ellos, cada cuatro años. Los miembros de la junta directiva representarán exclusivamente el interés de la Nación”.

1) Al designar y remover discrecionalmente a los funcionarios del nivel directivo, encargados precisamente de gestionar y ejecutar las políticas y recursos públicos, para lo cual están obligados a atender sus órdenes y directrices (art. 189-1 CP); 2) Al definir las políticas, y expedir los reglamentos, a los que ha de sujetarse el ejercicio del Control Interno; y, 3) Al designar discrecionalmente a los jefes de las oficinas de Control Interno, encargados de ejercer vigilancia sobre aquellos (art. 289 CP).

En el caso del Banco de la República se dispuso que al Presidente le corresponde ejercer su inspección, vigilancia y control, lo que inicialmente se prestó a controversias en torno al alcance de las mismas con respecto a las de la Contraloría, aunque finalmente se determinó que, mientras el Auditor, funcionario público de libre nombramiento y remoción del Presidente tiene a su cargo, entre otros asuntos, certificar sus estados financieros, y ejercer el control de gestión y de resultados de la entidad, ejerciendo las funciones propias del Revisor Fiscal, al Contralor General de la República ejercer el control de gestión y de resultados sobre su gestión fiscal (Charon, 2005).

Con lo cual, el Control Gubernamental del Gasto Público, a Nivel Micro, o sobre la gestión administrativa, tendría en las administraciones públicas, a través de las oficinas de control interno, y del auditor del Banco, su expresión más concreta, dejando de ser, a partir de ese momento, gubernamental, para tornarse propiamente en administrativo o interno.

En otras palabras, el Control Gubernamental del Gasto Público, va, desde lo Macro, hasta lo micro, pero en este último nivel llega hasta la fijación de las políticas de Control Interno.

1. CONTROL GUBERNAMENTAL DEL GASTO PÚBLICO- NIVEL MACRO

En el capítulo anterior se caracterizó el régimen de político gubernamental colombiano, a partir de lo dispuesto en la misma Constitución Política (en adelante CP),

como presidencialista, en la medida en que la persona llamada a ejercer el cargo de presidente, además de simbolizar la “unidad nacional”, está investida de la condición, y con las funciones, de “Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa”.

Ninguna mejor prueba de esa triple condición y concentración de poder, en una de las ramas del poder público, y, más exactamente, en una persona; que las potestades asignadas a este en la CP, que además de la condición de “comandante supremo de las fuerzas militares” (que no son poca cosa en un país del Tercer Mundo; por definición, con bajos niveles de legitimidad), le atribuyen el control sobre la alta burocracia del Estado (designa a los ministros del despacho y directores de departamentos administrativos, superintendentes, embajadores, gerentes de empresas industriales y comerciales del Estado, etc.); sobre la estructura de la administración pública, y, más importante, sobre el presupuesto (gasto) y la deuda pública (art. 189 CP).

En efecto, a su cargo están las funciones, tanto de formular el Plan Nacional de Desarrollo (Art. 200-3 CP), con la participación del organismo nacional de planeación; como el proyecto de presupuesto (anual) de rentas y gastos (Art. 200-4), a través del Ministerio de Hacienda, para su discusión y aprobación por parte del Congreso, no obstante lo cual, en esta materia, dicho órgano tiene expresamente prohibido aumentar cualquiera de las partidas propuestas por el Gobierno, o incluir una nueva, sin su aprobación previa y escrita (Art. 351 C.P.)⁸.

Pero también tiene el control sobre su ejecución, pues, en su condición de Jefe de Gobierno, además de designar discrecionalmente a los ministros y directores de

⁸ ARTICULO 351. El Congreso no podrá aumentar ninguna de las partidas del presupuesto de gastos propuestas por el Gobierno, ni incluir una nueva, sino con la aceptación escrita del ministro del ramo.

El Congreso podrá eliminar o reducir partidas de gastos propuestas por el Gobierno, con excepción de las que se necesitan para el servicio de la deuda pública, las demás obligaciones contractuales del Estado, la atención completa de los servicios ordinarios de la administración y las inversiones autorizadas en los planes y programas a que se refiere el artículo 341”.

departamentos administrativos, que junto con él, conforman el Gobierno (que a su vez designa a los demás directivos de entidades y establecimientos públicos); nombra a los Jefes de las Oficinas de Control Interno de las entidades administrativas llamadas a vigilarlos, conforme a las políticas que para el efecto formula, y quienes, como se indicó antes, pueden ser removidos libremente por el mismo (art. 8, Ley 87 de 1993).

Adicionalmente el Presidente tiene la facultad de “concurrir a la formación de las leyes”, bien sea presentando proyectos por intermedio de sus ministros, o “ejerciendo el derecho de objetarlos”, e inclusive, como Legislador extraordinario, en los casos en los que el Congreso lo autorice para expedir normas con fuerza de ley “cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje” (art. 150-10 CP), o cuando él mismo se invista de tal condición, si, “con la firma de todos sus ministros”, declara el “estado de excepción”, por situaciones de orden público o emergencia económica, social o ecológica (arts. 213 y 215 CP).

No sólo eso. Según el diseño institucional colombiano, además de concurrir a la formación de las leyes, el Gobierno Nacional es el que, en realidad controla directamente los temas más relevantes del ámbito competencial del Congreso, pues, aunque en el artículo 150 CP se señalan “las funciones” del Congreso, inmediatamente después, en el 154, se definen taxativamente los temas o materias que únicamente pueden ser abordados por iniciativa del Gobierno, o están sujetos a su control, con la advertencia tajante de que “sólo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las leyes a que se refieren los numerales 3, 7, 9, 11 y 22 y los literales a, b y e, del numeral 19 del artículo 150; las que ordenen participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas; las que autoricen aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales o comerciales y las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales”.

De esta manera, mientras el Gobierno termina con el control de los temas más relevantes, al Congreso, le quedan los menos, como se muestra en el siguiente cuadro, en el que, en la casilla de la izquierda, se muestran las funciones ordinarias del Congreso, contrastándolas con las demás, que, a pesar de corresponder también a funciones de ese órgano legislativo; sólo pueden ser abordadas o tramitadas por iniciativa del Gobierno.

Tabla No. 1. Funciones del Congreso

FUNCIONES DEL CONGRESO QUE NO ESTÁN SUJETAS A CONTROL DEL GOBIERNO	FUNCIONES DEL CONGRESO SUJETAS A CONTROL DEL GOBIERNO
<p>ARTICULO 150. Son funciones del Congreso:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Interpretar, reformar y derogar las leyes. 2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones. 4. Definir la división general del territorio y fijar las bases y condiciones para crear, eliminar, modificar o fusionar entidades territoriales y establecer sus competencias. 5. Conferir atribuciones especiales a las asambleas departamentales. 6. Variar, en circunstancias extraordinarias la actual residencia de los altos poderes nacionales. 8. Expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución. ... 10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. 13. Determinar la moneda legal, la convertibilidad y el alcance de su poder liberatorio, y arreglar el sistema de pesas y medidas. 14. Aprobar o improbar los contratos o convenios que, por razones necesidad nacional, hubiere celebrado el Presidente de la República, con particulares, compañías o entidades públicas, sin autorización previa. 15. Decretar honores a los ciudadanos que hayan prestado servicios a la patria. 	<p>ARTICULO 154. Sólo podrán ser dictadas o reformadas por el Gobierno, las leyes que se refieran a:</p> <p>“3. Aprobar el plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con la determinación de los recursos y apropiaciones que se autoricen para su ejecución, y las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de los mismos.</p> <ol style="list-style-type: none"> 7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales y autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y de sociedades de economía mixta. 9. Celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales. 11. Establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración. 12. Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley.

<p>16. Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional.</p> <p>17. Conceder amnistías o indultos generales por delitos políticos.</p> <p>18. Dictar las normas sobre apropiación, adjudicación y recuperación de tierras baldías.</p> <p>19. Dictar las normas generales (marco), y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:</p> <p>c) Modificar, por razones de política comercial los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas;</p> <p>d) Regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público;</p> <p>f) Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.</p> <p>20. Crear los servicios administrativos y técnicos de las Cámaras.</p> <p>21. Expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica.</p> <p>...</p> <p>23. Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos.</p> <p>24. Regular el régimen de propiedad industrial, patentes y marcas y las otras formas de propiedad intelectual.</p> <p>25. Unificar las normas sobre policía de tránsito en todo el territorio de la República. Expedir el estatuto general de contratación de la administración pública.</p>	<p>a) Organizar el crédito público;</p> <p>b) Regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambio internacional, en concordancia con las funciones que la Constitución consagra para la Junta Directiva del Banco de la República;</p> <p>e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.</p> <p>22. Expedir las leyes relacionadas con el Banco de la República y con las funciones que compete desempeñar a su Junta Directiva.</p> <p>Art. 154 “las leyes las que ordenen participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas”; “las que autoricen aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales o comerciales”; “y las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales”.</p>
---	---

Fuente: Elaboración propia

De esta forma queda en evidencia que, mientras al Gobierno se le asignó el control directo sobre los temas económicos más relevantes, como la formulación del Plan de Desarrollo (y el de inversiones); la burocracia y estructura de la administración pública; la contratación pública y negociación de empréstitos; la enajenación de bienes nacionales; establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración (control presupuestal); la legislación tributaria (sobre la política tributaria, y por ende, sobre los beneficios tributarios); y, el control sobre la política arancelaria y cambiaria; al Congreso, a pesar del ser (o estar definido como) el órgano de representación y en el que reside la

“soberanía” popular, le quedan en la práctica las atribuciones de definir la división del territorio; variar la residencia de los poderes; facultar al gobierno como legislador extraordinario; aprobar los contratos que este haya celebrado; decretar honores; aprobar los tratados que el Presidente haya suscrito, y crear los servicios administrativos de las cámaras del Congreso.

Adicionalmente, el control del Gobierno sobre la agenda legislativa se extiende y se ratifica durante las sesiones extraordinarias (que son norma en el sistema político colombiano, por lo que, en la práctica, se constituyen en el segundo periodo anual de sesiones), y que únicamente se pueden citar por iniciativa del Gobierno; durante el cual el Congreso únicamente sólo puede ocuparse de los asuntos que este someta a su consideración y aprobación (art. 138 CP).

Llegados a este punto, podría argumentarse que, si bien el Gobierno tiene el control e iniciativa sobre los temas económicos, y no el Congreso, a este todavía le queda como recurso no aprobárselos, pero tal argumento pierde peso, precisamente porque, como acaba de indicarse, el Gobierno tiene a su favor dos poderosos instrumentos de negociación política, asignados a su favor por la misma Constitución: la burocracia y el presupuesto.

Sobre la forma en que estos recursos suelen utilizarse en el sistema político colombiano para asegurar las mayorías parlamentarias, o, como púdicamente se le denomina oficialmente, la “governabilidad”, y sobre sus efectos; nos referiremos en el Capítulo IV. Por ahora, baste con decir que, el uso (y evidente abuso) de estos instrumentos tiene consecuencias desastrosas para el sistema de controles, pues, además de impedir un ejercicio objetivo del control político, y, por tanto, que las leyes se aprueben en beneficio de la mayoría; incide directamente en los niveles de corrupción en la gestión estatal, y particularmente, en la gubernamental.

De todas maneras, aun así, si fuera necesario, el presidente está investido de la facultad de objetar, por inconveniencia o inconstitucionalidad, cualquier proyecto de ley, incluyendo los (pocos) que no estén sujetos a control del Gobierno, y sean de iniciativa legislativa, aunque hayan sido aprobados por las dos cámaras legislativas (Arts. 165 y 166 CP).

Habría que añadir que, asegurar de esta manera la “governabilidad” tiene una gran ventaja para el Presidente de turno, y es que el desgaste institucional suele recaer, casi exclusivamente, en el Congreso, especialmente en lo que se refiere a las leyes de impuestos, que sólo pueden tramitarse por iniciativa suya, pero en las cuales suelen camuflarse o mimetizarse como beneficios y políticas económicas que favorecen a determinados grupos o personas con poder de cabildeo, a la vez que se hace recaer el mayor peso contributivo en las clases menos favorecidas, como ha sucedido en las últimas reformas tributarias (y también laborales).

Esto se ha traducido en un sistema altamente regresivo (soportado primordialmente en impuesto indirectos, como el IVA y el GMF, que lo pagan igual los más ricos y los más pobres) lo que es particularmente injustificable en un país con los altísimos índices de concentración de riqueza e inequidad que este registra (Londoño *et. al.* 2012)⁹, a la par que es uno de los pocos en el mundo que no grava los dividendos y participaciones, ni las mesadas pensionales hasta el equivalente a cinco mil euros (Sandoval, Ortiz, & Quiroga, 2002).

Sistema que se caracteriza además por reconocer una gran cantidad de beneficios en favor de los grandes grupos económicos, disfrazados de incentivos fiscales, e inclusive, como deducciones técnicas, cuyo costo terminan pagando todos los demás contribuyentes,

⁹ Según los autores, El 1% más rico se queda con el 20% de la renta nacional.

pues obviamente el menor recaudo en unos sectores, conlleva su ajuste en contra de otros. Según datos del Ministerio De Hacienda (2014), en el Marco Fiscal de Mediano Plazo (MFMP), elaborado por el mismo, el costo estimado de los beneficios tributarios, para de 2014, fue de \$47,6 billones de pesos (únicamente los relacionados con el impuesto de renta), equivalentes aproximadamente a quince mil millones de euros.

De esta manera, los impuestos, que son el principal instrumento de recaudo de recursos públicos con criterios de justicia y equidad y para la redistribución de riqueza, fundamentales ambos en las reducción de la inequidad y de la pobreza, y por ende, para el Desarrollo (Bárceñas, *et al*, 2012: 12); dejan de cumplir ese objetivo.

Esos beneficios los reciben principalmente los sectores financiero, agropecuario, industrial y minero. Baste con citar, como ejemplos, los casos del sector bancario y agroindustrial, para ilustrar su manejo. En gran parte, gracias a los beneficios, según datos de la Superintendencia de Sociedades, el patrimonio de los bancos pasó de 6,5 billones de pesos, 2002, a 44 billones en 2012.

En el segundo caso, y también gracias a la política de exención de impuestos a los biocombustibles¹⁰, estos fueron exentos del impuesto de renta, cuyo costo fue de casi medio billón de pesos en el año 2011 (García, *et. al.* 2012), a pesar de lo cual, por efectos de su regulación gubernamental, los usuarios tuvieron que pagarlos a precios muy superiores a los que se pagan en países de la región.

¹⁰ Recién posesionado el Presidente Uribe, mediante la Ley 788 de 2002¹³, desde la cual se dispuso una gran cantidad de exenciones, se dispuso eliminar el impuesto sobre las ventas, para la caña de azúcar y el alcohol carburante, y la tarifa para el fruto de la palma de aceite, se redujo del 16% a 7%. La misma ley dispuso una exención al impuesto global y a la sobretasa al alcohol carburante. Posteriormente, durante el mismo Gobierno, con la Ley 939 de 2004, se dispuso que la renta proveniente del aprovechamiento de la palma de aceite, entre otros cultivos de tardío rendimiento, estaría exenta de pagar impuestos por un período de diez años, a lo que se sumó, mediante la Ley 1111 de 2006, la deducción de hasta el 40% del valor de las inversiones que se hicieran en activos fijos reales productivos (lotes, maquinaria, etc.), y, al final de su Gobierno, con la expedición del Decreto 383 de 2007 la modificación de los requisitos para creación de Zonas Francas, incluyendo, las Agroindustriales (sus hijos fueron beneficiados con una de ellas).

Un tercer caso, también ilustrativo de cómo el Gobierno, avalado pasivamente por el Congreso, establece políticas públicas en beneficio de grupos económicos específicos, en perjuicio o a costa del interés de las mayorías, es el caso de la configuración legal de la cuota de manejo que cobran las entidades financieras por “administrar” los recursos provenientes de los aportes pensionales de quienes están afiliados a los fondos privados de pensiones, que equivale a una porción del ahorro pensional, o capital, que varía entre el 8 y el 20% del mismo, y que es descontado por derecha; es decir, sin que media absolutamente ninguna gestión, pero –más grave-sin que el intermediario financiero asuma absolutamente ningún riesgo. Con un agravante adicional: el Gobierno es quien en realidad decide, al menos en el mayor porcentaje, en qué se pueden invertir esos recursos. En marcado contraste, en los demás casos de fiducia, las empresas financieras, no sólo no descuentan nada del capital fideicomitado, sino que reconocen y pagan rendimientos sobre su totalidad, a tasas comerciales.

Una pista sobre cómo una política tan injusta y tan lesiva (por onerosa y perjudicial a los intereses de la mayoría, a la vez que rentable y benéfica a un interés particular), logra imponerse por parte del Gobierno, y se avala en el Congreso, la entregó su más directo y principal beneficiario. Precisamente el dueño del mayor fondo de pensiones del país, y por lo mismo, con un enorme poder de influenciar en las políticas de gasto (una verdadera institución), al declarar y reconocer que él mismo fue uno de sus principales artífices (de hecho manifestó y se mostró orgulloso de que varios artículos de leyes los ha redactado él mismo, al lado –según dijo- de varios de los últimos presidentes, de quienes se declaró entrañable amigo) (Semana, 2009).

No es extraño, entonces, que sus empresas hayan sido objeto de subsidios, o, en otros casos, acumulen impunemente tierras originalmente entregadas a campesinos que

carecían de ellas, aumentando con ello la altísima concentración de tierras que se registra en el país¹¹, y que sus habilidades empresariales lo ubiquen recurrentemente como uno de los cien hombres más ricos del país, pero también en el mundo.

Por eso, al igual que Rivero (2004; 38), creemos que “una de las principales críticas que puede hacerse al ordenamiento de regulación e intervención en la economía de Colombia, es que no presta demasiada atención al punto de cómo evitar la captura tanto de las empresas como de los políticos por parte de las empresas. No se establecen mecanismos suficientes de fortalecimiento de la verdadera independencia del personal de los órganos reguladores en general (comisiones, superintendencias) y su “cuarentena” frente a las tentaciones retributivas del sector privado.

De esta manera, queda claro que es el Gobierno (descontando la influencia de los hombres y grupos económicos más poderosos del país, la mayoría de los cuales también lo son en el mundo), el que ejerce control directo sobre la agenda legislativa en los temas económicos y presupuestales, y por tanto es quien define las principales políticas públicas, pues puede decidir si un proyecto de Ley culmina o no su trámite, antes de sancionarlo con su rúbrica, y de que se someta, eventualmente, a control por parte de la Corte Constitucional. Aunque también lo es que, precisamente por esa concentración de poder, este es más susceptible a las presiones de los grupos de poder que ven más eficiente así, llegar a acuerdos con el Gobierno, antes que con el conjunto, más o menos grande, de quienes tienen a su cargo la representación del interés general.

Igualmente resulta claro que, el Gobierno Nacional, en cabeza del Presidente de la República, tiene el control directo de los principales instrumentos de intervención estatal en

¹¹ Según el Censo Agropecuarios de 2014, las unidades mayores de 1.000 hectáreas representaban el 0,2 % del total, a pesar de lo cual concentraban el 74 % del área agropecuaria, mientras que las menores de cinco hectáreas contaban con apenas el 2 % del área total.

la economía colombiana: el Plan Nacional de Desarrollo, la Ley Anual de Presupuesto, la Legislación Tributaria, y la política arancelaria, entre otras; aunque, según se expuso, indirectamente controla, o por lo menos incide también en las políticas a cargo del Banco de la República (Banca Central), en la medida en que su Junta Directiva es presidida por el Ministro de Hacienda, esto es, su agente directo; y además elige a por lo menos tres de sus siete miembros (art. 372 CP).

Habría que advertir que, en vigencia del Acto Legislativo 2 de 2004, que aprobó la reelección inmediata del Presidente, este podía elegir a todos los miembros de la Junta Directiva del Banco de la República, lo que claramente conllevaba un enorme desequilibrio institucional, al concentrar un enorme poder en el Ejecutivo, por quedar este investido, en la práctica, de la facultad de definir todas las políticas económicas, lo que, conllevaba una variación fundamental en el equilibrio institucional, hasta entonces vigente; condiciones que, sin embargo, no fueron percibidas así por la Honorable Corte Constitucional al momento de definir y reconocer su exequibilidad (Sentencia C-1040 de 2005).

En cuanto al Plan Nacional de Desarrollo, está establecido constitucionalmente que cada Gobierno debe formularlo y presentarlo a consideración del Congreso, dentro los seis meses siguientes a la iniciación del período presidencial respectivo, no obstante lo cual en el artículo 339 CP se dispuso que en éste se “señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno”.

Así, resulta evidente que el Plan Nacional de Desarrollo fue concebido institucionalmente, y, corresponde en realidad, a un Plan de Gobierno, que a lo sumo se proyecta para ser ejecutado y cumplido dentro de los cuatro años del Gobierno de turno, y

no a largo plazo (que es como se deben concebir los objetivos y estrategias políticas destinadas al desarrollo de un país); en el que se consignan las políticas económicas que han de orientar la acción de la administración durante ese período.

Esto, a pesar de haberse dispuesto la creación del Consejo Nacional de Planeación integrado por representantes de las entidades territoriales y de los sectores económicos, sociales, ecológicos, comunitarios y culturales, aunque designados también por el Presidente de la República para períodos de ocho años (art. 340 CP), lo que cuando menos debería constituirse como un mecanismo de articulación entre el plan de un gobierno y otro, a pesar delo cual, y que por el contrario, no fue previsto ese carácter.

Pero ese no es su principal problema. La mayor dificultad de la gestión presupuestal en la fase de planeación, programación y aprobación nace de la inexistencia de prioridades estratégicas acogidas por toda la sociedad y, por ende, de la falta de conciencia colectiva sobre los costos de lograr tales objetivos y de su distribución entre los agentes sociales. De este modo, el presupuesto no logra ser un ejercicio de maximización pública (porque sólo existen objetivos individuales o de grupo) sujeta a restricciones (porque estas no son socialmente aceptadas) (Colciencias, 2000).

Infortunadamente esta circunstancia deriva en que el Presupuesto continúe siendo un “simple documento de rutina aritmética”, en vez de constituirse, por su contenido y alcances, y de modo primordial por su conexidad con el plan nacional de desarrollo, “en la gran síntesis y el gran instrumento de la hacienda pública” (Plazas, 2006: 374).

En cuanto a la Ley Anual de Presupuesto, que es el principal y más visible instrumento de disposición de recursos públicos y para la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo (Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 2011), el artículo 346 CP establece que le corresponde al Gobierno formular anualmente el correspondiente proyecto de

presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, para ser presentado al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura (20 de julio), y que este debe corresponder al Plan Nacional de Desarrollo, reiterándose de esta manera la obligación de correspondencia entre los postulados de este último (propósitos, objetivos, planes, metas, programas y prioridades de la acción estatal, o políticas públicas), y la Ley Anual de Presupuesto, con las que se concreta.

Con ese propósito, se dispuso que dicho proyecto debe incluir la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva, y que si los ingresos legalmente autorizados no fueran suficientes, el Gobierno debe proponer, por separado, ante las mismas comisiones que estudian el proyecto de ley del presupuesto, la creación de nuevas rentas o la modificación de las existentes (art. 347 CP).

Por otra parte, se dispuso que, aunque el proyecto debe ser “debatido” por el Congreso (durante los tres primeros meses de cada legislatura), ni el monto de las rentas, ni el de los recursos del crédito, ni los provenientes del balance del Tesoro, podrán aumentarse por el Congreso sino con el concepto previo y favorable suscrito por el ministro del ramo, confirmando de esta manera la supremacía del Gobierno sobre el Congreso en materia de Gasto Publico (art. 349 CP).

La misma supremacía gubernamental se consagró al preverse que si el Congreso no aprueba el proyecto dentro del referido término, regirá el presentado por el Gobierno, y que, en todo caso, en caso de que no lo presente dentro de dicho plazo, regirá el del año anterior, evento en el cual además “podrá reducir gastos, y, en consecuencia, suprimir o refundir empleos, cuando así lo aconsejen los cálculos de rentas del nuevo ejercicio” (art. 348 CP), situación conocida como “dictadura fiscal”, que también puede presentarse en los entes subnacionales.

Finalmente, en el artículo 351 CP se contempla una tercera circunstancia que confirma la supremacía del Poder Presidencial sobre el Gasto Público, al elevarse a canon constitucional su “poder de veto” sobre cualquier iniciativa de gasto diferente de las suyas; esto es, incluyendo aquellas de origen legislativo.

Esto a pesar de haberse previsto en la misma norma, aunque con un carácter evidentemente apenas formal, que el Congreso puede eliminar o reducir partidas de gastos propuestas por el Gobierno, “con excepción de las que se necesitan para el servicio de la deuda pública, las demás obligaciones contractuales del Estado, la atención completa de los servicios ordinarios de la administración y las inversiones autorizadas en los planes y programas a que se refiere el artículo 341”.

De esta manera en la Constitución Política se previó en forma clara un poder concentrado en cabeza del Presidente sobre las políticas y el gasto público (Nivel Macro), pues:

1) Define (o incide en) las políticas públicas, tanto aquellas a cargo del mismo Gobierno, como de aquellas a cargo de la Banco Central (o por lo menos, incidir en estas últimas), en especial todas aquellas que tiene relevancia económica (tributaria, de subvenciones, arancelaria, laboral, crediticia, etc.).

2) Determina los recursos que cada año han de destinarse a la ejecución de esas políticas y al funcionamiento general del Estado (incluyendo el de las entidades de control, definidas como independientes, no obstante lo cual están obligadas a acudir al Ministerio de Hacienda para el trámite de sus presupuestos), mediante la Ley Anual de Presupuesto.

Pero también sobre la gestión y ejecución de esas políticas y gasto público, o a Nivel Micro, pues:

3) Designa a los funcionarios de Nivel Directivo encargados de la ejecución de las políticas del mismo Gobierno, a quienes puede remover discrecionalmente;

4) Define y reglamenta las políticas en materia de Control Interno; y,

5) Designa a los Jefes de las Unidades u Oficinas de Control Interno (micro), o administrativo, de cuya eficacia dependen los subsiguientes subsistemas de control, como se expondrá a continuación.

2. CONTROL GUBERNAMENTAL SOBRE LA GESTIÓN Y EJECUCIÓN DEL GASTO PÚBLICO- NIVEL MICRO

El control gubernamental sobre la gestión y ejecución del gasto público, se verifica en dos niveles y por diferentes instancias gubernamentales.

En primer lugar, a Nivel Gubernamental, mediante (i) la designación, por parte del Presidente de la República, de los ministros, superintendentes, gerentes, directores y demás funcionarios directivos designados para ejecutar las políticas del Gobierno; (ii) la determinación de las políticas de control interno, por parte de las instancias gubernamentales encargadas de planificar, diseñar y reglamentar las políticas de Control Interno, encabezadas por el Presidente de la República; y (iii) la designación, también por parte del Presidente, de los jefes de las oficinas de control interno.

Y en segundo lugar, a Nivel Administrativo; esto es, por parte de las Oficinas de Control Interno de las entidades administrativas, en cabeza de sus jefes; encargadas de desarrollar esa función.

Tanto las instancias gubernamentales llamadas a definir las políticas públicas en materia de Control Interno, como dichas oficinas, llamadas a ejecutarlas, conforman el Subsistema de Control Fiscal Interno, o de primer nivel.

A continuación nos referimos brevemente a cada una de esas cuatro diferentes instancias gubernamentales: En primer lugar, el Presidente de la República, quien para el efecto, cuenta con el Consejo Asesor en esa materia (decreto 280 de 1996). En segundo lugar, la Secretaría de Transparencia del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (Decreto 1649 de 2014). Y en tercer lugar, al Departamento Administrativo de la Función Pública (Decreto 188 de 2004), no obstante que su función principal es el manejo de los asuntos laborales del Estado, o Servicio Civil (otra de las particularidades del sistema institucional de control).

Estos organismos gubernamentales tienen a su cargo las funciones de diseño y desarrollo de las políticas de Control Interno, y de su reglamentación y orientación. Es decir, a Nivel Macro, con lo cual, hasta este nivel llegaría el Control Gubernamental propiamente dicho sobre la Gestión y el Gasto Público.

A partir de ahí, y, en cuarto lugar, el Control Interno se realiza o concreta, por parte de las Unidades Asesoras u Oficinas de Control Interno (Decreto 1826 de 1994), que son las llamadas a ejecutar tales políticas gubernamentales para el desarrollo de esa función, en cada una de las entidades administrativas que cuentan con esta dependencia, razón por la cual, a partir de este último nivel, el control gubernamental deja de serlo y se convierte en administrativo, o, más exactamente, según su denominación legal, en Control Interno.

A estas oficinas, como unidades ejecutoras del Control Interno, se sumó posteriormente la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales – ITRC, creada mediante Decreto 4173 de 2011, último experimento institucional para, según se dijo, enfrentar la corrupción administrativa. O, por lo menos, y más precisamente, en tres entidades administrativas: la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, que es la agencia tributaria del Estado; la

Unidad de Gestión de Pasivos Pensionales, encargada del recaudo y control de los aportes parafiscales destinados al pago de pensiones, y la Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar, encargada del recaudo y control de los recursos provenientes de ese monopolio.

Su creación, según se indica en el referido decreto, obedeció a la necesidad de implementar programas de auditoría e investigación sobre las entidades administradoras de tributos, contribuciones parafiscales y rentas, y sobre sus funcionarios, con el fin de consolidar unas finanzas públicas sanas, en forma independiente de estas, pero “adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público”, con el fin de:

1. Adelantar auditorías y formular recomendaciones sobre los procesos, acciones y operaciones de la DIAN, de la UGPP y de la entidad administradora del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar, y,

2. Asumir las competencias de las Oficinas de Control Disciplinario Interno de esas entidades, respecto a las faltas disciplinarias en que incurran los funcionarios de la DIAN, de la UGPP y de la entidad administradora del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar, en aquellos casos que resulte necesario para la defensa de los recursos públicos, sin perjuicio del poder preferente del Procurador General de la Nación.

Básicamente otra entidad encargada de desarrollar auditorías “internas” pero externamente, sobre la gestión de las referidas entidades, es decir, en forma posterior y no previa a la gestión de los ingresos, y, con base en estas, los procesos disciplinarios, contra los funcionarios cuyas conductas se tipifiquen como falta.

2.1 Instituciones de Control Gubernamental a nivel micro

2.1.1 Presidencia de la República y Control Interno

Como consecuencia de las discusiones que llevaron a la promulgación de la Constitución de 1991, mediante la cual se decidió la eliminación del control previo en cabeza de la Contraloría; se dispuso, que la administración pública, en todos sus órdenes, tendría un control interno según lo que se definiera en la ley, cuyo diseño y aplicación estaría a cargo de “las autoridades correspondientes” (arts. 209 y 269 CP).

Teniendo en cuenta su calidad de Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa (art. 189 CP), en el diseño institucional colombiano, este cuenta con dos grandes atribuciones en materia de Control Administrativo o Interno.

En primer lugar, tiene a su cargo la función de fijar las políticas en materia de Control Interno en coordinación y con el apoyo del Consejo Asesor del Gobierno Nacional en Materia de Control Interno de las Entidades del Orden Nacional y Territorial, la Secretaría de Transparencia, adscrita a la Presidencia, y el Departamento Administrativo de la Función Pública (Leyes 87 de 1993, 489 de 1998 y 1474 de 2011).

Y, en segundo lugar, a partir de la expedición de esta última norma, de designar a los jefes de Unidades u Oficinas de Control Interno, en las entidades estatales de la rama ejecutiva del orden nacional, y de removerlos libremente (art. 8, Ley 1474 de 2012).

Para el efecto lo asiste el Consejo Asesor del Gobierno Nacional en Materia de Control Interno para las Entidades del Orden Nacional y Territorial, creado mediante el decreto 280 de 1996, en el que se dispuso que este sería presidido por el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, encargado además de la implementación del Comité Interinstitucional de Control Interno (CICE), integrado por los

jefes de las oficinas de control interno de los más importantes organismos y entidades del orden Nacional, “para intercambiar y compartir experiencias en materia de control Interno”.

Como objetivos del Consejo, se previeron entre otros, la "Definición del criterio y proceso de rendición de cuentas de las entidades públicas que involucran la auditoría Intra e Interinstitucional y la participación ciudadana, según el ordenamiento normativo”, el “asesoramiento y orientación del accionar estatal, en el manejo y uso de los recursos públicos para la obtención del mayor beneficio en su utilización”, y “recomendar procesos de implantación de las actuales o nuevas normatividades tendientes a la transparencia de la gestión pública y la erradicación de la corrupción administrativa”.

En ninguno de sus objetivos se planteó el control previo del gasto. Por el contrario, el enfoque fue exclusivamente hacia (i) el “asesoramiento”, la “orientación” y la “recomendación” “tendientes a la transparencia” en la gestión pública; (II) orientar el proceso de rendición de cuentas, y (III) recomendar -apenas eso, pues es del resorte de los jefes y directivos de las entidades administrativas la implementación del Control Interno en sus entidades- “la implantación de las actuales o nuevas (sic) normatividades (sic) tendientes a la transparencia de la gestión pública (sic)”.

En otras palabras, se concibió inicialmente, en forma por demás confusa, como un mecanismo de mejora en la calidad, y definitivamente no, como uno de control.

Posteriormente, mediante la Ley 489 de 1998, ni más ni menos que el Estatuto Básico de la Administración Pública, se crea el Sistema Nacional de Control Interno como instancia de articulación en todo el estado, reiterándose su dirección por parte del Presidente de la República en su condición de máxima autoridad administrativa.

Como su objetivo (art. 28) se dispuso el de integrar en forma “armónica, dinámica, efectiva, flexible y suficiente, el funcionamiento del control interno de las instituciones

públicas, para que, mediante la aplicación de instrumentos idóneos de gerencia, fortalezcan el cumplimiento cabal y oportuno de las funciones del Estado”, con lo que, nuevamente se reiteró su carácter gerencial o de asistencia a los directivos de las entidades administrativas, y no de control previo y efectivo del gasto público.

2.1.2 La Secretaría de Transparencia

Mediante el Decreto 127 de 2001, se crea el Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia, Transparencia y Lucha contra la Corrupción, que, por estar a cargo de un Consejero, se conoció también como Consejería, y a su jefe, como Zar Anticorrupción (de hecho, aún hoy en día, en los informes a cargo de la ahora llamada Secretaría de Transparencia, se autodenomina así).

Al Zar Anticorrupción se le asignaron las funciones de asistir al Presidente y al Gobierno Nacional en el diseño de las políticas gubernamentales destinadas a promover “la lucha contra la corrupción”; recomendar controles y mecanismos encaminados a mejorar la eficiencia y garantizar la transparencia en las actuaciones administrativas; recibir denuncias en contra de los funcionarios públicos de cualquier orden, y darles el respectivo trámite ante la autoridad competente; y coordinar con el Ministerio del Interior y el Departamento Administrativo de la Función Pública, las acciones, programas y políticas relacionadas con la lucha contra la corrupción (art. 15).

Algo más parecido a una oficina de trámite de quejas y denuncias, ante las autoridades competentes, o más precisamente, de correspondencia, como la denominó uno de sus directores, que a un funcionario con poder efectivo de luchar contra la corrupción administrativa. Y muy lejos de un verdadero “Zar Anticorrupción” (si es que ello pudiera depender de un funcionario o agencia estatal), a menos que se tratara del Zar Alejandro minutos antes de ser ejecutado en Rusia por los bolcheviques triunfantes.

Sin embargo, la Consejería ha perdurado transformada, al menos nominalmente, en Secretaría de Transparencia (Decreto 4637 de 2011), básicamente con las mismas funciones, adicionadas luego, en cuanto al Control Interno, con las de consolidar y analizar los informes y reportes que presenten los jefes de control interno de la Rama Ejecutiva del orden nacional, o de quienes hagan sus veces y proponer acciones preventivas en esta materia, informando sobre las mismas a la Comisión Nacional para la Moralización.

En síntesis, otra entidad que se suma a la constelación de comisiones, entidades, consejos, y oficinas con funciones rimbombantes en el papel, pero con poco alcance real. Ninguna de las cuales, en cambio, con el poder de reglamentar o coordinar un control previo administrativo funcional sobre el gasto público.

2.1.3 El Departamento Administrativo de la Función Pública

Mediante Decreto 2145 de 1999 se conceptualizó el Sistema Nacional de Control Interno, en forma confusa, como “el conjunto de instancias de articulación y participación, competencias y sistemas de control interno, adoptados en ejercicio de la función administrativa por los organismos y entidades del Estado en todos sus órdenes, que de manera armónica, dinámica, efectiva, flexible y suficiente, fortalecen el cumplimiento cabal y oportuno de las funciones del Estado”.

En este, además de reiterarse la dirección del sistema por parte del Presidente de la República como máxima autoridad administrativa, con el apoyo y coordinación del Consejo Asesor del Gobierno Nacional creado para el efecto, se le asigna la función de presidirlo al Director del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Además, a ese organismo se le atribuye la función regulatoria y de asistencia en esa materia, a pesar de que su principal función consiste en formular las políticas generales de

Administración Pública, particularmente en temas relacionados con el empleo público, o servicio civil, y la Organización Administrativa; y no de intervención o control de gastos.

Posteriormente, mediante el Decreto 188 de 2004 se le asignó la función de diseñar las políticas generales en materia de Control Interno y recomendarlas al Gobierno Nacional para su adopción.

2.1.4 Las oficinas de control Interno y el control Interno Administrativo

En el mundo desarrollado (y también en algunos países en vía de desarrollo) las administraciones públicas ejercen un primer nivel de control, llamado por ello interno o administrativo, generalmente coordinado por los ministerios de economía o finanzas, fundado en los principios de autonomía administrativa y de responsabilidad (*accountability*), uno de cuyos principales propósitos es el de evitar el fenómeno de la coadministración con otros órganos, especialmente los entes de control fiscal externo, que verían afectada la objetividad con la que deben actuar, si participaran previamente en la gestión administrativa que luego deben revisar.

Además, como la función administrativa, o, más exactamente, ejecutiva, requiere llevarse a cabo ordinariamente con la agilidad y premura que demanda la satisfacción de los intereses colectivos y la oportuna y regular prestación de los servicios públicos; un sistema previo de control externo permanente, necesariamente afectaría esa oportunidad.

Sin embargo, el autocontrol tiene otros fines igualmente importantes como instrumento de gerencia pública, pues además debe servir como parámetro para medir planes y programas, brindar seguridad razonable a los estados financieros, establecer pautas de responsabilidad y autorización, permitir una coordinación estructural armónica, servir de instrumento para la toma de decisiones, salvaguardar los activos de las organizaciones y protegerlas contra los errores humanos y fraudes, permitir una retroalimentación constante,

garantiza el cumplimiento de la ley, facilitar la delegación de autoridad, vencer la resistencia a delegar, facilitar las operaciones efectivas, determinar la relación costo-beneficio, servir de medio de autocontrol y promover el cambio (Granda, 2009).

Por ello, el autocontrol de la administración, o interno (que además es previo al gasto, *o ex ante*), se concibió como un mecanismo idóneo para que la misma administración conciliara los fines de garantía funcional oportuna, con el de legalidad y regularidad del gasto, que supone la gestión de todo recurso público o de terceros, el cual sirviera de punto de partida para la evaluación posterior de la gestión y de los resultados de la Administración, por parte del mismo Gobierno, del Congreso y de la ciudadanía (Vásquez Miranda, 2000). Única forma de garantizar la efectividad y legitimidad de la función pública.

Por eso, aunque los objetivos de control interno son muy amplios, la mayor parte de los países se centran en la regularidad y legalidad del gasto, razón por la cual se ha diseñado para comprobar convenientemente el cumplimiento de tres objetivos: eficacia y eficiencia de las operaciones; fiabilidad de la información financiera; y conformidad con la legislación vigente. “De hecho, el control interno es básicamente un proceso financiero y sólo unos pocos países comienzan a extenderlo recientemente al control de la gestión, la revisión de los resultados y las técnicas de gestión del riesgo” (OCDE, 2006).

En este sentido, mientras que el Control Administrativo tiene por objeto asegurar la regularidad, tanto del ingreso, como del gasto, desde el punto de vista legal y presupuestario, mediante la intervención o fiscalización, para que este se ejecute según lo dispuesto, y en el monto, previsto en la Ley; el externo, o posterior, además de evaluar la eficacia de este primer nivel de autocontrol, tiene por objeto evaluar, de manera independiente al Gobierno, su gestión y resultados, a partir de los registros contables, la

cuenta que se rinda sobre tal gestión, y el informe de desempeño institucional, de manera que, con fundamento en tal evaluación, los diseñadores de las política públicas, los representantes de los ciudadanos, y los mismos ciudadanos, mediante su voto, puedan avalar su manejo pasado, o expresar su voto de confianza con respecto a su manejo futuro, y así, reencausar el gasto, o que se corrijan las desviaciones o errores en su gestión.

En otras palabras, las dos formas de control, interno o administrativo, o de primer nivel, y externo o posterior, o de segundo nivel, son importantes instrumentos de Gerencia Pública o de Estado, que tienen por objeto procurar un mejor uso de los recursos públicos, y por tal razón, aunque diferentes en términos de oportunidad, medios, sujetos y alcance, deben ser complementarios.

No obstante, en la medida en que el uno antecede al otros, y es fundamental para su buen suceso, es clave que sea funcional para el efecto. Es por eso que la mayoría de países desarrollados separaron las dos modalidades o niveles de control fiscal desde hace más de un siglo.

En España, la Intervención General de la Administración del Estado se creó oficialmente mediante el Decreto de Echegaray de 7 de enero de 1874, dentro del organigrama del Ministerio de Hacienda (corresponde a la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos) y se le asignó la misión institucional de velar por la exacta aplicación de las leyes y por la guarda y legítima inversión de los caudales, de las rentas y de toda clase de pertenencias del país.

Sin embargo, como lo señala Fernández Ajenjo (2009; 190), “la etapa preliminar (1812-1870) de esta institución se inicia, dentro de la era constitucionalista, con el reconocimiento expreso en la Constitución de Cádiz de 1812 de las funciones interventoras de las Contadurías de Valores y de Distribución de la Renta Pública, en relación con las

salidas y entradas de fondos con la finalidad de que «la tesorería general lleve su cuenta con la pureza que corresponde».

Según el mismo, “Tras estas primeras previsiones constitucionales del control interno, la fase constitutiva de la IGAE empieza a adoptar una forma más definida dentro de la reforma de la Hacienda Pública de 1850 que se dirigió expresamente a combatir los abusos y la corrupción que se habían propagado ante la ineficacia de los controles de los fondos públicos, para lo cual, entre otras medidas, se consagró la división moderna entre el control interno regulado en la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1850 y el control externo regido por la Ley de 10 de julio de 1851”.

En la actualidad, la IGAE, como órgano de control interno está encargada de verificar, mediante el control previo de legalidad y el control financiero, “que la actividad económico-financiera del sector público se adecúa a los principios de legalidad, economía, eficiencia y eficacia. Como centro gestor y directivo de la contabilidad pública le compete (además) proporcionar información contable fiable, completa, profesional e independiente sobre la gestión pública y dictar las normas necesarias para su adecuado desarrollo”.

Más cercanamente, en Argentina, la Sindicatura General de la Nación, adscrita y dependiente de la Presidencia de la Nación, coordina, como órgano rector del Sistema de Control Interno (Gonzalez, 2005), las actividades orientadas a lograr que la gestión del sector público nacional alcance los objetivos de gobierno mediante el empleo adecuado de los recursos en el marco legal vigente, tiene a su cargo las siguientes funciones:

-Dictar, aplicar y supervisar el cumplimiento de las normas de control interno, que deben expedirse en coordinación con la Auditoría General de la Nación, a cargo del Control Externo o de segundo nivel.

- Disponer la realización o coordinar la realización de auditorías financieras, de legalidad y de gestión, así como también de estudios referidos a la regularidad jurídica, de investigaciones especiales, pericias de carácter financiero o de otro tipo, y consultorías sobre evaluación de programas, proyectos y operaciones. Asimismo efectuará las auditorías externas que le fueran requeridas, de acuerdo con la Auditoría General de la Nación cuando así corresponda. Para el efecto puede recurrir a la contratación de servicios profesionales independientes, cuando así lo aconseje la magnitud, naturaleza o especialidad de los trabajos.

- Vigilar el cumplimiento de las normas contables, emanadas de la Contaduría General de la Nación.

-Supervisar el adecuado funcionamiento del sistema de control interno, facilitando el desarrollo de las actividades de la Auditoría General de la Nación.

-Establecer los requisitos mínimos de calidad técnica para la integración de las unidades de auditoría interna, y la especialidad profesional adecuada a cada actividad desarrollada por las jurisdicciones y entidades.

-Aprobar los planes anuales de trabajo de las unidades de auditoría interna, las que deberán presentarlos a tal efecto a la Sindicatura antes del 30 de octubre del año anterior.

-Comprobar la puesta en práctica por los organismos controlados, de las observaciones y recomendaciones de las unidades de auditoría interna, acordadas con los respectivos responsables.

-Atender los pedidos de asesoría que le formulen el Poder Ejecutivo Nacional y las autoridades de sus jurisdicciones y Entidades en materia de control y auditoría.

-Poner en conocimiento del Presidente de la Nación los actos que hubiesen acarreado o estime puedan acarrear significativos perjuicios para el patrimonio público.

-Efectuar en las jurisdicciones y entidades un seguimiento adecuado de las registraciones de declaraciones patrimoniales de funcionarios públicos, vigilando el cumplimiento de dicha obligación.

Por su parte, en el caso de Costa Rica, la EFS tiene competencia para examinar, aprobar e improbar los presupuestos de las municipalidades y de las instituciones autónomas y fiscalizar su ejecución y liquidación, de conformidad con lo establecido en el inciso 2 del artículo 184 de la Constitución Política.

En conclusión, el Control Interno está llamado a cumplir cuatro importantísimas funciones: 1) La Intervención, fiscalización o control previo del gasto; 2) Su registro contable; y, 3) La consolidación de información contable y financiera; para, 4) la elaboración y presentación de las cuentas e informes individuales y consolidados del Gobierno. Para el cumplimiento de sus funciones, se puede fundamentar en la información que, sobre la ejecución presupuestal y la situación patrimonial, le suministre la Contaduría General de la Nación.

3. MEDIOS DE CONTROL ADMINISTRATIVO

3.1. Control Previo del Gasto

En Colombia, la eliminación del control previo y perceptivo en cabeza de la Contraloría General de la República, ó EFS, apenas se consolidó con la expedición de la Constitución de 1991, a pesar de que previamente se registraron algunos avances para reducirlo o eliminarlo, por lo menos, respecto de determinados sujetos o actos.

En efecto, así se dispuso en la Ley 20 de 1975 mediante la cual se elimina el control previo en las empresas industriales y comerciales del Estado, al igual que en las sociedades de economía mixta asimiladas, en las que, la CGR, previa solicitud, comprobara la existencia de un sistema de control interno, siempre que este fuese operativo y estuviera respaldado en manuales de funciones y de procedimientos, sin perjuicio de que el órgano de control externo pudiera reasumir el control previo del gasto, de comprobar la existencia de irregularidades.

Para el resto de entidades, hasta entonces, regía el control previo, perceptivo, y también posterior, en cabeza de un mismo ente: la Contraloría General de la República; conforme a lo dispuesto en la misma Ley (art. 3), “directamente sobre caja, inventarios, comprobantes, libros, máquinas de contabilidad y sistemas de computación electrónica que se estén utilizando”.

Ese control incluía la facultad del Contralor para amonestar o llamar la atención de cualquier funcionario administrativo cuando por apreciación directa o por informe de los Auditores Fiscales, considerara que una erogación de fondos o la destinación de propiedades inmobiliarias o mobiliarias del Estado, o la adquisición o enajenación de bienes tangibles o intangibles “sea excesiva, ilegal o superflua” (art. 59).

En cuanto al objeto del Control Previo, según lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 925 de 1976, reglamentario de la citada Ley, se indicó como su propósito “examinar con antelación a la ejecución de las operaciones, los actos y documentos que las originan o respaldan, para comprobar el cumplimiento de las normas, leyes, reglamentaciones y procedimientos establecidos”.

A continuación, el mismo decreto fijó su alcance indicando que cuando el criterio del representante del Contralor General de la República o del respectivo Auditor fuese

adverso a una licitación, adquisición o compra, por considerar que en tales actos se violan normas legales o que de realizarse se menoscabarían los intereses de la Nación, este tendría la obligación de expresar sus observaciones en forma motivada por escrito y hacerlas conocer oportunamente a la entidad interesada.

Y acto seguido, las consecuencias, indicándose que, en ese caso, el representante del Contralor General de la República o el respectivo Auditor tenía que enviar inmediatamente un informe sobre el particular al Contralor para que éste en el término de seis días, expresara su criterio al respecto. En tanto, la entidad tenía que abstenerse de perfeccionar los actos respecto a los cuales se formularan las observaciones. Si el concepto de la Contraloría General era igualmente desfavorable a la entidad, la Junta o Comité lo tenía la obligación de analizarlo, y reestudiar su decisión para rectificarla o confirmarla según lo estimara conveniente.

Naturalmente, en tales condiciones, no fue difícil que prosperara la propuesta de eliminación del Control Previo en cabeza de la Contraloría en la Asamblea Constituyente que terminaría con la expedición de la nueva Carta Política.

Pero, ciertamente, es con la promulgación de la Constitución de 1991 que se consolida¹², al menos en su texto, este importantísimo y necesario cambio institucional, que a la postre tendría un gran impacto en el gasto público, al suprimirle a la CGR, la facultad de realizar su control previo, y atribuírselo a la misma administración.

Para el efecto se dispuso, de un lado, que ese órgano, encargado de vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación; ejercería dicho control en forma posterior y selectiva (art. 267 CP).

¹² Aunque de hecho, el Control Previo en cabeza de la Contraloría estuvo vigente hasta la promulgación de la Ley 42 de 1993, esto es, hasta el año siguiente.

Y del otro, que en las entidades públicas, las autoridades correspondientes están obligadas a diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, “métodos y procedimientos de control interno”, de conformidad con lo que disponga la ley, la cual podrá establecer excepciones y autorizar la contratación de dichos servicios con empresas privadas colombianas (art. 269 CP).

De esta manera, en forma poco clara, y sin que estuviese precedido de un proceso de transición, se eliminó el Control Previo sobre la administración, omitiéndose su reasignación a la administración, a la que, por el contrario, se la facultó para que, por iniciativa de sus directivos, implementara métodos y procedimientos de control interno. Pero no el control previo del gasto.

Pasarían dos años para que estos dos preceptos constitucionales, y los mecanismos y niveles de control, a los que se referían, fueran desarrollados, con la promulgación de las Leyes 42, 80 y 87 de 1993.

Mediante la primera de ellas se “precisó” el alcance del control posterior y selectivo a cargo de la Contraloría, indicándose que este consiste en la vigilancia de las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos de control y de los resultados obtenidos por los mismos y que este se fundamenta en la eficiencia, la economía, la eficacia, la equidad y la valoración de los costos ambientales, de tal manera que permita determinar en la administración, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo; y que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas.

Paralelamente se dispuso que, en adelante, uno de los componentes a evaluar, por parte de la Contralorías, sería el control interno (art. 9).

En otras palabras, el CI fue concebido como un sistema más, a ser evaluado en la gestión administrativa (aunque con carácter opcional), y no como el primer nivel de control de los ingresos y gastos públicos, base o punto de partida para el segundo y sucesivos niveles de control. Lo que evidencia la escasa importancia atribuida a este primer nivel de control y la falta de claridad sobre su objeto.

Con la segunda de ellas, la Ley 80 de 1993, se expidió el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que se constituye en el principal medio de ejecución de recursos públicos, especialmente a partir de la expedición de la Constitución de 1991 (signada por la entrega creciente de funciones y servicios públicos a los particulares).

A pesar de que esta Ley incluye un título específico denominado Control de la Gestión Contractual (VII), nada se indicó en este con respecto al control previo de este tipo de actos, antes a cargo de la Contraloría, y ahora de la misma administración.

Al contrario, en este título simplemente se reiteraron preceptos constitucionales relativos a las obligaciones de la Procuraduría General de la Nación, o Ministerio Público, como se denominó en la norma (arts. 62 y 63); de la Fiscalía General de la Nación (art. 64), y de las “autoridades que Ejercen Control Fiscal (sic)”, sobre las “cuentas correspondientes a los pagos originados en los mismos, para verificar que éstos se ajustaron a las disposiciones legales” (asignando y enfatizando el control a cargo de la Contraloría, en el control de legalidad, y no en el de resultados), para finalmente reiterar, conforme al cambio institucional, que “El control previo administrativo de la actividad contractual corresponde a las oficinas de Control Interno”. Esto es, sin que se concretara la forma, los mecanismos de verificación, ni su alcance.

Peor aún: la misma Ley (art. 32) facultó a los funcionarios investidos de la potestad para contratar, para que sean ellos mismos quienes designen (o contraten) a los interventores y supervisores de la ejecución de los contratos que suscriban, con lo cual, como es apenas obvio, esta última atribución se ve seriamente afectada, sobre todo en un país con los altos niveles de clientelización de sus administraciones públicas que este registra.

Esto es particularmente inconveniente, porque, como lo señala Rivero (2004: 31) “la atribución exclusiva a cargos públicos de las competencias contractuales con escasa participación técnica, incrementa en todo caso los riesgos de corrupción”, frente a lo cual se requeriría que, por el contrario, las decisiones fueran tomadas por funcionarios profesionales escogidos por mérito.

No está de más recordar que “Las sociedades capitalistas han superado las fases groseras de la corrupción como el cohecho, pues cuentan con modernas técnicas de control fiscal, funcionarios profesionales, un servidor público políticamente neutral, y una legislación que propicia la competitividad en la contratación pública, por ello este fenómeno se ha centrado en conductas más sutiles como los conflictos de intereses” (Castro Cuenca, 2010).

Finalmente, con la expedición de la Ley 87 del 23 de noviembre de 1993, se definiría el enfoque, y por tanto, el rumbo del Control Interno en Colombia. En la exposición de motivos del proyecto de ley, radicado el 7 de octubre de 1992, se indicó que según lo que se había discutido por parte de la Comisión Quinta de la Asamblea Nacional Constituyente se dispuso finalmente establecer un control interno ejercido por las mismas entidades cuyo objeto sería “la búsqueda de la legalidad en todas las operaciones y en especial en las transacciones financieras, la salvaguardia de los activos y recursos de la

entidad, el registro adecuado, oportuno y exacto de las cifras contables y estadísticas oficiales, la adecuada autorización de operaciones financieras y el cumplimiento de los principios constitucionales para la administración pública”.

En esencia, los mismos propósitos del Control Interno previstos en España y Francia: Intervención previa de legalidad, regularidad y oportunidad del gasto; control presupuestario; registro contable, y rendición de cuentas.

No obstante, en la Ley no se hizo referencia expresamente a ninguno de estos fines para concretarlos. Por el contrario, en su artículo 1º, en forma por demás ambigua o francamente en contradicción con esos propósitos, se definió el CI como “el sistema integrado por el esquema de organización (sic) y el conjunto de los planes, métodos, principios, normas, procedimientos y mecanismos de verificación y evaluación adoptados por una entidad, con el fin de procurar que todas las actividades, operaciones y actuaciones, así como la administración de la información y los recursos, se realicen de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes dentro de las políticas trazadas por la dirección y en atención a las metas u objetivos previstos”. Nada que ver con un control previo de legalidad, ni con la adecuada autorización (también previa) de las operaciones financieras, ni con su registro oportuno.

En cuanto a sus objetivos fueron previstos en forma muy general, los de proteger los recursos de la organización, buscando su adecuada administración; garantizar la eficacia, la eficiencia y economía en todas las operaciones promoviendo y facilitando la correcta ejecución de las funciones y actividades definidas para el logro de la misión institucional; velar porque todas las actividades y recursos de la organización estén dirigidos al cumplimiento de los objetivos de la entidad; asegurar la oportunidad y confiabilidad de la información y de sus registros; y velar porque la entidad disponga de procesos de

planeación y mecanismos adecuados para el diseño y desarrollo organizacional, de acuerdo con su naturaleza y características.

Luego, es claro que el llamado CI en Colombia, fue concebido como un simple catálogo de principios para mejorar la planeación y dirección administrativa. Como una especie de “sistema de mejoramiento de la calidad”. Pero definitivamente no como un mecanismo efectivo, y previo, de intervención del gasto público.

Adicionalmente, en la ley estableció una condición que sería determinante de su eficacia, al asignarle a la máxima autoridad del organismo o entidad, la responsabilidad de “establecer, mantener y perfeccionar el Sistema de Control Interno”, adecuado a la naturaleza, estructura y misión de la organización, con lo que, en la práctica, dejó en manos del controlado la implementación de su control.

A pesar de ello, la misma norma estableció contradictoriamente que este “también será de responsabilidad de los jefes de cada una de las distintas dependencias de las entidades y organismos” (art. 6), con lo cual, además atomizó la responsabilidad por su eficacia.

Peor aún. En el artículo 11 de la Ley se dispuso que el jefe de la OCI tendría la obligación de “Servir de apoyo a los directivos en el proceso de toma de decisiones”, que además sería de su libre nombramiento y remoción, confiriéndole un carácter asesor y del nivel directivo (Younes, 2006: 533), completamente opuesto a cualquier función de control, que necesariamente requiere ser independiente y objetivo.

De esta manera, desde la misma Ley se establecieron condiciones para anular por completo las posibilidades de eficacia del CI, en la medida en que: (i) A sus jefes se le atribuyó carácter de asesores de la dirección, esto es, de cogestión; (ii) carácter de libre nombramiento y remoción, o de subalternos, al dejar en manos de sus controlados su

permanencia en el ente, sin que, por tanto, tuviesen opciones reales de controlar su gestión, lo que obviamente terminaría incidiendo negativamente en el desempeño o funcionalidad real de este medio de “control”.

Sin embargo, y nuevamente en forma contradictoria, se dispuso que “En ningún caso, podrá el asesor, coordinador, auditor interno o quien haga sus veces, participar en los procedimientos administrativos de la entidad a través de autorizaciones y refrendaciones”, lo que evidencia la falta de experticia de quienes redactaron la norma, y, en todo caso, su falta de claridad con respecto a su objeto y alcance.

Seguramente también a esa falta de claridad obedeció que, además, y contra toda lógica institucional, el CI se diseñara como posterior, o ex post, y no como previo al gasto; esto es, con un marcado enfoque de auditoría interna pero ex post, coincidente, por tanto, con el de la EFS, al señalarse como sus fines, verificar los procesos relacionados con el manejo de los recursos, bienes y los sistemas de información de la entidad y recomendar los correctivos que sean necesarios, fomentar la formación de una cultura de control que contribuya al mejoramiento continuo de la misión institucional; evaluar y verificar la aplicación de los mecanismos de participación ciudadana; mantener permanentemente informados a los directivos acerca “del estado del control interno dentro de la entidad”, y verificar que se implanten las medidas respectivas recomendadas.

Es decir, todas acciones posteriores, y no previas y obligatorias a todo pago.

Una muy buena descripción de la situación que se generó con este radical cambio institucional, la encontramos en el Informe de Gestión del Contralor General de la República al Congreso y al Presidente de la República, del año 2000 (citado por Ochoa *et. al.* 2003), “en el que se encuentran los siguientes resultados de análisis sobre el control interno, que son indicativos del caos que se vive: "Muchos dirigentes de las entidades

estatales (ministros, gerentes o directores) no tienen una auténtica vocación de servicio público y su paso por la administración es la satisfacción de un capricho personal o el escalafón para acceder a otras prebendas del Estado.

De allí que no le concedan a la administración la atención que se merece. Existe un escaso conocimiento de las metodologías y procedimientos para establecer un control interno adecuado. Prevalecen intereses poco claros, a los cuales lo que más conviene es la ausencia de controles. Muchos de los encargados de esta función la han convertido en una labor marginal de la administración. Frecuentemente los ministros se desentienden de la suerte de las entidades adscritas o vinculadas, como lo han podido comprobar las comisiones de auditoría. En consecuencia, muchas veces son responsables, por omisión, de los errores y equivocaciones y buena parte de los problemas en la gestión de las entidades podrían evitarse si esta supervisión y vigilancia se realizase de manera efectiva".

En el Informe de 2002, esto es, diez años después del cambio al modelo de Control Interno, se indicó que, de 90 entidades evaluadas en sus sistemas de control interno, únicamente 20 (el 22,23% de ellas) presentaban un bajo riesgo, lo que indicaba que sus sistemas de control interno garantizaban razonablemente la gestión administrativa y el logro de sus resultados; 39 (43,33%) se encontraban en riesgo medio, es decir, que sus sistemas de control interno presentaban deficiencias que debían ser corregidas para garantizar su efectividad, en tanto las restantes 31 (el 34,44%) no tenían o tenían controles internos francamente ineficaces.

Lo anterior significa que ese año, casi el 77% de las entidades analizadas presentaban serios problemas de autocontrol, hecho que obviamente incidió negativamente en los riesgos de corrupción, ineficiencia e ineficacia de las funciones a cargo de las administraciones objeto del informe.

La evaluación de 2013, tampoco fue muy diferente. Según el Informe de Evaluación de la Calidad y Eficiencia del Control Fiscal Interno-MECI de las Entidades Públicas, este “no ha logrado los niveles de eficiencia y calidad que garanticen el cumplimiento de la misión de los entes públicos; como tampoco prevenir y detectar de manera oportuna el mal uso de los recursos públicos, el fraude y la corrupción”.

Esto, en razón a que –según se expresa en el mismo informe- “La implementación del MECI fundamentalmente se ha limitado al cumplimiento de requisitos formales”, lo que se tradujo en que “de los 121 entes objeto de control fiscal evaluados, 67 cuentan con controles diseñados conceptualmente; pero al evaluar la efectividad de esos controles, se determina que 61 de dichos entes, que representan el 50,41%, presentan Deficiencias o son Inefectivos”, razón por la cual se concluye en el informe “en concepto de la CGR, durante el año 2013, el Control Fiscal Interno en Colombia se ubica en el rango CON DEFICIENCIAS, razón por la cual se considera necesario que el Gobierno Nacional revise y reformule la política de fortalecimiento del sistema de control interno y los mecanismos para su cumplimiento, la cual debe pasar del marco meramente formal de implementación del MECI, a mejoras que garanticen la efectividad de los controles”¹³.

Las mismas fallas de concepción se mantendrían en el Decreto 1537 de 2001, reglamentario de la Ley 87 de 1993, con el cual, según se dijo, se pretendía el fortalecimiento de las OCI, enmarcándolo en cinco tópicos: valoración de riesgos, acompañamiento y asesoría, evaluación y seguimiento, fomento de la cultura de control y relación con entes externos. Por tanto, reiterando su carácter posterior, enfocado en las

¹³ Informe de Evaluación de la Calidad y Eficiencia del Control Fiscal Interno de las Entidades Pública, Plan de Vigilancia y Control Fiscal 2014, en www.contraloria.gov.co

acciones de evaluación y seguimiento de la gestión, a la par que en un pretendido fomento de la “cultura y ambiente de control”. Todas acciones de carácter posterior.

Posteriormente, mediante el Decreto 2145 de 1999, se define el Sistema Nacional de Control Interno, como el “conjunto de instancias de articulación y participación, competencias y sistemas de control interno (sic), adoptados en ejercicio de la función administrativa por los organismos y entidades del Estado en todos sus órdenes, que de manera armónica, dinámica, efectiva, flexible y suficiente, fortalecen el cumplimiento cabal y oportuno de las funciones del Estado”. Esto es, nuevamente como un mecanismo de mejora o fortalecimiento de “las funciones del Estado”, y no para garantizar previamente la regularidad y legalidad del gasto.

Por el contrario, se reitera su carácter posterior y de asesoramiento o apoyo a la gestión, al asignarle a la OCI “o quien haga sus veces”, las funciones de “evaluar los procesos misionales y de apoyo, adoptados y utilizados por la entidad, con el fin de determinar su coherencia con los objetivos y resultados comunes e inherentes a la misión institucional”, “Asesora (r) y acompaña (r) a las dependencias en la definición y establecimiento de mecanismos de control en los procesos y procedimientos, para garantizar la adecuada protección de los recursos, la eficacia y eficiencia en las actividades, la oportunidad y confiabilidad de la información y sus registros y el cumplimiento de las funciones y objetivos institucionales”.

Finalmente, el decreto le asigna al Departamento Administrativo de la Función Pública, DAFP, un órgano más enfocado en el servicio civil; y no al Ministerio de Hacienda, la función de “fijar de acuerdo con el Presidente de la República las políticas de Administración Pública, en materia de organización administrativa del Estado, propendiendo particularmente a la funcionalidad y modernización de las estructuras

administrativas; en materia de gestión administrativa, en gestión del recurso humano al servicio del Estado, en el diseño de los Sistemas General de Información, Desarrollo Administrativo y en la dirección y orientación del desarrollo institucional de la Rama Ejecutiva del Poder Público, como también velar por la armonización de las reformas administrativas y las necesidades de la planeación económica y social (sic)”.

En 2003, mediante la Ley 872, se “crea el sistema de gestión de la calidad en la Rama Ejecutiva del Poder Público y en otras entidades prestadoras de servicios”, “como una herramienta de gestión sistemática y transparente que permita dirigir y evaluar el desempeño institucional, en términos de calidad y satisfacción social en la prestación de los servicios a cargo de las entidades y agentes obligados, la cual estará enmarcada en los planes estratégicos y de desarrollo de tales entidades”.

Y luego, con fundamento en dicha ley, se expide el Decreto 1599 de 2005 mediante el cual se adopta el Modelo Estándar de Control Interno para el Estado Colombiano, posteriormente actualizado posteriormente mediante el Decreto 943 de 2014; presentado como un hito en la historia del CI.

Sin embargo, este decreto comienza reiterando una de las más graves fallas de concepción del CI, al señalar este “será responsabilidad de la máxima autoridad de la entidad u organismo correspondiente y de los jefes de cada dependencia de las entidades y organismos, así como de los demás funcionarios de la respectiva entidad”, con lo que de nuevo (i) se le entregó a los llamados a controlar, la implementación de su control, y (ii) se diluyó en “todos” los funcionarios la responsabilidad por su desempeño.

En segundo lugar, se reitera también el papel protagónico del Departamento Administrativo de la Función Pública, DAFP, en la instrumentación del control interno, disponiéndose que esa entidad “administrará y distribuirá (sic) para todas las entidades del

Estado obligadas conforme al artículo 5° de la Ley 87 de 1993, los instrumentos necesarios para el diseño, desarrollo e implementación de cada uno de los elementos, componentes y subsistemas del Modelo Estándar de Control Interno”.

En tercer lugar, se reitera su enfoque posterior y de asesoramiento al disponerse que el modelo “proporciona una estructura (sic) para el control a la estrategia (sic), la gestión y la evaluación en las entidades del Estado”, con el objeto de orientarlas hacia el cumplimiento de sus objetivos institucionales y su contribución a los fines esenciales del Estado.

Igualmente, al indicarse que su formulación busca que las entidades del Estado puedan mejorar su desempeño institucional “mediante el fortalecimiento del Control y de los procesos de evaluación que deben llevar a cabo las Oficinas de Control Interno, Unidades de Auditoría Interna o quien (sic) haga sus veces”, con lo cual se consolida el enfoque del mecanismo, hacia la evaluación del desempeño; algo propio del control posterior y externo, y no del interno.

Adicionalmente se indicó que su orientación es “la adopción de un enfoque de operación basado en procesos (sic), el cual consiste en identificar y gestionar, de manera eficaz, numerosas actividades relacionadas entre sí”, porque, según se indicó “una ventaja de este enfoque es el control continuo que proporciona sobre los vínculos (sic) entre los procesos individuales que hacen parte de un sistema conformado por procesos, así como sobre su combinación e interacción (?)”. Un verdadero galimatías.

Finalmente, el Decreto nuevamente señala en forma contradictoria que la Oficina de Control Interno, es responsable por realizar la “evaluación independiente al Sistema de Control Interno” y sobre la Gestión de la entidad pública, con respecto a la cual, según se indica en la misma norma, tiene la obligación de realizar las recomendaciones

correspondientes, “asesorando a la alta dirección para su puesta en marcha”. Es decir, autoevaluar “independientemente” una función y gestión de las que es partícipe.

Como se evidencia, en este recuento sucinto de la evolución del Control Interno, actualmente no existe en Colombia control previo del gasto público. Eliminado, o sustituido este mecanismo en cabeza de la Contraloría, en 1991, así se quedó, pues claramente no fue reasignado, ni sustituido inmediatamente por otro funcional que asegure su legalidad y regularidad.

Además, las oficinas de CI carecen en la práctica de funciones reales de control de la gestión y el gasto público, no sólo por su carácter asesor y claramente posterior, sino por su dependencia funcional de las cabezas de los órganos a auditar, lo que contradice el artículo 3° de la Declaración de Lima, según el cual, los órganos de control interno “deben gozar de independencia funcional y organizativa en cuanto sea posible a tenor de la estructura constitucional correspondiente”. Además, porque, como antes se expuso, su intervención es posterior, y no previa, como corresponde a la esencia de este nivel de control.

Claramente el problema deriva de atribuirle a esas dependencias dos funciones contradictorias: controlar y asesorar. A menos que se hayan concebido para controlar únicamente a los funcionarios subalternos, que no tienen facultades de ordenación del gasto.

Por tanto, el denominado Control Interno, en Colombia, no cumple con su primer propósito: la intervención, o control previo del gasto público por parte de la administración. En cuanto al registro del gasto, y la rendición de cuentas e informes para el control micro y macro, se analizan a continuación, no sin antes advertir que los problemas que pueden

afectar la eficacia de los nuevos modelos de Control Interno, no parecen ser exclusivos del medio colombiano.

Así lo advierte Miaja Fol (2010: 235), para quien “Si contemplásemos el modelo de control interno que hoy tiene nuestra administración desde la perspectiva de análisis propuesta por COSO, nos encontraríamos con un modelo ineficiente, en el que en lugar de segregación de funciones se produce una acumulación de tareas; donde el organismo supervisor es, a la vez, regulador y gestor; donde el responsable del control previo lo es también de un control posterior que puede recaer sobre sus propias decisiones; y donde los mecanismos de control no parecen actuar para reforzar la responsabilidad del gestor, sino para colocarla sobre las espaldas del controlador”.

3.2 El Registro del Gasto

Una de las funciones del Control Interno Administrativo es el registro contable (presupuestal y patrimonial), del gasto público. Inicialmente, por parte de las administraciones, y luego del Gobierno, en la Cuenta General del Estado, de enorme importancia para efectos de planificar su actividad financiera, y de seguimiento a sus metas, como para el ejercicio de los sistemas de control interno y externo.

Se trata de un instrumento de gerencia pública clave para la toma de decisiones, pero también para ejercer un adecuado control y seguimiento financiero sobre el gasto, de acuerdo con el nivel del centro de decisiones responsable del mismo y de su complejidad: “Así, en el caso del sector público estatal, el máximo nivel, representado por el Consejo de Ministros, requerirá información agregada sobre el conjunto de la organización de él dependiente, mientras que cada una de las unidades consideradas de forma aislada requerirá información detallada sobre aspectos que incidan de forma directa en su gestión”, cuya

complejidad puede verse potenciada en la medida en que en el sector público “coexisten unidades con un comportamiento empresarial junto con otras dedicadas a funciones puramente administrativas, siendo necesario adaptar el control a la realidad concreta sobre la que se aplica” (Fernández Molina, 1997).

Justamente así se previó en el Plan General de Contabilidad Pública, en el que se indicaron, como sus principales propósitos los de (i) apoyar o facilitar el control, interno y externo, en ámbitos tales como el de legalidad y cumplimiento, y viabilizar el control financiero, de economía y de eficiencia; (ii) la rendición de cuentas a la ciudadanía, a los inversores-acreedores y a otros agentes, por el uso de tales recursos y por los impactos de sus actuaciones sobre el bienestar particular y general, en términos de eficiencia para la consecución de los fines del Estado; (iii) la toma de decisiones por parte de los gestores responsables de desarrollar funciones de cometido estatal, empleando los recursos y/o el patrimonio públicos de manera eficiente; y (iv) la transparencia, proporcionando información suficiente y adecuada, a través de “una información contable pública con criterios de confiabilidad, relevancia y comprensibilidad” (Resolución 355 de 2007 expedida por el Contador General de la Nación).

En general, estos propósitos son coincidentes con los previstos para la contabilidad, en forma mucho más precisa, en la Ley General Presupuestaria española (Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria), en adelante LGP, en la que se dispuso (art. 119) que las entidades públicas está obligadas a aplicar los principios contables dispuesto en la misma ley, “tanto para reflejar toda clase de operaciones, costes y resultados de su actividad, como para facilitar datos e información con trascendencia económica”, razón por la cual, esta se configura como un sistema de información económico-financiera y presupuestaria que tiene por objeto mostrar, a través de estados e informes, “la imagen fiel

del patrimonio, de la situación financiera, de los resultados y de la ejecución del presupuesto de cada una de las entidades”, todo lo cual debe servir a la vez, para facilitar el cumplimiento de su obligación de rendir cuentas de sus operaciones, al Tribunal de Cuentas por conducto de la Intervención General de la Administración del Estado.

Para el efecto, la LGP establece que “La imputación de las transacciones o hechos contables debe efectuarse, desde el punto de vista económico-patrimonial, a activos, pasivos, gastos o ingresos de acuerdo con las reglas establecidas en el Plan General de Contabilidad Pública (art. 122 LGP)”.

Consecuentemente, la LGP determina (art. 120) que, como instrumento de gestión, control y análisis e información, esta debe, (i) mostrar la ejecución de los presupuestos, y sus resultados, para efectos del seguimiento de los objetivos previstos en los Presupuestos Generales del Estado; (ii) mostrar la composición y situación del patrimonio así como sus variaciones, indicando sus resultados desde el punto de vista económico patrimonial; (iii) suministrar información para la determinación de los costes de los servicios públicos; (iv) proporcionar la información necesaria para la elaboración de las cuentas, estados y documentos que hayan de rendirse o remitirse al Tribunal de Cuentas y demás órganos de control; (v) suministrar la información necesaria para la elaboración de las cuentas de las Administraciones públicas, sociedades no financieras públicas e instituciones financieras públicas, de acuerdo con el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales; (vi) proporcionar la información necesaria para el ejercicio de los controles de legalidad, financiero, de economía, eficiencia y eficacia, y posibilitar el análisis de los efectos económicos y financieros de la actividad de los entes públicos, así como la toma de decisiones.

Por ello, a la vista de todos sus objetivos, enseguida la misma LGP reconoce clara y expresamente algo que en cambio la ley colombiana no; que resulta absolutamente trascendental para entender su necesidad e importancia: “La información que suministre la contabilidad de las entidades del sector público estatal estará dirigida a sus órganos de dirección y gestión, a los de representación política y a los de control externo e interno, [así como] a los organismos internacionales”.

En esencia, se trata de un instrumento multipropósito: facilitar, en primer lugar, la planificación y toma de decisiones por parte del Gobierno y las mismas administraciones públicas. Pero también, facilitar el ejercicio de los diferentes tipos y niveles de control sobre la gestión y ejecución de los recursos públicos, esto es, interno y externo, de legalidad y financieros, políticos y ciudadanos. En otras palabras, un instrumento de gerencia y control públicos.

En tal sentido, y con toda lógica, es el Gobierno, en cabeza del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, y de la Intervención General de la Administración del Estado (en adelante IGAE), como primer interesado en ello; el llamado a fijar las directrices contables, y a consolidar la contabilidad pública, por lo cual, en la LGP (arts. 124 y 125) se fijaron sus competencias (destacamos las más relevantes), respectivamente, en los siguientes términos:

En cabeza del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, a propuesta de la Intervención General de la Administración del Estado: a) Aprobar el Plan General de Contabilidad Pública y las normas para la formulación de cuentas anuales consolidadas del sector público; b) Definir los criterios generales para el registro de datos, presentación de la información contable, contenido de las cuentas anuales que deben rendirse al Tribunal de Cuentas y los procedimientos de remisión de las mismas determinando los medios,

electrónicos, informáticos o telemáticos, para el efecto; c) Determinar el contenido, la estructura, las normas de elaboración y los criterios de consolidación de la Cuenta General del Estado; y, d) Establecer la rendición de cuentas anuales consolidadas, respecto de las entidades del sector público estatal.

Por su parte, a la Intervención General de la Administración del Estado, como centro gestor de la contabilidad pública, le compete: a) Gestionar y centralizar la contabilidad de la Administración General del Estado; b) Recabar la presentación de las cuentas, informes y dictámenes que, por su conducto, se le deban rendir al Tribunal de Cuentas; c) Conformar la Cuenta General del Estado; d) Vigilar e impulsar la organización de las oficinas de contabilidad en los organismos públicos en los que el servicio así lo aconseje, y que estarán a cargo de los funcionarios que legalmente tienen atribuido este cometido; e) Elaborar las cuentas nacionales de las unidades que conforman del sector de Administraciones públicas, conforme a los criterios de delimitación institucional e imputación de operaciones establecidos en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales; f) Elaborar el informe sobre el grado de cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria; g) Elaborar las cuentas nacionales de las unidades que componen el subsector de las sociedades públicas no financieras y de las instituciones financieras públicas; y h) Diseñar los mecanismos y realizar las actuaciones oportunas para garantizar y proteger la integridad, coherencia y confidencialidad de los datos contenidos en los sistemas de información contable.

En marcado contraste, en Colombia, la contabilidad pública está a cargo del Gobierno, y también de la CGR, no obstante ser el órgano de control externo y posterior sobre el mismo.

En efecto, según lo dispuesto en el art. 354 CP, mientras que al Contador General, que es un funcionario de la rama ejecutiva, le corresponde llevar la contabilidad general de la Nación y consolidarla con la de sus entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, al Contralor General le corresponde la “referente a la ejecución del Presupuesto”, para lo cual, cada uno de ellos tiene asignada la función de uniformar, centralizar y consolidar la contabilidad pública, y determinar las normas contables que deben regir en el país, conforme a la ley.

En el párrafo de la misma norma se dispuso que, para el efecto, seis meses después de concluido el año fiscal, el Gobierno Nacional le debe enviar al Congreso el balance de la Hacienda, auditado por la Contraloría General de la República, para su conocimiento y análisis.

De esta manera, mientras que a la Contaduría General de la Nación, entidad administrativa del orden nacional, le corresponde la consolidación de la contabilidad (patrimonial) de la Nación, con la de las entidades descentralizadas territorialmente (departamentos y municipios) y por servicios (empresas industriales y comerciales del Estado, entidades financieras públicas, etc.) en el Balance General de la Nación, con el fin de someterlo a revisión y dictamen por parte de la Contraloría General de la República, y luego al Congreso; a este último órgano, que es independiente del Gobierno, y le compete su control posterior; le fue asignada también la función de consolidar la contabilidad de la ejecución presupuestal y de la deuda pública.

En las actas de la Asamblea Constituyente no fueron explícitas las razones de esta atribución competencial tan particular (asignar al Gobierno media contabilidad: la patrimonial; y la otra mitad al órgano llamado a auditarla).

Sin embargo, conforme se ha expuesto, es evidente que desde un punto de vista de racionalidad institucional, y de funcionalidad; resulta mucho más lógico y apropiado dejar en manos de la administración, o más exactamente, del Gobierno, la centralización de toda la contabilidad pública, no sólo porque ser quien cuenta con la información en forma inmediata; sino porque, como antes se indicó, este es –o debe ser- el más interesado (o al menos, el interesado de primera línea), en esta herramienta; tanto para los fines de la planeación y ejecución financiera (piénsese, por vía de ejemplo, en lo indispensable del informe diario de caja o tesorería para la toma de decisiones), como para llevar a cabo, en forma adecuada el primer nivel de control que le corresponde.

A propósito de este último, salta a la vista que en el diseño institucional colombiano no se incluyó un órgano jerárquicamente superior que dirigiera, unificara y centralizara la importantísima función de control interno, fundamento de todos los sucesivos niveles de control; en forma independiente de las administraciones, como se hizo en España, con la IGAE, que además cumple tres funciones fundamentales que, en el sistema institucional colombiano, en cambio, cumplen cuatro diferentes instituciones:

(i) El Control Interno (y previo) del gasto público (en Colombia, a cargo de cada entidad administrativa y no, en forma independiente de éstas, como la IGAE); (ii) su registro contable (en Colombia, la contabilidad patrimonial está a cargo del Gobierno a través de la Contaduría General de la Nación, mientras la de ejecución presupuestal, está asignada directamente la CGR, aunque en la práctica lo hacen la Dirección General del Presupuesto Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante el Sistema Integrado de Información Financiera – SIIF, y la CGN, a través del SCHIP), y, (iii) la consolidación de la Cuenta General del Estado, o informes constitucionales, a cargo aquí de la CGR.

En cuanto a la contabilidad presupuestal, cabe señalar que, de alguna manera, la racionalidad funcional¹⁴ parece haberse impuesto, aunque para ello se haya tenido que obviar la regla constitucional referida; pues, no obstante lo dispuesto en el citado artículo 354 CP; desde la expedición del Decreto 2806 de 2000, esta se lleva en forma consolidada por parte del Gobierno Nacional, a través de la plataforma SIIF, cuyo propósito es: a) El desarrollo de procesos operativos relacionados con la gestión de apropiaciones, la ejecución presupuestal de ingresos y de gastos, la aprobación y administración del Programa Anual Mensualizado de Caja -PAC-, la tramitación de las órdenes de pago para el abono en cuenta a través del sistema de Cuenta Única Nacional y la gestión contable; b) La presentación de informes de seguimiento presupuestal; c) La evaluación financiera de la Inversión Pública y el control de resultados que sobre la misma realicen las autoridades públicas; d) La generación de información contable básica requerida por la Contaduría General de la Nación; y, e) La generación de los informes requeridos por las entidades de control (art. 3 CP).

En cuanto a la contabilidad de la ejecución presupuestal de las entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, actualmente se realiza a través del Sistema Consolidador de Hacienda e Información Pública-SCHIP, de la CGN, por convenio con la CGR, que permite definir, capturar, consolidar y difundir información cuantitativa y cualitativa, producida por entidades públicas y otros actores, con destino al gobierno central, los organismos de control y la ciudadanía en general, con el fin de que sirva de apoyo en la toma de decisiones en materia de política macroeconómica y fiscal, así como para la definición, ejecución y la administración de los planes de gobierno.

¹⁴ El primer usuario de la información de ejecución presupuestal es el propio Gobierno, pues su marco de gasto está determinado por los remanentes de las apropiaciones o autorizaciones máximas de gasto aprobadas por el Congreso; el monto de sus obligaciones ciertas o pasivo, y el de su disponible, o caja, en un momento determinado de la correspondiente vigencia.

3.3 La obligación de responder o *accountability*

Según San Martín (2008; 72), “aun cuando el término inglés *accountability* es traducido, a veces, como “rendición de cuentas”, su significado es más profundo que el mero informar del buen uso que se ha dado a los dineros, por parte del cuentadante, que es lo que comúnmente se entiende por “rendir cuentas”. El término anglosajón tiene el sentido de dar cuenta sobre cómo se ha utilizado la autoridad conferida por un grupo social y, por consiguiente, se aplica a todas las personas que desempeñan cargos de elección o designación, sean autoridades de gobierno, municipales, gremiales, vecinales, miembros del directorio de una sociedad anónima o similares”. Pero también, de responder por su ejercicio indebido.

Para el mismo autor, la institución tiene sus orígenes en la expedición de la Carta Magna del Rey Juan I, o Juan Sin Tierra, en 1215, mediante la cual los barones feudales le impusieron una serie de limitantes al ejercicio arbitrario del Rey, especialmente para imponer tributos.

Principio que se constituiría en fundamental durante la revolución liberal e independencia americana de 1750 y 60, bajo el lema “*No taxation whitout representation*”, o No hay tributos sin representación (popular), a partir del cual los representantes del pueblo, no sólo autorizan las cargas económicas que se les han de imponer (Bravo 1997), sino también en qué se han de invertir, lo que necesariamente conlleva el deber de sus gestores de responder por su uso, o *accountability*.

En la misma dirección, Cortés (2014), basado en estudios de O’Donnell (2004) y Schedler (1999, 2008), señala que “en términos básicos, puede decirse que el *accountability* está compuesto por dos elementos esenciales: 1) el *answerability*, y 2) el *enforcement*”

Según el primero, “los funcionarios públicos están obligados a dos cosas: i) informar sobre las decisiones que toman, y ii) explicar y justificar por qué deciden de la manera en que lo hacen”, o, según su sentido en inglés, responder los cuestionamientos sobre las razones que los llevaron a tomar las decisiones.

Conforme al segundo, los funcionarios públicos tendrían que responder por el incumplimiento de sus funciones y deberes: “Schedler explica que la importancia del *enforcement* reside en que la posibilidad de ser objeto de sanciones sirve como un incentivo que lleva a quienes ocupan posiciones de poder a pensarlo dos veces antes de incurrir en actos de corrupción o abusos de poder, por temor al castigo que sobre ellos pueda recaer”. Por esta razón, si no fuera posible aplicar sanciones, no podría hablarse de *accountability*.

Para el mismo autor, “en términos generales, el *accountability* se divide en dos tipos básicos: vertical y horizontal. Se entiende que mientras el primero hace referencia a una relación de control que se da desde la sociedad hacia el Estado, el segundo nos remite a relaciones de control entre instituciones del Estado”.

El primero, esto es, el *accountability* electoral, “presenta varias insuficiencias a la hora de funcionar como instrumento efectivo de control político”, principalmente debido a la asimetría de la información gobierno-ciudadano, por lo que, ante su ineficacia o franca inoperancia, el segundo se torna en imprescindible (*ídem*).

En efecto, en este escenario, como lo indica Moreno (2014: 5) los organismos de control están a cargo de legitimar el contrato social y contribuir al desarrollo de la democracia moderna, en cuanto su función consiste en establecer una relación gobernante/gobernados, menos distorsionada, siendo el medio por el cual los gobernantes responden por sus actos ante los ciudadanos, quienes tienen la capacidad de exigir una mayor y más directa rendición de cuentas.

Además, no puede perderse de vista que “La responsabilidad es un concepto propio de la esencia del Estado de Derecho, considerada como un mecanismo coercible destinado a mantener la ética y moral administrativa y a garantizar la efectividad de los derechos y obligaciones de las personas, tanto naturales, como jurídicas” (Dominguez e Higuita, 2002).

En América Latina, avanzar en la institucionalización creciente de la responsabilización, que es, en nuestro concepto, el término más preciso para definir la doble responsabilidad de los gestores públicos, en cuanto a informar y ser transparentes en la gestión pública (que no sólo de rendir cuentas), pero también de responder por ella, en los planos penal, fiscal, disciplinario y político; tiene particular importancia, no sólo para asegurar el buen uso de los escasos recursos económicos con los que se cuenta, y por tanto para el desarrollo de sus países, sino –y sobre todo- para avanzar, en términos de democratización y legitimación, de sus sistemas políticos.

Por eso, su importancia reside en “hacer la gestión pública más efectiva en términos de los resultados de las políticas y más responsable en relación con los ciudadanos”, por lo que “El valor y los mecanismos de la responsabilización (*accountability*) serán fundamentales para la construcción de una nueva gobernabilidad democrática en América Latina”.

Es por ello que los mecanismos de responsabilización resultan ser fundamentales para que la gerencia pública latinoamericana cumpla con el enorme desafío de mejorar su desempeño, a la vez que se relegitima la acción gubernamental frente a la sociedad. De esta manera, la responsabilización está llamada a cumplir con el objetivo supremo de “republicanizar el sistema político, actuando contra los antiguos patrones clientelistas y patrimonialistas que han marcado la historia política de la región, los cuales constituyen

obstáculos tanto para el incremento de la eficiencia estatal como para la democratización de las relaciones entre el Estado y la sociedad” (CLAD, 2000).

En últimas, se trata de un importante instituto que tiene por objeto coadyuvar al Desarrollo de estos países en cuanto busca que los gestores públicos respondan por sus acciones, desde el punto de vista político, fiscal, disciplinario y penal.

Lo que cobra mayor relevancia en un continente de amplia tradición caudillista y en el que la vida de sus instituciones, como se señaló en acápites previos, suele confundirse con la de sus dirigentes. De ahí la enorme importancia institucional y para la legitimidad republicana de la obligación de responder: “La responsabilización, además, utiliza sus instrumentos para controlar el poder de los gobernantes y limitarlos a partir de la lógica de los *checks and balances*. En el caso de los presidencialismos latinoamericanos, el Poder Ejecutivo ha obtenido una gran autonomía en relación con los otros poderes, aumentando su poder de gobernar por decreto y reforzando así las características de delegación del sistema. El remedio para esto se encuentra, en gran medida, en los mecanismos de *accountability* horizontal, tales como el control parlamentario, las auditorías financieras externas y la acción de los promotores públicos y del Poder Judicial. Es importante enfatizar que tales mecanismos se encuentran en la actualidad poco desarrollados en la mayoría de las naciones de la región” (CLAD, 2000).

En Colombia esto es particularmente cierto: si bien en el artículo 6° CP se dispuso que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes y que, en cambio, los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones; los mecanismos de atribución de responsabilidad disciplinaria, fiscal y penal, esto es, personal o subjetiva, parecen institucionalmente diseñados para evitarla, y, en todo caso, para dificultarla, cuanto más

alta es su esfera de poder, como se expuso previamente en el caso del Presidente, que es precisamente quien concentra mayor poder de decisión e incidencia en materia económica.

Esto para no hablar de las dificultades que se derivan del mismo diseño institucional para atribuirle responsabilidad electoral o política, o *accountability* vertical, como se desarrollará con mayor precisión más adelante.

De ahí la importancia que, para la adecuada, o por lo menos, mejor gestión de los recursos públicos, cobra en el país, la *accountability* horizontal, esto es, la que están llamados a ejercer otros órganos estatales, especialmente, y, por obvias razones funcionales, la CGR, que “vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación” (art. 267 CP).

Vigilancia que se fundamenta, inicialmente, en la obligación de rendir cuentas e informes por parte de la administración, entendida individualmente, y también en forma agregada, o, como Gobierno.

En ese sentido resultan claves las, cada vez más necesarias, leyes de responsabilidad fiscal, cuya finalidad precisamente es la de “reforzar la transparencia, la rendición de cuentas y la gestión fiscal al especificar las facultades y funciones de los participantes en el proceso presupuestario”. Por eso este tipo de leyes de responsabilidad fiscal, cuya implementación fue liderada inicialmente por un país de alto nivel de desarrollo económico y social como Nueva Zelanda, desde donde se replicaron a Australia, Reino Unido y otros países desarrollados, “obligan al gobierno a adoptar, desde el principio, una estrategia de política fiscal verificable por un período de varios años, y a notificar y publicar periódicamente los resultados fiscales y los cambios de estrategia” (FMI, 2008).

En Colombia, constitucionalmente, la obligación de rendir cuentas e informes sobre la gestión fiscal, a otros órganos de control, y de responder por ella, individualmente; o lo

que es lo mismo, la *accountability*, se encuentra regulada, aunque en forma desordenada y poco clara, en el art. 268 CP, relativo a las funciones y atribuciones del Contralor General de la República (y no en el 124, relativo a la “Responsabilidad de los Servidores Públicos”, como sería lo indicado (art. 124. La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva), en el que se le asignaron, entre otras, las siguientes funciones:

1. Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse.

2. Revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado.

3. Llevar un registro de la deuda pública de la Nación y de las entidades territoriales.

4. Exigir informes sobre su gestión fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de la Nación.

5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma.

6. Conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos del Estado.

7. Presentarle al Congreso de la República un informe anual sobre el estado de los recursos naturales y del ambiente.

8. Rendirle informes al Congreso y al Presidente de la República sobre el cumplimiento de sus funciones y certificar la situación de las finanzas del Estado, de acuerdo con la ley; y,

9. Presentarle a la Cámara de Representantes la cuenta general del presupuesto y del tesoro con el balance certificado de la hacienda que le haya presentado al Congreso el Contador General.

De esta manera se pueden determinar tres niveles de *accountability*:

-A nivel individual, esto es, personal, está establecido que los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación (art. 272 CP), siempre que sean sujetos de control de la CGR, le deben rendir cuentas al Contralor General (y en el ámbito territorial, a las contralorías del mismo nivel, salvo en los relativo a recursos del Orden Nacional);

-A nivel individual institucional, esto es, con respecto a cada administración, se establece la obligación para sus representantes, de remitir la información de su gestión financiera, tanto en cabeza de los sujetos de control de la CGR, como de los que lo son de las demás contralorías, para efectos de la elaboración de las cuentas y estadísticas fiscales del Estado, y, con fundamento en ellas, de los informes consolidados o agregados, a cargo de la CGR: la Cuenta General del Presupuesto y del Tesoro; Balance de la Hacienda, consolidado; Estado o nivel de la Deuda Pública, consolidado, y Situación de las Finanzas Públicas.

-A nivel personal, se establece la competencia del Contralor para determinar la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, en cabeza de los gestores públicos, independientemente de la que se les pueda atribuir disciplinaria o penalmente, puesto que su finalidad es resarcitoria.

En forma similar, en España, por su carácter no punitivo, sino reparatorio, la responsabilidad contable es compatible también con la exigencia de responsabilidad penal y/o disciplinaria (arts. 18 de la Ley 2/1982, de 12 de mayo, y 49.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril), aunque, a diferencia de lo que está previsto en Colombia, en ese país dicha responsabilidad también se puede hacer efectiva por vía administrativa, sin perjuicio de la facultad de avocación del Tribunal de Cuentas (en forma parecida a lo que en Colombia está previsto frente a la acción disciplinaria) lo que supone una mayor eficiencia en la medida en que posibilita que la misma administración intente la recuperación patrimonial, sin necesidad de acudir al control externo, que se activa por virtud del mismo control interno; de otros órganos de control externo, o inclusive, de denuncia ciudadana (Jiménez Rius, 2012).

Del ámbito competencial institucional referido, queda claro que en Colombia, a diferencia de lo que sucede en España (y con ella, la mayoría de países miembros de la OCDE), la obligación de rendir cuentas e informes, no está centralizada en un órgano del Gobierno, sino configurada de manera individual en cada administración que, por el contrario, le reporta directamente a la CGR, excepto en lo que se refiere al Balance General de la Nación, cuya consolidación está a cargo de la Contaduría General de la Nación, previamente a su remisión a la CGR y al Congreso.

Esta configuración de responsabilidades entraña varios problemas de funcionalidad, pues, por una parte, la Contraloría no tiene un punto de partida; una base sólida para iniciar su evaluación, precisamente sobre la gestión gubernamental agregada o consolidada, y menos, sobre sus políticas públicas. Además, impide que el Gobierno tenga una primera y propia versión sobre su gestión y resultados, proyectados en los datos objetivos de las cuentas públicas, que no solamente sirva de base para el ejercicio del segundo nivel de

control fiscal, sino de su propio proceso de retroalimentación que le lleve a ajustar su acción, y de referente al Congreso y a la ciudadanía, para la evaluación de la misma.

3.3.1. Reporte de información y presentación de informes consolidados

Una de las principales funciones y fundamentos del Control Interno, es el registro inmediato de las operaciones financieras de las entidades administrativas, cuyo propósito es, según se indicó previamente; facilitar ese primer nivel de control, por parte de las mismas entidades, pero también –y no menos importante-, servir de instrumento de planificación y gestión financiera, o lo que es lo mismo, de gerencia pública.

Y no sólo para las administraciones individualmente consideradas, sino para el mismo Gobierno; razón por la cual, es este el llamado, en primera instancia, a consolidar ese registro, en forma centralizada, con los mismos propósitos, y además, para efectos de facilitar la rendición de cuentas e informes al órgano de control externo, facilitando de esta forma el control de segundo nivel, o externo. Esto, en teoría, pues, en cuanto a este tema, el diseño institucional es diferente.

En efecto, como se expuso antes, el Contralor General tiene, tanto la atribución constitucional de exigirle cuentas e informes a los responsables del manejo de bienes y rentas de la Nación, como la obligación de presentarle al Congreso y al mismo Gobierno, con fundamento en éstos, una serie de informes consolidados; conforme a lo dispuesto en los referidos arts. 268 y 354 CP.

En todo caso, para poder cumplir con esta última obligación, el Contralor debe fundamentarse en la información que al efecto les exija a, y, por tanto, le remitan, las administraciones, sobre su gestión financiera, para la preparación y presentación de los

siguientes informes para el Control Macro, fundamentales para la toma de decisiones por parte del Congreso y del mismo Gobierno:

1) La cuenta general del presupuesto y del tesoro; que a su vez tiene tres componentes (Esta norma fue desarrollada mediante la Ley 5ª de 1992, Orgánica del Congreso de la República):

- Informe sobre la ejecución presupuestal de la Nación, que debe incluir la situación de tesorería, para lo cual las entidades administrativas están obligadas a reportar su ejecución presupuestal, bien sea a través del SIIF-Nación, o del SCHIP-CGN, en el caso de las entidades descentralizadas, territorialmente o por servicios de carácter público.

Para el efecto, se deben tener en cuenta los diferentes momentos del proceso de ejecución presupuestal, esto es, partiendo de la apropiación, o autorización máxima de gastos e inversiones, por parte del Congreso; pasando por su compromiso o afectación, aunque no definitiva, por parte de la administración; que, de recibir los correspondientes bienes y servicios se transformará en obligación (pasivo), hasta culminar con su pago, que corresponde a la ejecución material del presupuesto.

- Auditoría y Certificación del Balance de la Hacienda preparado por el Contador General, para lo cual cada entidad del orden nacional y las descentralizadas territorialmente o por servicios le reportan directamente su situación patrimonial a la CGN. Este es, en consecuencia, el único informe consolidado a cargo del Gobierno a través de la CGN;

- Informe sobre el estado de la deuda pública, para lo cual las entidades le deben reportar a la CGR los compromisos o actos constitutivos o modificatorios de deuda pública o garantizada, y su flujo, a través del Sistema SEUD.

Estos informes a su vez, se constituirían en insumo para otro informe, a cargo también de la CGR, que corresponde a la proyección financiera de los anteriores:

2) El Informe sobre la situación de las finanzas del Estado, que en buena parte corresponde a la proyección financiera y se fundamenta en los tres informes anteriormente citados, y en el Marco Fiscal de Mediano Plazo que le reportan la Nación (GNC) y las diferentes entidades territoriales.

En nuestro concepto, en este informe, se debe tener en cuenta la incidencia o impacto de las políticas públicas en la situación de las finanzas del Estado. Es decir, evaluar las diferentes políticas públicas, definidas por el Gobierno, y el Banco de la República, incluyendo aquellas que, a pesar de no tener expresión presupuestaria, tienen impacto sobre las finanzas públicas, particularmente, la política laboral.

Otros, por el contrario, consideran que el papel de la Contraloría se debe limitar a medir objetivamente el impacto de las políticas en la economía y finanzas públicas, y que la evaluación de las mismas le compete al Congreso (Control Político), a los analistas y orientadores de la opinión pública, y finalmente, a los ciudadanos.

Algunos, inclusive, han llegado al extremo de proponer que la Contraloría ni siquiera evalúe o mida el impacto de las políticas públicas, y que esto se deje en manos exclusivamente de los analistas independientes o de universidades, y del Congreso, sin el apoyo de la EFS, que por el contrario, se debe limitar al control financiero y de gestión de la administración.

Nosotros, por el contrario, estamos plenamente convencidos de su importancia y por ende de la necesidad de fortalecerlo y ampliarlo en su objeto, desde el simple ámbito del bienestar objetivo (crecimiento económico, PIB, cobertura en servicios, etc.), al del bienestar subjetivo. De llevarlo del ámbito cuantitativo, al cualitativo.

En ese sentido, compartimos plenamente la conclusión de los hermanos Salinas Jiménez (2016:127): “La medición del bienestar subjetivo es relevante en un doble plano.

Desde un punto de vista teórico, relacionar el concepto de utilidad con las medidas de bienestar subjetivo permite comprender las preferencias de los individuos y contrastar distintas teorías económicas. Desde una perspectiva aplicada, su principal utilidad es la de orientar y evaluar las políticas públicas, al identificar qué factores inciden en el bienestar subjetivo y cómo valoran los individuos las actuaciones de los poderes públicos en términos de su propio bienestar percibido”. El nuevo campo de evaluación, es el de la Economía de la Felicidad.

3) Por otra parte, mediante el Decreto Ley 267 de 2000, se le asignó a la CGR la función de “Analizar y evaluar la política económica en el contexto del Plan Nacional de Desarrollo y de los Proyectos de Presupuesto Anual” (art. 63), es decir, informar sobre el grado de avance o ejecución de los dos principales instrumentos de intervención estatal en la economía en el Desarrollo, que, como se ha expuesto, no es, ni puede ser exclusivamente el resultado del crecimiento económico, lo que refuerza nuestra posición en cuanto a la necesidad de medir su impacto en el bienestar social, o subjetivo.

Adicionalmente, el Contralor debe presentar los siguientes informes, aunque no se refieran o tengan que ver directamente con gestión fiscal.

- 4) Informe anual sobre el estado de los recursos naturales y del ambiente; e
- 5) Informe al Congreso y al Presidente de la República sobre el cumplimiento de sus funciones.

3.3.2. Rendición de cuentas

Como se señaló previamente, la obligación de rendir cuentas, del manejo de los fondos y bienes de la Nación, tiene su fundamento constitucional en el artículo 268 CP, y recae en los sujetos de control de la CGR, así como en las entidades territoriales, en lo

relativo a recursos del orden nacional, puesto que en relación a sus propios recursos, le deben rendir cuenta a sus respectivas contralorías territoriales.

Esta disposición fue desarrollada en parte mediante la Ley 42 de 1993 en la que, al respecto, se definió la cuenta como el informe acompañado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario (art. 15).

En la misma norma se señaló la revisión de cuentas es el estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario durante un período determinado, con miras a establecer su grado de economía, eficacia, eficiencia y equidad. Básicamente un ejercicio de verificación documental, y no de evaluación de gestión y de resultados.

Así lo considera también Gómez Lee (2006; 214), para quien “en síntesis, como la rendición de cuentas se visualiza y practica como un informe de contabilidad, no es sorprendente que el proceso de rendición de cuentas esté asociado al de auditoría”.

Este enfoque se ratifica en la Resolución Orgánica 6289 de 2011 (Modificada por la Resolución Orgánica 7350 de 2013), expedida por la CGR, por medio de la cual se estableció el Sistema de Rendición Electrónica de la Cuenta e Informes – "SIRECI", en la que se definió la Cuenta e Informe Anual Consolidado, como la información que deben presentar las entidades y particulares sujetos de control del orden nacional sobre la administración, manejo y rendimiento de fondos, bienes o recursos públicos, por una vigencia fiscal determinada.

Este aplicativo, sin embargo, se centra en la gestión contractual y de personal, así como en los planes de mejoramiento, más que en la gestión general, y el cumplimiento de metas y políticas por parte de los entes públicos.

De esta manera resulta evidente que la obligación de rendir cuenta o cuentas, se previó como una obligación formal de informarle a la CGR, que no a la ciudadanía, sobre “las operaciones”, limitadas a las contractuales y administrativas, realizadas durante una vigencia determinada, por parte de un gestor público, esto es, un director o jefe de entidad, quien, no obstante, presenta el informe a nombre de la entidad, como ente abstracto.

En contraste, la única norma en la que se dispuso expresamente la obligación de informar sobre la gestión realizada, es la Ley 951 de 2006, mediante la cual se dispuso que los servidores públicos del orden nacional, departamental, distrital, municipal, y metropolitano “presenten al separarse de sus cargos (sic) o al finalizar la administración, según el caso, un informe a quienes los sustituyan legalmente en sus funciones, de los asuntos de su competencia, así como de la gestión de los recursos financieros, humanos y administrativos que tuvieron asignados para el ejercicio de sus funciones”.

Infortunadamente esa obligación de reporte de gestión, más acorde con una revisión de cuentas, se previó, únicamente al finalizar una gestión directiva individual (y no de manera regular o periódica) y menos agregada.

En cuanto a la obligación de rendir cuentas también se previó en forma individual, y no consolidada por parte del Gobierno. El único informe consolidado corresponde al del Balance de la Nación que se consolida con el de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, en el Balance General de la Nación, que debe auditar el Contralor General, y a quien, adicionalmente, se le asignó la función de consolidar la contabilidad de la ejecución presupuestal, de la Nación y de sus entes descentralizados, y la de la deuda pública, con el fin de que elabore la Cuenta General del Presupuesto y del Tesoro, según lo dispuesto en el artículo 354 CP.

Esta norma fue desarrollada con mayor especificidad en la Ley 42 de 1993, mediante la cual se dispuso (art. 36) que la contabilidad de la ejecución del presupuesto, debe registrar la ejecución de los ingresos y los gastos que afectan las cuentas del Tesoro Nacional, y que el presupuesto general del sector público consolida los presupuestos general de la Nación y de las entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, cualquiera que sea el orden a que pertenezcan, así como “de los particulares o entidades que manejen fondos de la Nación, pero sólo con relación a dichos fondos”, lo que se ha prestado para toda suerte de interpretaciones equivocadas en cuanto al verdadero ámbito de tal consolidación, por parte de la misma CGR, que en ocasiones ha pretendido obligar a los particulares a que reporten sus presupuestos de naturaleza privada, teniendo éstos una dinámica completamente diferente, y además, desconociendo el objeto de este reporte.

Tanto el Balance, consolidado y elaborado por la Contaduría General de la Nación, como el de Ejecución Presupuestal, a cargo de la CGR, al igual que el de la deuda pública, se integran en la Cuenta General del Presupuesto y del Tesoro prevista en la Ley 5 de 1992, reglamentaria del Congreso de la República, con la que, además de preverse la obligación de revisarla, por parte de una de sus comisiones; la Comisión Legal de Cuentas, se dispuso que esta estaría integrada por los tres referidos informes (art. 310).

Adicionalmente, se dispuso que el Contralor General de la República tendría que conceptuar sobre su razonabilidad, a pesar de estar a su cargo la elaboración de la misma, y que el alcance de esa revisión, es proponerle su fenecimiento o no a la Cámara de Representantes, “a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la presentación del informe financiero del Contralor”. De no concretarse esto, la cuenta se entiende aprobada.

En conclusión, el Gobierno Nacional, principal determinador de las políticas y del gasto público, no tiene la obligación de elaborar o rendir un informe sobre su gestión, y aún peor, ni siquiera la de elaborar la Cuenta General del Presupuesto y del Tesoro, de la que hacen parte los estados financieros consolidados (apenas debe elaborar el balance General), y, por el contrario, estas obligaciones recaen en el órgano que está llamado a ejercer su control externo.

De esta manera, se evidencia igualmente la desarticulación del primer nivel de control fiscal con el segundo, y la incoherencia del diseño institucional, al no establecer la obligatoriedad para el Gobierno, de rendirle cuentas de su gestión, en forma consolidada, ni a la Contraloría; ni al Congreso de la República como representante de los ciudadanos, ni a éstos directamente, quebrando uno de los principios del Estado de Derecho, cual es el de la responder y responsabilizarse (rindiendo cuenta) por la gestión de recursos públicos, o *accountability*.

Y al carecer de esa obligación, el Control Fiscal de Segundo Nivel se queda sin uno de sus principales insumos, fundamental además para el ejercicio de los posteriores controles parlamentario y ciudadano que equilibren el poder gubernamental al permitirles a los electores enterarse de esa gestión para apoyarla o rechazarla, de manera que puedan corregir sus desviaciones, mal uso o abuso.

En este contexto, “La adopción de reformas institucionales tendientes a garantizar la transparencia y la rendición de cuentas gubernamental deviene en objetivo prioritario en un Estado democrático de derecho. Ambas son indisociables del buen gobierno, pues refieren a ejercicios de visibilización de la gestión pública a través de los cuales se implica a la sociedad como principal destinataria de las políticas destinadas a mejorar la calidad de vida de las personas” (Aldao, 2015: 337).

3.3.3. Fenecimiento de la cuenta y Responsabilidad Fiscal

La segunda expresión de la *accountability*, o responsabilización, consiste precisamente en la obligación o el deber de responder fiscalmente por la gestión ejecutada.

Aunque este tema se desarrollará más ampliamente en el próximo capítulo, por ahora nos limitaremos a señalar que también el fenecimiento de la cuenta, del que depende en parte la responsabilización por la gestión fiscal, se puede verificar a nivel micro y a nivel agregado o macro.

A nivel micro, la Contraloría revisa la Cuenta Anual Consolidada rendida por el respectivo responsable fiscal, “con el propósito de emitir un dictamen, opinión de estados contables o concepto sobre la gestión, que conlleve al fenecimiento o no de la cuenta”. Este consiste en “el pronunciamiento que emite la Contraloría General de la República sobre la gestión fiscal de los responsables que rinden cuenta, conforme a los procedimientos determinados para tal efecto” (arts. 19 y 20, Resolución CGR 7350 de 2013), en la Guía de Auditoría, cuyo enfoque es principalmente sobre lo contable, y no con respecto a la gestión.

Así las cosas, se ponen en evidencia varias características del diseño institucional y competencial colombiano con respecto a la obligación de rendir cuentas e informes:

1) A pesar de ser el principal gestor de recursos públicos, el Gobierno no tiene la obligación de rendir cuentas de su gestión a la Contraloría, ni al Congreso, ni a la ciudadanía.

2) La Cuenta General del Presupuesto y del Tesoro se centra exclusivamente en aspectos formales y contables (Ejecución Presupuestal, Balance General Auditado, y Estado de la Deuda Pública), obviando la obligación del Gobierno de informar sobre su gestión fiscal, tanto a nivel macro, como micro.

3) La elaboración de la Cuenta General del Presupuesto y del Tesoro, está a cargo del ente de control externo: la CGR, y no del Gobierno, que, en cambio, únicamente consolida, a través de la CGN, el Balance General de la Nación, para que sea auditado por la CGR e incorporado a dicha cuenta.

4) Por tales razones, no existe un punto de partida del segundo nivel de control fiscal que está llamado a ejercer la EFS.

En contraste, la LGP española establece la obligatoriedad de incluir en las Cuentas Anuales, no solo los estados contables y de los flujos en efectivo, sino “el balance de resultados y el informe de gestión a los que se refiere el artículo 71 de esta ley, en los que se informará del grado de realización de los objetivos, los costes en los que se ha incurrido y las desviaciones físicas y financieras que, en su caso, se hubieran producido” (art. 128). Es decir, una rendición de cuenta completa, referida a los aspectos contables, pero que incluye la gestión y resultados, por parte de la administración.

4. CONTRASTE ENTRE EL CONTROL INTERNO EN COLOMBIA Y EN ESPAÑA

A diferencia del diseño institucional colombiano, en España, el control interno, además de previo, se ejerce con plena autonomía respecto de las autoridades y demás entidades cuya gestión controla (arts. 140 y 144 LGP), que es un supuesto ineludible de eficacia de todo control que se pretenda como tal.

Ese control interno incluye a las entidades colaboradoras de las administraciones y a los beneficiarios de subvenciones y ayudas concedidas por los sujetos del sector público estatal y de las financiadas con cargo a fondos comunitarios.

Su objeto es, a) Verificar el cumplimiento de la normativa que resulte de aplicación a la gestión objeto del control; b) Verificar el adecuado registro y contabilización de las

operaciones realizadas, y su fiel y regular reflejo en las cuentas y estados de cada órgano o entidad, y c) Evaluar que la actividad y los procedimientos objeto de control se realizan de acuerdo con los principios de buena gestión financiera y, en especial, los previstos en la Ley General de Estabilidad Presupuestaria; lo que se realiza mediante (i) el ejercicio de la función interventora, (ii) el control financiero permanente y (iii) la auditoría pública.

Por tanto, el control interno se concreta, en primer lugar, con la intervención o fiscalización previa, formal y material, del gasto. En segundo lugar, con el registro del gasto, y en tercer lugar, mediante la rendición de cuentas e informes sobre su gestión, inicialmente, en cabeza de cada entidad administrativa, y luego, en forma consolidada, en la Cuenta General, por parte de la IGAE, con el fin de someterlas a revisión por parte del Tribunal de Cuentas, y luego, por el Congreso, por lo cual se erige como instrumento de importancia capital para (i) la gerencia pública del Estado; (ii) el control fiscal externo; (iii) el control político; y (iv) el control ciudadano¹⁵.

El Control Interno se constituye, entonces, en el primer nivel o eslabón y, supuesto fundamental, de los subsiguientes niveles de control, en la pirámide de control multinivel del gasto público, para una mejor gobernanza, de manera que de su buen funcionamiento, depende en buena medida la calidad y efectividad de los siguientes.

Ese diseño institucional parece haber sido exitoso, como lo exponen varios analistas, que coinciden en que ello se ve reflejado en los bajos índices de percepción de corrupción en las administraciones públicas nacionales y por lo tanto, puede ser un muy buen referente a la hora de modificar el colombiano.

¹⁵ Conforme a lo dispuesto en el art. 146 LGP, anualmente la IGAE debe presentarle al Consejo de Ministros, a través del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, “un informe general con los resultados más significativos de la ejecución del Plan anual de Control Financiero Permanente y del Plan anual de Auditorías de cada ejercicio”, que deben ser publicados, además, en su página web para conocimiento público.

Así lo desataca, entre otros, Villoria (2016: 72), quien, a partir de varios estudios y encuestas sobre el tema, como el *Global Corruption Barometer* de *Transparency International*, resalta el hecho de que en ellas “los datos de España son muy parecidos a los de Alemania, Suiza, Noruega e, incluso, Finlandia”, y muestra como uno de los ejemplos, el que apenas el 2% de los encuestados reconoce haber pagado un soborno, en una de las áreas peor calificadas: la de las licencias urbanísticas.

A continuación se precisará cada uno de estos objetivos, con el fin de contrastarlos con los previstos en el sistema de control interno colombiano, como se expuso antes, reiterando que, en España, el control interno se verifica mediante (i) el ejercicio de la función interventora, (ii) el control financiero permanente y (iii) la auditoría pública, y termina con la remisión de la cuenta general del Estado al Tribunal de Cuentas y al Parlamento.

4.1 Función interventora

Conforme a lo dispuesto en la LGP (art. 148), la función interventora tiene por objeto “controlar, antes de que sean aprobados, los actos del sector público estatal que den lugar al reconocimiento de derechos o a la realización de gastos, así como los ingresos y pagos que de ellos se deriven, y la inversión o aplicación en general de sus fondos públicos, con el fin de asegurar que su gestión se ajuste a las disposiciones aplicables en cada caso”.

Según la misma norma, la fiscalización previa e intervención de los derechos e ingresos del Tesoro Público se podrá sustituir reglamentariamente por las comprobaciones efectuadas en el ejercicio del control financiero permanente y la auditoría pública, salvo en los actos de ordenación del pago y pago material, correspondientes a devoluciones de ingresos indebidos.

Se trata entonces, esencialmente, de un control previo de legalidad, o más precisamente, de una fiscalización previa y permanente, sobre los actos de la administración, de contenido económico, bien sean a su favor (ingreso), o en contra (egreso).

Esa función es ejercida por la IGAE, a través de sus interventores delegados, con respecto a los actos realizados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, y las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social.

Sin embargo, en casos excepcionales, el Consejo de Ministros, previa propuesta de la IGAE, puede acordar en forma motivada la aplicación del control financiero permanente, en sustitución de la función interventora, respecto de toda la actividad del organismo o de algunas áreas de gestión, “en aquellos organismos autónomos en los que la naturaleza de sus actividades lo justifique”.

La función interventora se ejerce mediante dos modalidades: la intervención formal, y la material. La primera consiste en la verificación del cumplimiento de los requisitos legales necesarios para la adopción del acuerdo, mediante el examen de todos los documentos que, preceptivamente, deban estar incorporados al expediente. Y la segunda consiste en la comprobación real y efectiva de la aplicación de los fondos públicos.

En todo caso, el ejercicio de la función interventora comprende específicamente:

a) La fiscalización previa de los actos mediante los cuales se reconozcan derechos de contenido económico, se aprueben gastos, se adquieran compromisos de gasto, o se acuerden movimientos de fondos y valores.

b) La intervención del reconocimiento de las obligaciones y de la comprobación de las inversiones.

c) La intervención formal de la ordenación del pago; y

d) La intervención material del pago.

En desarrollo de la intervención, se pueden formular reparos (art. 154 LGP), frente al ingreso o frente al gasto, por escrito, sustentándolos en las normas en las que éste se pretenda fundamentar, en cuyo caso se suspenderá, en los siguientes casos:

a) Cuando el reparo u objeción se base en la insuficiencia de crédito o el propuesto no se considere adecuado.

b) Cuando el gasto se proponga a un órgano que carezca de competencia para su aprobación.

c) Cuando se aprecien graves irregularidades en la documentación justificativa del reconocimiento de la obligación o no se acredite suficientemente el derecho de su perceptor.

d) Cuando el reparo derive de comprobaciones materiales de obras, suministros, adquisiciones y servicios; o

e) Cuando se hayan omitido requisitos o trámites que pudieran dar lugar a la nulidad del acto, o cuando la continuación de la gestión administrativa pudiera causar quebrantos económicos al Tesoro Público o a un tercero.

Las discrepancias con respecto a tales reparos son resueltas por la misma IGAE, o por el Consejo de Ministros, dependiendo del ente administrativo involucrado.

4.2 El control financiero permanente

El control financiero permanente es complementario de la función interventora, pero su alcance es más amplio que el de esta, en cuanto no se limita al control de legalidad, sino que se enfoca también sobre la gestión económica y financiera, para establecer el

cumplimiento o no de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de equilibrio financiero del Estado.

Por tal razón, en principio, se enfoca en el cumplimiento de la normatividad y procedimientos de gestión económica y financiera a los que no se extienda la función interventora, y en particular, en el seguimiento de la ejecución presupuestaria y la verificación del cumplimiento de los objetivos asignados en los programas, así como en los proceso de planificación, gestión y situación de la tesorería.

Adicionalmente, en este tipo de control, se debe valorar la racionalidad económico-financiera de la gestión y el gasto públicos, a fin de detectar sus posibles deficiencias y proponer las recomendaciones en orden a su corrección.

Con tal propósito, según lo dispuesto en la Circular 1/2009, de 16 de septiembre, de la IGAE (EDL 2009/210102), este se concreta, entre otras, mediante:

- El examen de los registros contables, las cuentas, los estados financieros y estados de seguimiento elaborados por el órgano gestor.
- El examen de operaciones individualizadas y concretas.
- La comprobación de aspectos parciales y concretos de un conjunto de actos.
- La verificación material de la efectiva y conforme realización de obras, servicios, suministros y gastos.
- El análisis de los sistemas y procedimientos de gestión.
- La revisión de los sistemas informáticos de gestión económico-financiera.
- Otras comprobaciones en atención a las características especiales de las actividades realizadas por los ministerios, centros directivos, organismos y entidades sometidos a control y a los objetivos que se persigan.

4.3 La Auditoría Pública Administrativa

La auditoría pública consiste en la verificación, realizada con posterioridad y efectuada de forma sistemática, de la actividad económico-financiera del sector público estatal, mediante la aplicación de los procedimientos de revisión selectivos contenidos en las normas de auditoría e instrucciones de la IGAE, y se ejerce conforme a lo previsto en el plan anual de auditorías, sin perjuicio de la función interventora y del control financiero permanente, mediante las siguientes modalidades:

- La auditoría de regularidad contable, consistente en la revisión y verificación de la información y documentación contable con el objeto de comprobar su adecuación a la normativa contable y en su caso presupuestaria que le sea de aplicación.

- La auditoría de cumplimiento, cuyo objeto consiste en la verificación de que los actos, operaciones y procedimientos de gestión económico-financiera se han desarrollado de conformidad con las normas que les son de aplicación.

- La auditoría operativa, que constituye el examen sistemático y objetivo de las operaciones y procedimientos de una organización, programa, actividad o función pública, con el objeto de proporcionar una valoración independiente de su racionalidad económico-financiera y su adecuación a los principios de la buena gestión, a fin de detectar sus posibles deficiencias y proponer las recomendaciones oportunas en orden a la corrección de aquéllas.

No obstante, la Intervención General podrá determinar la realización de auditorías en las que se combinen objetivos de auditoría de regularidad contable, de cumplimiento y operativa.

Su finalidad es proporcionar información a los gestores y autoridades públicas sobre el cumplimiento de la legalidad en la gestión económica auditada, la adecuación a los

principios de buena gestión financiera y la fiabilidad de la información contable de las entidades auditadas con el objeto de que se adopten las medidas correctivas o sancionadoras que sean del caso.

La auditoría es ejercida por la IGAE a través de la Oficina Nacional de Auditoría, de las intervenciones delegadas en los ministerios, organismos y entidades públicas, y de las intervenciones regionales y territoriales.

Pero no es sólo en España y otros países miembros de la OCDE que una instancia gubernamental coordina y centraliza la función de control de primer nivel. Más cercanamente, en Argentina, este papel es asumido por la Sindicatura General de la Nación, que, junto con las Unidades de Auditoría Interna de las administraciones, conforman el subsistema de control interno. En este sentido, dicho órgano, que depende directamente del Presidente de la Nación, está llamado a desempeñar una función normativa, de supervisión y de coordinación del sistema de control interno y por lo está concebido como el órgano de control interno del Poder Ejecutivo Nacional.

Por esta razón, además de su función reguladora del control interno, supervisa su adecuado funcionamiento y a las Unidades de Auditoría Interna, que, si bien dependen jerárquicamente de la autoridad superior de cada organismo, actúan bajo la coordinación técnica de la Sindicatura, que además está llamada a calificar la gestión del auditor interno, aunque no tenga autoridad para removerlo (Fevre, 2005).

CAPÍTULO III

CONTROL FISCAL EXTERNO

“Nada hay dentro de la Nación, superior a la Nación misma”.

Nicolás Avellaneda

El Control Fiscal Externo corresponde al segundo nivel del subsistema de control fiscal del gasto público, y se ejerce con posterioridad al control administrativo y de carácter previo en cabeza de la misma administración (aunque, como se verá más adelante, este supuesto no se cumple en Colombia.); por parte de un órgano independiente del Gobierno o administración, llamado por ello Entidad Fiscalizadora Superior.

Su objeto, además de evaluar la eficacia del primer nivel de control (art. 3 INTOSASI) (enfocado en la regularidad y legalidad del gasto), la fiabilidad de su registro y su contabilización; es evaluar, a partir de la cuenta que se le rinda, la gestión y los resultados de las administraciones (nivel micro), y del Gobierno (nivel macro), así como determinar la responsabilidad fiscal que pueda derivarse de ella (art. 2 INTOSAI).

Para el efecto, la EFS se fundamenta, al menos en parte, en las cuentas individuales y consolidadas que le deben reportar, las administraciones y el Gobierno, respectivamente, en desarrollo de su obligación de informar y rendir cuentas de su gestión (*accountability* horizontal).

Este nivel de control es fundamental, a su vez, para el ejercicio de los niveles superiores y posteriores de control sobre la gestión y el gasto público: el subsistema de control parlamentario, político o sobre las políticas públicas, y, el ciudadano, o de legitimidad, que concreta electoralmente (*accountability* vertical).

Pero también para el propio Gobierno, como un instrumento de alta gerencia pública y del Estado, en la medida en que le permite poner en evidencia las fallas en el diseño de

las políticas a su cargo propuestas, o en su ejecución o gestión, para así, eventualmente corregirlas, en desarrollo de la iniciativa con la que cuenta en esta materia, al inicio de todo ciclo presupuestal.

En consecuencia, la función de control fiscal externo resulta ser un instrumento importantísimo para el mejoramiento de las políticas y de la acción estatal, que a su vez impactan directamente el crecimiento económico (Selowsky, 1998). O, lo que es lo mismo, para la Gobernanza multinivel de la gestión y el gasto público, todo lo cual debe repercutir en la mejoría de los niveles de bienestar social del país. Esto es, en su nivel de desarrollo, y por ende, en su legitimidad (Dutzler, 2013: 62).

Obviamente, que esto sea así, depende en buena parte de que se cumplan plenamente los objetivos o fines de cada nivel de control (objetivos, los primeros, y subjetivos, los segundos), y de que estos se articulen racionalmente para el efecto, en forma tal que conlleven al ajuste y mejoramiento cíclico y continuo de la acción estatal, y consecuentemente, de la prosperidad general.

Si bien la doctrina mayoritaria considera que los dos niveles de control (interno y externo) se complementan, sus fines son diferentes: “a diferencia del modelo de análisis de gestión-fin social que prima en el control fiscal –en cuanto que este se las ha de ver con la valuación de los gastos en relación con la satisfacción de las demandas sociales-, el modelo de control interno es de índole empresarial”. (Corredor, 2009: 298).

En el capítulo anterior, se demostró que, en el diseño institucional colombiano, al Gobierno Nacional, en cabeza del Presidente de la República, fue al que se le atribuyó, desproporcionadamente, con respecto a los demás niveles y órganos de poder público; la mayor cuota o porción de poder y control sobre el gasto público, entendido este en su doble

dimensión dispositiva y tutelar, por lo que es clave que este se confronte con su adecuado control.

En efecto, este ejerce control sobre el gasto público, entendido como poder de disposición; inicialmente, a nivel macro (al diseñar y definir las políticas públicas). Pero también a nivel micro, o sobre su gestión y ejecución: (i) al designar discrecionalmente a los directivos y gerentes para las ejecuten o gestionen, atendiendo sus directrices¹⁶; (ii) al fijar las políticas de Control Interno, que, como primer nivel de control, se constituye, cuando menos, en el nivel inicial y por ello fundamental, para el ejercicio de los demás y posteriores niveles de control sobre el gasto público: el control fiscal externo, el control parlamentario (político o sobre las políticas) y el control ciudadano (cuyo análisis se abordará en los próximos capítulos), y estos a su vez, para el propio Gobierno (cuyo análisis se efectuó en el capítulo anterior), retroalimentando su accionar, al reiniciarse el ciclo continuo de planeación, discusión, aprobación, ejecución, evaluación y ajuste multinivel del gasto público, o, ciclo presupuestario.

En este sentido, y, como quiera que en el capítulo anterior se abordó el análisis del Control Gubernamental, y en los próximos se abordará el de los controles Parlamentario y Ciudadano, este capítulo se dedicará al análisis de las instituciones y al alcance, del control fiscal externo, fundamental para su ejercicio.

1. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

En el caso del Control Fiscal colombiano, y, por obvias razones, la primera referencia histórica de esta función debe necesariamente remitirse a España.

¹⁶ Obviamente, por ello, el Presidente de la República personifica la vanguardia de la lucha contra la corrupción, como ningún otro órgano estatal, pues en sus manos está la posibilidad de designar a personas profesionalmente idóneas y éticamente incuestionables, como directores y jefes de las entidades administrativas, y a los jefes de las oficinas de control interno que los han de “vigilar”, dependiendo, en consecuencia, la eficacia y probidad de su gestión, más de lo primero, que de lo segundo.

Como se expuso en un apartado anterior, en España el control fiscal evolucionó paralelamente al de Francia, esto es, primero se estableció una Cámara de Cuentas, dependiente directamente y al servicio de los intereses del soberano, cuyos miembros eran nombrados por este o por un Concejo Real, que fue posteriormente sustituida por las Contadurías Generales de Valores y de Distribución, por Real Decreto del 1 de mayo de 1717 del Rey Felipe V, las cuales tenían a su cargo el registro de las entradas al tesoro real o “cargo”, y de la salida de los mismos, o “data”.

Estas fueron a su vez suprimidas y sustituidas en 1819 por una Contaduría General del Reino, durante el denominado primer período absolutista, la cual tenía por objeto la fiscalización de los bienes y recursos del soberano.

No es extraño entonces que en Colombia, una vez finalizada la guerra de independencia contra España, el primer órgano de control fiscal de la naciente república se haya concebido, al menos en su nombre, con una denominación copiada de la española: la Contaduría General de Hacienda; creada mediante Ley del 6 de octubre de 1821, la cual quedó integrada por cinco contadores públicos, a quienes se les asignaron funciones exclusivamente fiscalizadoras, dependientes directamente del ejecutivo.

Sin embargo, ésta inspiración fue tardía, por cuanto ya para entonces, España, como lo había hecho unos años antes Francia, había separado las funciones de interventoría administrativa (las cuales se encargaron a la Dirección General de Contabilidad que luego se convertiría en la IGAE, dependencia del Ejecutivo Nacional); de las de auditoría externa y juzgamiento, que se atribuyeron al Tribunal de Cuentas, este último conformado por fiscales y magistrados, con calidad de jueces, a los que se les encargó la labor de determinar la responsabilidad de los funcionarios públicos por la gestión fiscal que cumplieran, teniendo como base los informes o cuentas rendidos por el primero, sobre tal gestión.

En Colombia sin embargo, el control fiscal tuvo un desarrollo diferente, pues, a la Contaduría General de Hacienda, remplazada rápidamente por una “Junta de Expertos en Hacienda Pública”, y luego, en 1850, por la Oficina General de Cuentas, se le asignaron funciones exclusivamente de revisoría numérico legal (de cuentas), manteniéndose además su dependencia del ejecutivo.

En 1898, dicha junta se sustituye por una “Corte de Cuentas”, integrada inicialmente por diez “magistrados”, que a pesar de su denominación no tenía funciones judiciales, o de juzgamiento, y a la que, por el contrario, le fue asignada nuevamente la tarea de “*examinar las cuentas de todos los empleados que recauden e inviertan fondos públicos*”, manteniéndose de esta manera su naturaleza casi exclusivamente revisora de cuentas y de cobro contra los deudores morosos del Estado.

Este esquema se mantendría vigente hasta 1923, año en el cual, los integrantes de la Misión Kemmerer, cuyos integrantes provenían de Estados Unidos, sugirieron la creación de un Departamento de Contraloría, de evidente inspiración anglosajona, al considerar, entre otras razones que, si bien Colombia contaba con Corte de Cuentas integrada por trece magistrados, encargados de “*examinar las cuentas de todos los empleados que recaudan e invierten fondos públicos*”, “sus funciones son casi enteramente de carácter judicial, y no lleva cuentas de ningún género relacionadas con las finanzas nacionales”, pero su labor, “en cuanto al examen de aquellas, es de poca utilidad, debido a que el examen se demora extraordinariamente. Una gran parte del mérito de un examen consiste en la pronta revisión

del trabajo de los empleados del Gobierno, a fin de que puedan corregirse inmediatamente cualesquiera prácticas que no sean satisfactorias¹⁷” (Pérez, 1952).

Atendiendo entonces la evaluación y recomendaciones de la Misión Kemmerer, mediante la Ley 42 de 1923, se creó el llamado “Departamento de Contraloría”, adscrito al Ministerio de Economía, el cual quedaría a cargo de un Contralor designado por el Presidente de la República.

Dicha ley dispuso además que ninguna orden de pago sería cancelada por la Tesorería si no estaba previamente refrendada por un funcionario de la Contraloría, lo que en la práctica instituyó el Control Previo del Gasto, poniendo de esta manera fin al anterior modelo de revisoría posterior de cuentas.

Finalmente la Misión recomendó la reorganización de la Contabilidad Oficial, pues, en su concepto, esta debía ser la base de cualquier control fiscal.

Así las cosas, de un momento a otro pasamos de un “modelo” que, aunque no correspondía exactamente al modelo latino vigente, se había inspirado en el establecido en España, casi un siglo antes; a uno de “corte” anglosajón, los cuales obedecen a concepciones muy diferentes, pues, mientras en este último, el control es ejercido por un organismo técnico y administrativo, en forma unipersonal, con una marcada dependencia del Congreso, y sin funciones judiciales a cargo; en aquél, tal y como posteriormente evolucionó a finales del mismo siglo, las cuentas se rinden en forma posterior a la gestión, ante un tribunal, es decir, un órgano colegiado, que tiene a su cargo, integradas en el mismo cuerpo, aunque independientes entre sí, funciones de auditoría (que realiza una de las secciones), y también de juzgamiento de las conductas de los responsables de la gestión

¹⁷ Casi cien años después, la situación no ha cambiado sustancialmente: ni el Gobierno, ni la Contraloría, cuentan con información confiable y oportuna, lo que impide o dificulta que se puedan llevar a cabo acciones correctivas prontamente.

pública (que realiza la otra), cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada, y por tanto no son objeto de control judicial.

Igualmente se pasó de un esquema de “revisión de cuentas”, a uno de “control previo”, de naturaleza numérico legal, lo que a la postre determinaría el rumbo, “línea de acción” y desempeño del nuevo ente, prácticamente hasta convertirse en una función de coadministración, que imperó hasta la expedición de la Constitución de 1991.

Fueron múltiples las críticas que generó el esquema de control previo y perceptivo sugerido por la Misión Kemmerer: en cuanto (i) le imprimía una enorme rigidez a la administración en los casos de glosa o reparo sobre la misma; lo que a su vez se traducían en (ii) proclividad a la corrupción; que conllevaba a que (iii) el órgano fiscalizador terminara involucrándose en los procesos; esto es, a la coadministración, lo que (iv) impedía su evaluación objetiva y que se pudieran establecer claramente responsabilidades; y, finalmente, (v) incidía negativamente sobre la inversión extranjera, porque los procesos de contratación resultaban ser muy engorrosos.

Dichas críticas condujeron a que en 1991 se planteara, por primera vez, un importante cambio en el “modelo” de control fiscal hasta entonces vigente: asignar el control previo y perceptivo que realizaba la Contraloría, a la misma administración, y asignar a la Contraloría el control posterior y selectivo de la gestión administrativa, tal como lo habían hecho varias décadas antes la mayoría de estados desarrollados. Adicionalmente, y para estar a tono con las tendencias mundiales en materia de auditoría, se dispuso que esta incluyera también la evaluación de la gestión y de los resultados de la administración.

A cambio, se le entregaría la facultad a la Administración para que se autocontrolara, mediante la implementación de oficinas y sistemas de control interno, lo

que a la postre incidió en que el cambio no se realizara en forma gradual ni coordinada, al punto que, diez años después, un alto porcentaje de entidades públicas aún no lo habían implementado (CGR, 2002).

Otro cambio significativo lo constituyó la creación de una nueva figura de control, esta vez sobre las entidades fiscalizadoras: el auditor general, que luego se convertiría en la Auditoría General de la República.

Igualmente se dispuso la creación de la Contaduría General de la Nación, a la que se asignaron, entre otras, las funciones de “llevar la contabilidad general de la Nación”, y “determinar las normas contables que deben regir en el país”, excepto la de la contabilidad presupuestal que siguió a cargo, sin que se señalara el por qué, de la Contraloría General de la República, como hasta entonces lo había estado.

Por último, en la Constitución se dispuso que la Ley, esto es, el Congreso, es el que debe organizar “las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados”.

En cuanto a la CGR, se adicionaron a sus funciones la de “Conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control fiscal interno”, así como la de imponer sanciones y ejercer jurisdicción coactiva.

Finalmente, se mantuvo el modelo de descentralización del Control Fiscal Externo al disponerse que “La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva” (art. 272 CP).

En todo caso, la Constitución de 1991 mantuvo, en esencia, y salvo por los cambios referidos, el esquema de control que había imperado hasta entonces, desaprovechándose el momento histórico de cambio institucional para replantear e integrar los diversos niveles y

órganos de control, con el objeto de armonizarlos racionalmente para el cumplimiento de su función.

Después de ello, el único cambio significativo se verifica con la expedición del Decreto Ley 267 de 2000; la Ley 1474 de 2011, y el Acto Legislativo 02 de 2015.

El primero conllevó un importantísimo avance cuantitativo y cualitativo en la lenta evolución del Control Fiscal Externo en el país (al menos en su concepción):

-La función de control fiscal externo no tiene como único –ni principal- objeto la auditoría de gestión, sino que este debe abarcar también el análisis o evaluación de las políticas públicas;

-Consecuentemente, se reestructura el ente de control: se crea la Contraloría Delegada para la Economía y Finanzas Públicas, a la que se le asignan las funciones, en primer lugar, de consolidar las cuentas y estadísticas fiscales, para la elaboración de la Cuenta General del Presupuesto y del Tesoro (ejecución presupuestal, auditoría del balance, estado de la deuda) por parte de una dirección con esa misma denominación; y de analizar, monitorear y evaluar las políticas públicas, y su impacto en las finanzas del Estado, por parte de la Dirección de Estudios Macroeconómicos, a cargo de la elaboración del Informe sobre la Situación de las Finanzas del Estado, y de otros estudios económicos.

-Se sectoriza la auditoría de las entidades administrativas, a cargo de las Direcciones de Vigilancia Fiscal, y se crean, en su interior, Direcciones de Estudios Económicos, para que analicen las políticas de cada sector de gobierno.

Con la expedición del llamado “Estatuto Anticorrupción”, mediante la Ley 1474 de 2011, se cambia este enfoque hacia lo macro, y, nuevamente se prioriza el control micro o sobre la gestión, y más exactamente, hacia el subproceso de responsabilidad fiscal, para,

según se dijo, hacerlo más eficiente, mediante reformas que, en la práctica, condujeron a “desnaturalizar”, aún más, dicho proceso, desde el punto de vista jurídico e institucional:

-Se implementa el proceso verbal de responsabilidad fiscal, con una concepción marcadamente judicial, ignorando por completo (es la expresión más exacta) la naturaleza administrativa de los actos en esa materia, del ente de control (de hecho, en la Ley se les denomina a las dependencias de la entidad, “estrados” (art. 104), y a sus diferentes niveles directivos, “instancias”, algo propio de las diferentes jurisdicciones, y no de un organismo público unitario.

-En vez de profesionalizar el recurso humano de la CGR, para hacerlo más independiente, calificado y objetivo, se crean nuevas dependencias y cargos de nombramiento discrecional por parte del Contralor General (art. 128), según se dice “Con el fin de fortalecer las acciones en contra de la corrupción”: se crean la llamada Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción, la Unidad de Cooperación Nacional e Internacional de Prevención, Investigación e Incautación de Bienes, la Unidad de Apoyo Técnico al Congreso y la Unidad de Seguridad y Aseguramiento Tecnológico e Informático.

En la primera, se crearon once cargos de Contralores delegados intersectoriales, para “adelantar auditorías especiales o investigaciones relacionadas con hechos de impacto nacional (desde el punto de vista mediático) que exijan la intervención inmediata de la entidad por el riesgo inminente de pérdida o afectación indebida del patrimonio público o para establecer la ocurrencia de hechos constitutivos de responsabilidad fiscal y recaudar y asegurar las pruebas para el adelantamiento de los procesos correspondientes”.

-Se dispuso la implementación, en cada departamento, de gerencias departamentales colegiadas, conformadas por un gerente departamental y no menos de dos contralores

provinciales, incrementándose a 75 la planta de contralores provinciales, expuestos a la influencia de los grupos de poder político y económico de ese nivel, para ser provistos de manera discrecional, y no por su conocimiento técnico, trayectoria, realizaciones y sentido ético.

Estos tendrían a su cargo, entre otros, la decisión final sobre los procesos de atribución de responsabilidad fiscal en el ámbito territorial, en “Sala”, como si fuesen un tribunal (inclusive algunos utilizan toga de juez), a pesar de la calidad de jueces o magistrados, con lo cual, en opinión de algunos, se cambió, mediante esta ley, el modelo de Contraloría, por uno de tribunales, aunque de naturaleza administrativa.

Finalmente, mediante el Acto Legislativo 02 de 2015, se modificaron los requisitos y mecanismos para la elección del Contralor General, y de los Territoriales: respecto al primero, aunque se mantuvo su elección por el Congreso en pleno, esto es, el órgano político, inmediatamente después de elegido el Presidente de la República, y por un período igual al suyo (4 años), se dispuso que esta ya no se haría de terna propuesta por cada una de las altas cortes; sino por concurso público; a pesar de lo cual se mantuvieron las mismas “exigencias” que en el sistema anterior: ser profesional y mayor de treinta y cinco años de edad. Menos de lo que se le exige a cualquiera que pretenda ingresar, por concurso, como Profesional Universitario Grado 2.

2. CARACTERIZACIÓN DEL MODELO Y SISTEMA DE CONTROL FISCAL EXTERNO COLOMBIANO

A continuación nos proponemos caracterizar el “modelo” y “sistema” de control fiscal existente en el país, implícitos en la Constitución y legislación actualmente vigentes. Para el efecto, tal como lo señalamos en la parte introductoria de este trabajo, trataremos de establecer, en primer lugar, su tipología institucional; en segundo lugar, los sujetos activos

y pasivos del control (quién y sobre quiénes se ejerce, su forma de elección, dependencia, etc.); en tercer lugar, su objeto de control (organismos, políticas; recursos, gestión, resultados, etc.); en cuarto lugar, los medios o instrumentos de control (evaluación, auditoria, juzgamiento, etc.); y finalmente, el alcance o efectos de dicho control (modificación de las políticas públicas; moción de censura; atribución de responsabilidad fiscal; sanciones, planes de mejoramiento, etc.).

Pero antes de abordar esta tarea, se hace necesario determinar el alcance de los términos “modelo” y “sistema” que utilizaremos. Entendemos por “sistema” un conjunto de órganos articulados racionalmente para el cumplimiento de una función o fin, y por “modelo”, un referente ideal, o, en términos jurídicos, un deber ser. Para el caso, de lo que debe hacer cada órgano, individualmente considerado, y, estos en su conjunto, o como sistema, para controlar la gestión y el gasto público.

De paso, podemos definir una “*crisis*” institucional como una disfunción grave, o la incapacidad manifiesta del órgano, o del sistema en su conjunto, para cumplir la función para la cual fue concebido.

Hechas estas aclaraciones, y, para el efecto, analizaremos en primera instancia, el texto constitucional que regula esta función. Según el artículo 117 de la Constitución Política “El Ministerio Público y la Contraloría General de la República son (los) órganos de Control”.

No obstante, más adelante, en el Título X de la misma Constitución, denominado “De los Organismos de Control”, este se divide en dos capítulos, uno relativo a la Contraloría General de la República, y el otro al Ministerio Público, como si fuesen los únicos organismos de control.

En cuanto a la primera, el artículo 267 establece:

“El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la Nación”.

Según la misma norma, “Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva” e “incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad, y la valoración de los costos ambientales”.

Conforme a la norma transcrita, el control fiscal se concibió como una función pública (que lo es), a cargo de la Contraloría General de la República, consistente en la “vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejen o administren fondos o bienes de la Nación”.

Sin embargo, esto no es cierto, ni en sentido restringido o literal (a partir del texto constitucional), ni en sentido amplio o funcional, pues, conforme a dicho texto, esta función la ejercen, la administración, en un primer nivel o interno, y, en un segundo nivel, de manera posterior y externa a la administración, según lo previsto en la misma Constitución, y en Declaración de Lima, (i) la Contraloría General de la República, (ii) las contralorías territoriales, y (iii) la Auditoría General de la República (arts. 267, 272, 274 CP).

Pero tampoco en sentido amplio, pues, otros entes, como el Congreso de la República, que está llamado a fenecer la Cuenta General del Presupuesto y del Tesoro, el mismo Ejecutivo, en cabeza del Presidente, y hasta la ciudadanía, también están llamados a vigilar y evaluar la gestión fiscal de la administración y de los particulares que administran o gestionan, a nivel macro o micro, recursos y bienes de la Nación. Esto es, a ejercer control fiscal, según se ha definido.

En efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 269 CP, “En las entidades públicas, las autoridades correspondientes” están obligadas a diseñar y a aplicar métodos y

procedimientos de control interno, frente al cual le corresponde al Contralor General, precisamente la función de “Conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos del Estado” (arts. 266 y 267 CP).

Con lo cual, claramente “las entidades y organismos del Estado” (las administraciones) también ejercen control fiscal, denominado por ello interno o administrativo, que, por tanto, se constituye en el primer nivel del control fiscal.

En segundo lugar, según lo previsto en el art. 272 CP, “La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva”, con lo que es igualmente claro que también éstos órganos ejercen control fiscal, posterior y selectivo, en el orden territorial, con respecto a la gestión fiscal de esos entes territoriales.

Y en tercer lugar, conforme a lo dispuesto en el art. 274 CP “La vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República se ejercerá por un auditor elegido para períodos de dos años por el Consejo de Estado”, esto es, por una entidad pública diferente de la Contraloría, que adicionalmente tiene a su cargo el ejercicio del control fiscal de las contralorías territoriales.

Luego, es evidente que el control fiscal, en sentido estricto, restringido o literal; a partir de los citados textos constitucionales, es ejercido (i) por las oficinas de control interno de las entidades administrativas; (ii) la Contraloría General de la República; (iii) las contralorías territoriales; y (iv) la Auditoría General de la República. Las tres últimas, además, con la función de determinar directamente la responsabilidad que se derive de tal gestión, o responsabilidad fiscal, lo que las caracteriza como entidades de control fiscal posterior y externo.

No obstante, otros órganos y niveles de poder público también, inclusive del mismo Gobierno, evalúan o ejercen control sobre la gestión y el gasto públicos, en forma directa o indirecta, o en sentido amplio.

Así se previó al determinarse las competencias del Departamento Nacional de Planeación, organismo dependiente directamente del Ejecutivo, al que se le asignó la función de evaluar la gestión y resultados de la administración pública (art. 343 CP), lo que, entre otras cosas, coincide exactamente con la definición de la función asignada por la Constitución a la Contraloría en el artículo 267-1, y aunque dichas tareas resulten manifiestamente contradictorias de su función.

Pero además, los jueces también pueden ejercer eventualmente control sobre la gestión pública, por lo que hoy en día se reconocen como parte de los sistemas de control fiscal (Dye y Satapenhurst, 1998). Con mayor razón en nuestro medio.

En efecto, como el procedimiento para establecer la responsabilidad fiscal de los funcionarios públicos, se constituye en nuestro sistema legal, en una prolongación del control fiscal que ejercen las contralorías, y, en atención, al carácter administrativo de sus “fallos”; éstos son sujetos de control de legalidad ante la instancia judicial, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conformada por los Tribunales Administrativos (uno en cada departamento) y el Consejo de Estado.

Por ello, no son pocos los que consideran que quienes en últimas están facultados para determinar la responsabilidad derivada de la gestión fiscal, no son las contralorías, sino los jueces administrativos, ante quienes estas deben justificar la legalidad de sus actuaciones, a partir de lo cual estos deciden si las mantienen o las anulan.

De otro lado, los jueces contencioso administrativos también pueden establecer la responsabilidad de gestores y funcionarios públicos, aún sin que medie intervención de la

Contraloría, dentro de los procesos en que se pretenda condenar a la Nación a la reparación de un daño patrimonial o moral, mediante el llamamiento en garantía, que consiste en vincular desde el comienzo del proceso judicial al funcionario, para que responda por su conducta; o pueden establecer tal responsabilidad con posterioridad a la culminación de dichos procesos, a través de la llamada Acción de Repetición, que es un proceso que tiene por objeto que el Estado recupere total o parcialmente lo pagado a título de condena o indemnización.

Finalmente, los jueces penales también están facultados para establecer la responsabilidad de los servidores públicos evaluando una gestión determinada, y condenarlos a resarcir los daños causados por ésta, siempre que deriven de conductas dolosas.

De otro lado, el artículo 114 establece que “Corresponde al Congreso de la República reformar la constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración”, lo que necesariamente involucra el control de su gestión fiscal.

En cuanto a la ciudadanía, el artículo 270 señala que “La ley organizará las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados”, por lo que la ciudadanía también hace control fiscal, aunque en sentido amplio.

De esta manera, resulta claro que, además de la administración, la Contraloría General de la República, las contralorías territoriales, la Auditoría General de la República, a cargo del Control Fiscal Interno y Externo, definido como la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que administre fondos o bienes de la Nación; otros órganos, como la Procuraduría General de la Nación, la Fiscalía General de la Nación,

los jueces administrativos y penales, y las altas cortes; el Congreso de la República, y la Ciudadanía, también están llamados a vigilar, directa o indirectamente dicha gestión, y son, por tanto, parte del “sistema” de control de la gestión y el gasto públicos.

Inclusive, expertos internacionales en el tema del Control Fiscal (Langseth, *et. al.* 1997: 129), consideran como parte integrante de lo que denominan (y no por casualidad) Sistema Nacional de Integridad (noción todavía más amplia que la de Sistema de Control del Gasto Público), en cuanto se asume como algo que atañe a toda la sociedad, y no a un único organismo; a los medios de comunicación (especialmente a los *ombudsman* o columnistas), orientadores de la opinión de los votantes; a los partidos políticos y al sector privado; junto con la voluntad del propio Gobierno, sin cuyo compromiso de transparencia y para escoger gestores públicos verdaderamente capacitados y honestos, resulta virtualmente imposible lograr mejoras y disminuir los niveles de corrupción, en la Gestión Pública.

No obstante, consecuentemente con su denominación, el presente capítulo, se centrará en el análisis de las instituciones llamadas, formal y constitucionalmente, a ejercer control fiscal externo, esto es, a evaluar la gestión fiscal, pero con la posibilidad de derivar de esa evaluación responsabilidad de carácter fiscal; en forma posterior y selectiva, o de segundo nivel, sobre la administración nacional y territorial, y de los órganos que las vigilan: En primer lugar, la Contraloría General de la República, en segundo lugar, las Contralorías Territoriales, y en tercer lugar, la Auditoría General de la República, a partir de lo cual se podrá determinar el modelo de control fiscal imperante en el país.

Adicionalmente, y, a pesar de no ejercer control fiscal en sentido estricto, precisamente por no poder atribuir responsabilidad fiscal como resultado de su ejercicio; en la última parte se hará referencia al control y vigilancia, también sobre la gestión y el gasto

público, es decir, en sentido amplio, está llamada a ejercer la Procuraduría General de la Nación, desarrollar, como las anteriores, un control externo y de “naturaleza administrativa”, sujeto al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por no ser de naturaleza judicial ni legislativa.

3. LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Como se expuso previamente, en la Constitución se le confirió un papel preponderante en la función pública del Control Fiscal Externo a la Contraloría General de la República, al punto de señalar que esta es la que lo ejerce. Casi como si control fiscal y Contraloría General de la República fueran términos sinónimos, cuando en realidad no lo son, razón por la cual, para efectos de establecer su verdadera naturaleza institucional o tipología institucional, el alcance de sus funciones, y su relación con los demás órganos y niveles de poder, o, lo que es lo mismo: el modelo de Control Fiscal con el que cuenta el país, debemos remitirnos en primer lugar a las funciones que a la misma le fueron asignadas en la CP.

En el artículo 267 se definió la función de Control Fiscal Externo, como una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, que vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

En la misma norma se dispuso que dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley, y que la misma podrá autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

Igualmente se señaló que la vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales, el cual, en los casos excepcionales, previstos por la ley, podrá ejercerse, en forma posterior, sobre cuentas de cualquier entidad territorial.

Finalmente se dispuso que la Contraloría, por ser una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal, no tendría funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización.

Hasta esta parte de la norma, la atribución de la función es claramente institucional, en cuanto se radica en el ente superior de control, y no en la persona del contralor¹⁸.

No obstante, a partir del inciso quinto de esta norma en la que –se reitera– se define esta función pública, cesa abruptamente toda referencia al ente de control, como institución llamada a ejercerlo, para regular la elección del Contralor General de la Nación (como si una y otro fuesen lo mismo), por parte del “Congreso en pleno”, para un período de cuatro años, que debe coincidir con el del recién elegido Presidente de la República.

Para el efecto, el candidato debe cumplir con una exigencias que no lo son tanto para el desempeño de un cargo de semejante naturaleza: ser colombiano de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanía; tener más de 35 años de edad; tener título universitario y ejercido la profesión o cátedra universitaria por (apenas) cinco (5) años, lo que resulta injustificable, por decir lo menos, tratándose precisamente de la cabeza de un órgano unipersonal llamado a ejercer, personalmente o por delegación suya, las delicadas e importantísimas funciones a su cargo.

¹⁸ Como corresponde a un Estado de Derecho; por definición un sistema de instituciones balanceadas en poder, y recíprocamente controladas en las que su ejercicio, por tanto, está despersonalizado.

En todo caso, esta concepción personalizada o subjetivada de tan importante función pública, en cabeza de la persona del Contralor, se ratifica además en el artículo 268, en el que se señala que “El Contralor General de la República” (que no la institución de la Contraloría) tiene a su cargo las siguientes funciones:

1. Prescribir los métodos y la forma en la que se le deben rendir cuentas por parte de los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse.

2. Revisar y fenecer las cuentas de los responsables del erario y determinar su grado de eficiencia, eficacia y economía.

3. Llevar un registro de la deuda pública de la Nación y de las entidades territoriales.

4. Exigir informes sobre su gestión fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de la Nación.

5. Establecer la responsabilidad derivada de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, y recaudar su monto para lo cual dispone de jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma.

6. Conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos del Estado.

7. Presentar al Congreso de la República un informe anual sobre el estado de los recursos naturales y del ambiente.

8. Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado, en desarrollo de los cuales puede, bajo su

responsabilidad, exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios.

9. Presentar proyectos de ley relativos al régimen del control fiscal y a la organización y funcionamiento de la Contraloría General.

10. Proveer mediante concurso público los empleos de su dependencia que haya creado la ley y que no sean de su libre nombramiento y remoción.

11. Presentar informes al Congreso y al Presidente de la República sobre el cumplimiento de sus funciones y certificar la situación de las finanzas del Estado, de acuerdo con la ley.

12. Dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial.

13. Presentar a la Cámara de Representantes la Cuenta General de Presupuesto y del Tesoro y certificar el balance de la Hacienda presentado al Congreso por el Contador General.

No obstante, esta particularísima concepción de atribución funcional en cabeza de una persona, y no de un ente, no es exclusiva del control fiscal externo. Obedece, como se expuso en capítulos previos, a una particularidad del diseño institucional colombiano: todos los denominados órganos de control autónomos (Fiscalía, Contraloría y Procuraduría), tienen una estructura piramidal y son unipersonales.

Esto significa claramente que, dado que las funciones de los órganos están asignadas a las personas que los dirigen, y no al órgano público; son éstas quienes tienen el control sobre todos los asuntos a su cargo, sean administrativos o misionales, por lo que, todos los demás funcionarios ejercen sus funciones por mandato o delegación suya, con lo

cual este puede abocar en cualquier momento los asuntos sujetos a su conocimiento, reasumir sus funciones, o revocar sus decisiones, cuando así lo estime.

Por supuesto, esto termina afectando negativamente la institucionalidad, no sólo porque el desempeño institucional depende directamente de la capacidad y los intereses personales de la cabeza del órgano, sino porque justamente por esa razón, estos a su vez pueden verse influenciados por los de quienes intervienen en su elección.

Especialmente si se tiene en cuenta que esta se encuentra directamente ligada al ciclo político, pues su elección se realiza “por el Congreso en pleno en el primer mes de sus sesiones para un período igual al del Presidente de la República”. Lo que significa que es realizada por las denominadas coaliciones partidistas mediante las cuales los diferentes gobiernos suelen asegurar las mayorías parlamentarias, necesarias para asegurar la denominada gobernabilidad, que se constituye en el recurso para contrarrestar la atomización y personalización de los partidos, o, como se conocen en Colombia: las “microempresas electorales” (Pizarro, 2002: 24).

Esta forma de gobierno, basada en intereses personales, y no en los de las mayorías, trae aparejadas graves consecuencias, en especial en algo tan crítico como lo es el control multinivel de la gestión y el gasto públicos. Así lo advierte el mismo Pizarro: “La atomización partidista, como lo evidencian tanto la experiencia ecuatoriana como brasileña, conlleva muchas consecuencias negativas para el ejercicio del poder político: en primer término, una grave indisciplina parlamentaria la cual constituye la malformación más grave que sufren los cuerpos colegiados a todos los niveles en el país. Ni los alcaldes, ni los gobernadores, ni el propio Presidente cuentan con bancadas partidistas sólidas que les permitan sacar adelante sus proyectos de gobierno. El poder ejecutivo a todos los niveles se desgasta en trueques y negociaciones individualizadas, que desfiguran la función legislativa

e introducen la corrupción generalizada como forma de conformar mayorías” (Pizarro, 2002: 28).

Y es que, para nadie es un secreto, que en Colombia, la “governabilidad” se asegura precisamente con reparto de presupuesto y cargos públicos, incluyendo los cargos en los órganos llamados a controlar la gestión económica del Gobierno, y de sus “aliados”.

Esto es especialmente crítico en el caso de la Contraloría General de la República, dado el gran número de cargos que en su planta de personal, son, justamente, de libre nombramiento y remoción por parte del Contralor General, pues, aumenta la propensión a negociar esos apoyos, con otro agravante: todos los funcionarios del nivel directivo son de libre nombramiento y remoción por parte del Contralor, y en consecuencia, son quienes ostentan el poder de decisión de “primera mano” respecto de los procesos misionales y administrativos a cargo del ente de control, aun contrariando la opinión de los funcionarios subalternos del nivel profesional y de carrera que hayan intervenido en los mismos.

No es de extrañar, entonces, que todos los grupos de poder político quieran verse representados en la composición de los cuadros directivos de la Contraloría, y de todos los órganos de control, en los que sus directivos se designen discrecionalmente por parte de su cabeza; que lo son todos.

Por eso no podemos compartir el optimismo de algunos doctrinantes, para quienes, desde la Constituyente de 1991, y “Con el ánimo de que la Contraloría recupere la confianza que debe generar en la comunidad y para apartarla de las actividades clientelistas, la Carta prohíbe a quienes formen parte de las corporaciones que postulen o elijan contralores dar recomendaciones personales y políticas para empleos de la Contraloría (art. 268, núm. 10, CP)”; prohibición que se acompañó del establecimiento del concurso de méritos para ingresar a su servicio, como regla general (Younes, 2014: 58).

El problema –insistimos- es que ninguna o muy escasa objetividad e independencia puede alcanzar la entidad, si su nivel decisorio tiene un origen marcadamente político. Nada se gana, en términos de la objetividad y calidad que debe caracterizar una función pública de esta naturaleza, si a los funcionarios del nivel operativo o profesional se les impone la obligación de ingreso por concurso de méritos, pero las decisiones las toman o revisan funcionarios que no se vinculan meritocráticamente, sino para servir a los intereses de un grupo de poder u organización partidista.

Destacando el mismo objetivo, pero en forma más realista, esa es la razón por la cual algunos consideran que “Sustancial y absolutamente necesaria resultó la reforma que la Constitución de 1991 introdujo al sistema de control fiscal. Este, por razón del origen político de los contralores y el uso y abuso del control previo, había degenerado de técnico en clientelista y de independiente en comprometido” (Henaó Hidron, 2013).

Además, esta vulnerabilidad se ve potenciada por cuanto, en su estructura interna, la Contraloría replica esa estructura piramidal en sus diferentes unidades del nivel central, según lo dispuesto en el Decreto Ley 267 de 2000, en cuanto cada una de sus diez contralorías delegadas (siete sectoriales y tres generales), siete oficinas de apoyo, dos gerencias nacionales, y cuatro unidades especiales, y todas las gerencias departamentales; están bajo la dirección de un funcionario de libre nombramiento y remoción vinculado de una manera u otra con la clase política.

Por eso, si lo que se quiere es que el ciudadano perciba que la Administración está de verdad controlada, es preciso que los órganos de control externo se caractericen por su profesionalidad e independencia. “Sin estas dos premisas básicas es absolutamente imposible colaborar a hacer más eficaz la Administración y hacer más creíble ante la sociedad la labor de control” (Jiménez Rius; 2007).

3.1 Funciones de la Contraloría General de la República

Las funciones de la Contraloría General de la República, fueron asignadas, aunque en forma desordenada, en cabeza del Contralor General, como se expuso antes, y no del ente; en el art. 268 CP -ya citado-, pero también en el 354 CP, según el cual a este le corresponde la función de uniformar, centralizar y consolidar la contabilidad de la ejecución del Presupuesto, y auditar el balance de la Hacienda, que le presente el Contador General de la República.

Todas estas funciones corresponden, y por tanto, pueden agruparse, en dos grandes niveles de control fiscal externo, al igual que en el caso de los demás niveles de control: micro, o sobre la ejecución y gestión del gasto público, que su vez se ejecuta en dos fases: primero, la auditoría, y, segundo, el Proceso de Responsabilidad Fiscal (en adelante PRF). Y a nivel macro, o sobre las políticas.

En el siguiente cuadro se agrupan las referidas funciones, en uno de estos tres macroprocesos.

Tabla No. 2 Funciones de la Contraloría General de la República

CONTROL MICRO	CONTROL MACRO
1. Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse.	Presentar a la Cámara de Representantes la Cuenta General de Presupuesto y del Tesoro y certificar el balance de la Hacienda presentado al Congreso por el Contador General.
2. Revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado.	3. Llevar un registro de la deuda pública de la Nación y de las entidades territoriales.
4. Exigir informes sobre su gestión fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de la Nación.	Uniformar, centralizar y consolidar la contabilidad pública de la ejecución presupuestal
6. Conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos del Estado.	7. Presentar al Congreso de la República un informe anual sobre el estado de los recursos naturales y del ambiente.
PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL 5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la	11. Presentar informes al Congreso y al Presidente de la República sobre el cumplimiento de sus funciones y certificación sobre la situación de las finanzas del Estado, de acuerdo con la ley.

jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma.	
---	--

Fuente: Elaboración propia

A partir de las funciones asignadas a la Contraloría General de la República, es posible intentar determinar su relación con el Congreso y el Gobierno, pues el texto constitucional tampoco fue claro en este aspecto. En efecto, ni en el artículo 268, ni en el 354 CP, ni en ninguna otra norma se señala –o al menos no en forma expresa- si este órgano cumple una función asesora de la de control político que está llamado a ejercer el Congreso, o si depende directamente de este último.

Dice, si, que el Contralor le debe presentar un informe al Congreso de la República sobre “el estado de los recursos naturales y del ambiente”, y a la Cámara de Representantes “la Cuenta general del Presupuesto y del Tesoro y certificar el balance de la Hacienda que le presente el Contador General”. Pero de ninguna manera define clara y expresamente cuál es su relación con el Congreso de la República.

Podría argumentarse que la subordinación de la CGR al Congreso está establecida justamente en el citado numeral 10 que dispone que el Contralor debe “Presentar informes al Congreso”, pero el mismo texto dice a renglón seguido: “y al Presidente de la República”, lo cual de suyo descarta tal hipótesis.

Igualmente podría aducirse que la subordinación deriva de la elección del Contralor por parte del Congreso, pero este argumento pierde peso si se tiene en cuenta que también el Congreso, o, para ser más exactos, el Senado, elige al Procurador General de la Nación, que no tiene (ni podría tener) ninguna relación de dependencia con dicho órgano, así como tampoco debe tenerla el Fiscal con el Presidente, a pesar de ser postulado por éste.

Esta, que parece una cuestión irrelevante, no lo es, porque desvela precisamente la falta de “un modelo”, en el que se defina claramente la función de la Contraloría, y,

además, su relación, respecto del Legislativo, cuestión que depende de, y, en la que no siempre han coincidido; quienes han estado frente a ella, y por tanto, resulta determinante sobre los resultados finales de su gestión, pues, como se ha señalado en capítulos previos, una de las funciones principales de las EFSs, es servir de apoyo a la función de control político o sobre las políticas, por parte del órgano legislativo, que para algunos es su principal función.

“Como se advierte con claridad en el caso del modelo norteamericano, la principal cuestión que atiende allí el control fiscal no radica en si es posterior o previo, o en sí es integral total o selectivo; lo que interesa en este caso es que el material aportado por la oficina Fiscal sirva al propósito del control político del gasto; ya que el control sobre la gestión es de pertenencia de las oficinas de Control Interno de cada ente federal” (Corredor C., 2009).

De todos modos, más por tradición que por derivar de una determinación expresa, y probablemente porque así es en la mayoría de países del mundo, la Contraloría ha asumido una función de asesoramiento del Congreso, para efectos del Control Político que debe ejercer éste sobre la gestión económica del Gobierno, y está obligada a responder sus requerimientos puntuales de información.

3.1.1 Control Fiscal Externo Micro

En el capítulo anterior se expuso que el Control Micro Interno tiene por objeto (i) la intervención previa del gasto (y del ingreso) público, para asegurar su regularidad y legalidad; (ii) su registro, y (iii) el reporte y rendición de cuentas sobre su gestión, entre otras cosas, para efectos de posibilitar el control fiscal externo, o de segundo nivel.

En el caso colombiano, se pudo evidenciar que no existe actualmente el control previo del gasto y del ingreso; que su registro corre a cargo de diferentes entes (SIIF, CGN,

CGR), y que no existe la obligación de rendir cuenta sobre la gestión fiscal, y que, a lo que se le denomina como tal, se centra en la gestión contractual, por lo que en la práctica, la CGR no cuenta con un punto de partida para efectos de asumir ese segundo nivel de control, cuyo objeto principal, según lo dispuesto en la CP y en las normas de INTOSAI, es la evaluación de la gestión y resultados de la administración, en forma consolidada, en cabeza del Gobierno, e individual, por parte de cada administración.

Por esta razón, en la práctica, los equipos de auditoría, suelen “retornar” al nivel del control previo, y focalizan buena parte de su esfuerzo apenas en el control de legalidad y presupuestario (control de cumplimiento), especialmente de los procesos contractuales, dejando de lado la tarea de evaluar la gestión y resultados del ente, sin que, además, tengan en cuenta sus resultados en los informes para el control macro.

Esta falla de concepción se agrava por la falta de planificación y selectividad de los procesos de auditoría, que regularmente se plasma en el llamado Plan General de Auditoría, hasta ahora determinado por lograr cobertura, en función del número de sujetos a auditar, antes que a focalizar los escasos recursos humanos y técnicos sobre las entidades públicas críticas, según los mapas de riesgo técnicamente elaborados.

Por otra parte, la labor de los equipos de auditoría suele estar sesgada hacia la obtención de hallazgos (recuperación de sumas líquidas de dinero por gestión irregular o simplemente ineficiente), antes que en servir de encontrar posibilidades de mejora en la gestión, lo que limita aún más su potencial de cambio.

En contraste, las Normas Internacionales de Auditoría parten del reconocimiento de que la actividad de las administraciones públicas tiene un carácter continuado, con objetivos a largo plazo y planes de acción plurianuales, lo que hace aconsejable que la planificación de las auditorías de los órganos de control se plantee también desde una

perspectiva plurianual, en la que se tengan en cuenta, (i) La evaluación de riesgos, como herramienta para concentrar la función de control en las áreas o entidades en las que existe mayor riesgo de incumplimiento y, consecuentemente, el impacto de los controles también puede ser mayor, en términos de detección de incumplimientos y propuestas de medidas de mejora; (ii) La planificación plurianual de las acciones de control, que debe ser consistente con la realización de los planes anuales y sirva además, de instrumento para ir ejecutando el plan plurianual, y (iii) La concepción y realización del control desde la perspectiva de los planes anuales y plurianuales, de tal que se puedan emitir valoraciones sobre la actuación general o agregada de una administración pública “basadas en el conjunto de actuaciones de control realizadas sobre cada una de las distintas entidades y órganos que la componen” (Miajá, 2014).

Pero ello, según los mismos autores, obliga a los órganos de control a ser selectivos en la determinación de los controles que realizan, estableciendo planes de actuación que, “teniendo en cuenta los objetivos de las entidades que deben controlar, les permitan concentrar su actividad en aquellos ámbitos en que existe mayor riesgo de que se produzcan incumplimientos de la normativa aplicable, desviaciones en la consecución de los objetivos establecidos o inexactitudes en la presentación de la información financiera”.

Otro de los problemas derivados del actual modelo de planeación de las auditorías, es que no están articuladas con el ejercicio del control macro, de manera tal que sirvan para asegurar la fiabilidad de la información contable de las entidades administrativas, y por ende, del Gobierno en su conjunto.

3.1.1.1 La auditoría externa

Según se indica en la Guía de Auditoría de la CGR (2015), la auditoría “Es un proceso sistemático que evalúa, acorde con las normas de auditoría generalmente aceptadas

vigentes, la política pública y/o la gestión y los resultados fiscales de los entes objeto de control fiscal y de los planes, programas, proyectos y/o asuntos a auditar, mediante la aplicación de los sistemas de control fiscal o actuaciones especiales de vigilancia y control, para determinar el cumplimiento de los principios de la gestión fiscal, en la prestación de servicios o provisión de bienes públicos, y en desarrollo de los fines constitucionales y legales del Estado, de manera que le permita a la Contraloría General de la República fundamentar sus opiniones y conceptos”.

Además, conforme también se indica en la Guía, la misma “está orientada a evaluar la gestión fiscal de los entes objeto de control fiscal, a través de: la evaluación de las políticas públicas, planes, programas, proyectos, procesos o temas de interés, vistos como un sistema o como parte de él, los cuales poseen un conjunto interrelacionado de recursos con la capacidad de crear, regular y producir bienes y/o servicios en cumplimiento de los fines del Estado”.

Son múltiples las fallas, de principio a fin, de esta concepción de la auditoría, por parte de la misma Contraloría. Falla cuando se indica que es un proceso “sistemático que evalúa, acorde con las normas de auditoría generalmente aceptadas vigentes, la política pública y/o la gestión y los resultados fiscales de los entes objeto de control fiscal y de los planes, programas, proyectos”, en primer lugar, porque, confunde dos funciones y niveles completamente diferentes, en su objeto, medios, y alcance: la evaluación de las políticas públicas, y la auditoría.

Mientras que esta última siempre tiene por objeto evaluar la gestión y los resultados de un sujeto de control¹⁹, individualmente considerado, y por tanto, puede derivar en

¹⁹ De hecho, en el art. 31 del Decreto 267 de 2000, mediante el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la CGR y se establece su estructura orgánica, se dispuso que el nivel micro de la vigilancia fiscal es

responsabilizaciones de orden fiscal, disciplinario o penal; aquella tiene por objeto evaluar, monitorear o medir el impacto, de las políticas públicas (que son expresión de un querer ser siempre previo a su ejecución), o control a nivel macro, sin que de ello puedan derivarse tales consecuencias.

Además, precisamente por ello las normas generalmente aceptadas, lo son para efectos de auditar entidades públicas (y privadas), u órganos administrativos individualmente considerados, y no el resultado de su gestión agregada, necesariamente influenciada por las políticas públicas.

Por otra parte, mientras que la primera tiene como fundamento la Cuenta General que precisamente consolidada las cifras de la gestión económica del Estado (Balance General de la Nación, Ejecución Presupuestal, Estado de la Deuda Pública consolidado), la segunda se fundamenta en la rendición de la cuenta, por parte de un gestor público, es decir, a nivel individual.

De otro lado, mientras que la primera tiene como finalidad el rediseño, o ratificación de las políticas públicas, la segunda tiene como finalidad que se corrijan las fallas en su gestión o ejecución, de las cuales puede atribuirse responsabilidad fiscal, que siempre es de carácter subjetivo, o individual.

En cuanto a su desarrollo, y, aunque corrientemente se habla de la fase de “auditoria”, que corresponde a una evaluación externa, posterior y selectiva de la gestión de un organismo, en realidad suele desarrollarse en diversos momentos, que corresponden a su vez a “diferentes” tipos de auditoría, de acuerdo a su objetivo principal: en primer lugar, la

aquel que cubre a cada una de las entidades que actúan y desarrollan sus actividades con autonomía e independencia dentro del respectivo sector al cual pertenecen, para efectos del ejercicio del control fiscal.

auditoría financiera, cuyo propósito es establecer la fiabilidad de la información contable y presupuestal suministrada por el ente en desarrollo de su obligación de reporte.

En segundo lugar, la auditoría de cumplimiento, cuyo propósito principal es determinar la conformidad legal de las operaciones del ente.

Y, en tercer lugar, la auditoría de gestión y resultados (aunque se pueden desarrollar en forma separada), centrada en la evaluación de la eficiencia o economía de la gestión, la primera, y en la eficacia o cumplimiento de los objetivos, la segunda.

Cualquiera que sea la modalidad escogida, o una combinación de ellas, debe estar precedida por una fase de planeación, para la cual se torna fundamental el examen o revisión de la cuenta; para luego llegar a la fase de ejecución o auditoría propiamente dicha; luego de la cual se pasa a la elaboración, discusión y consolidación del informe de auditoría, que a su vez, y, eventualmente, puede culminar con la suscripción de un plan de mejoramiento, o con el traslado de los hallazgos.

En todo caso, un insumo fundamental para el buen suceso de cualquier auditoría es la información que el mismo ente, u otros externos al mismo, le sea suministrada, u obtengan, en forma previa o posterior, los auditores. Especialmente a través de la “cuenta”, definida como el informe acompañado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables de la gestión y del manejo de los recursos públicos (art. 15 ley 42 de 1993).

Infortunadamente esta, que debería ser el punto de partida de las auditorías, se centra casi exclusivamente en la gestión contractual y en otros aspectos formales como el costo del personal (resolución CGR 7350 de 2013) del ente público, antes que constituirse en un verdadero informe de gestión, útil para planificar la auditoría externa.

Por esta razón, en el mejor de los casos, la revisión de la “cuenta” se constituye en un ejercicio de revisión documental, o que no llega más allá de un control financiero y de cumplimiento, pues, también por disposición legal, la auditoría comprende la revisión contable, llegando a tener en muchos casos, mayor relevancia que la evaluación de la gestión y resultados.

En contraste, la rendición de cuentas e informes, y primordialmente, el informe de gestión, se considera en la mayoría de países desarrollados, como uno de los más importantes componentes del sistema de auditoría, ya que a través de estos insumos se pueden obtener indicadores básicos que alimentan los sistemas de información para tener una visión completa de los organismos y poder desarrollar los mapas de riesgo y así poder lograr que la posterior etapa de auditoría sea efectivamente selectiva.

Además, esta se centra principalmente en obtener información para que las auditorías puedan iniciarse y enfocarse sobre aquellas áreas que presentan mayor riesgo en cada ente, contribuyendo especialmente a definir el tipo de auditoría a practicar sobre dicho ente en particular. No obstante, hoy en día constituye en la práctica apenas una obligación casi accesoria que no cumple con ese objetivo, entre otras razones, porque las directrices establecidas para tal efecto son altamente complejas, tanto para quien diligencia los formatos y aplicativos, como para quien los analiza.

Por ello, es usual que, para efectos de verificación de las operaciones, casi siempre se requiera de la complementación con visitas *in situ* a las entidades fiscalizadas. Así, el proceso de reporte deja de ser de rendición de cuentas y sobre la gestión, para convertirse de hecho en un ejercicio de “revisión de cuentas”, y más exactamente, de documentos (en especial, contratos y certificados de disponibilidad presupuestal), más propio de la fiscalización de primer nivel, como en la acepción original del control fiscal.

Otra de las graves fallas que persisten es la separación de los procesos de rendición de cuentas de la rendición de informes, como si fuesen dos cosas completamente diferentes. Las cuentas, a través del llamado aplicativo SIRECI, centradas principalmente en la información de la gestión contractual y de personal, y la información de ejecución presupuestal, patrimonial y deuda pública, a través de tres diferentes organismos, por lo cual, las entidades deben destinar una parte importante de sus recursos humanos y logísticos a responder los diferentes requerimientos de información que reciben de los diversos órganos de control.

Por otra parte, como la evaluación de la gestión que se lleva a cabo a través del proceso de auditoría, y en desarrollo de esta, se pueden detectar hallazgos de carácter fiscal, administrativo, penal o disciplinario, esta puede conducir a otra etapa del control micro, cual es la del proceso de responsabilidad fiscal, llamado juicio fiscal, a pesar de que se surte ante la misma Contraloría, y de que sus decisiones, como se ha indicado previamente, no hacen tránsito a cosa juzgada.

Por esta ambigüedad del diseño institucional; por esta falta de identidad institucional, se genera otro problema derivado del enfoque diferente de las dos fases del control micro externo, pues, mientras la auditoría se realiza con un carácter técnico y administrativo, el PRF obedece a una “lógica” rigurosamente judicial, debido a la concepción de ese proceso como si fuese judicial, y no administrativo.

Y es que, si bien, inicialmente la auditoría practicada por la CGR tenía un enfoque numérico-legal, posteriormente derivó hacia la auditoría de gestión y resultados²⁰. Sin embargo, no fue sino durante la década de los ochenta cuando se inició su verdadero desarrollo, bajo la consideración de que la auditoría contable no aportaba suficientes

²⁰ Desde 1957 la Resolución Orgánica 1771 de la CGR, ya hacía referencia a la auditoría operacional.

elementos de juicio para establecer si los recursos públicos se estaban administrando, utilizando o invirtiendo, correctamente.

Este nuevo enfoque pretendía integrar la auditoría contable y legal, o financiera, con la de cumplimiento y gestión, con lo que su objetivo ya no es solo verificar que las operaciones y procesos se hayan surtido en forma legal, sino también el cumplimiento de los objetivos, por lo que los equipos de auditoría tendrían un mayor campo de evaluación para determinar desviaciones o incumplimientos de las normas o de los objetivos a los que se sujetan los gestores públicos, o hallazgos.

Con respecto a éstos últimos, dependiendo de su connotación, simplemente administrativa, o sin trascendencia patrimonial por el incumplimiento de un principio, y no de una obligación; pueden derivar en planes de mejoramiento. De lo contrario, derivan en PRF.

3.1.1.2 El Proceso de Responsabilidad Fiscal

Como se ha expuesto, el control fiscal externo o de segundo nivel no puede estar limitado al requerimiento de cuentas e informes y a su simple verificación o constatación, sobre la gestión fiscal cumplida, o *accountability*, pues, por el contrario, este tiende cada vez más a tener un carácter correctivo, que para algunos es en últimas su único fin, para una mejor gobernanza (INTOSAI, 1998).

La necesidad de que tenga ese carácter suele revelarse en forma más evidente en las épocas de crisis económica y fiscal, como lo indicó C. Salvador, citado por Jiménez Rius (2009: 12), para quien “las entidades públicas de control deben asumir un objetivo complementario a los tradicionales de sus fiscalizaciones: informar con rigor, claridad y oportunidad al ciudadano” el costo de las medidas adoptadas para paliarla, a quienes beneficia, y sus efectos reales, pues, de no ser así, “nos dirigiremos, en palabras de Gómez

Maldonado hacia cierta “deslegitimización de la auditoría pública como una práctica objetiva, independiente e imparcial. La situación económica y social demanda, además, que los informes de auditoría pública sean emitidos dentro de un margen razonable de tiempo para que resulten verdaderamente eficaces y permitan adoptar, en su caso, a los gestores públicos y a los parlamentos las medidas correctoras precisas”.

Obviamente es imposible alcanzar ese carácter correctivo, si la facultad de “control” no involucra el poder de evaluar, establecer y determinar el grado de responsabilidad de los gestores públicos por su gestión y de los gobiernos por las políticas públicas que promueven o logran imponer.

En el caso colombiano, y, según se dispuso en el artículo 268 de la CP, le corresponde al Contralor General de la República, entre otras, la función de “Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma”.

Nótese cómo la norma faculta al Contralor para imponer las sanciones pecuniarias que se deriven de la gestión de los funcionarios públicos, lo que resulta mucho más acorde con la naturaleza jurídico-administrativa de ese proceso, y no para “fallar” sobre su responsabilidad, lo que a juicio de algunos implica que la Contraloría solamente estaría constitucionalmente facultada para imponer sanciones.

En otras palabras, al parecer (porque esto no fue claro en las discusiones de la Asamblea Constituyente), lo que se quería era que el Contralor pudiera sancionar la mala gestión, siempre y cuando esta no involucrara la comisión de delitos o faltas de carácter disciplinarios, pues, para esos casos, la misma Carta Política estableció como su obligación, precisamente la de promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas

respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado, así como la posibilidad, “verdad sabida y buena fe guardada”, de solicitar la suspensión inmediata de los funcionarios comprometidos mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios.

En todo caso, esta atribución constitucional fue desarrollada mediante los artículos 1 y 4 de la Ley 610 de 2000, en los que se definió el proceso de responsabilidad fiscal como el conjunto de “actuaciones administrativas” adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en ejercicio de su gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.

Consecuentemente, se dispuso en la misma norma que su objeto es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realicen la gestión fiscal de la cual derive el daño, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por el ente estatal, y que esta “es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad”.

Finalmente, en el párrafo 2° de la norma se dispuso que el grado de culpa a partir del cual se podrá establecer responsabilidad fiscal “será el de la culpa leve”; expresión que fue demandada ante la Corte Constitucional, que resolvió declararla inexecutable (Sentencia C-619 de 2002), al considerar que el Legislador se había excedido en sus funciones al determinar un criterio más riguroso de imputación de

responsabilidad, al establecer como tal la culpa leve, no obstante que para la acción de repetición se había fijado el de la culpa grave²¹.

Posteriormente, con ocasión de una nueva demanda de inconstitucionalidad sobre la misma norma, la Corte Constitucional, conceptuó que, como el objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal, esa reparación debe enmendar integralmente los perjuicios que se hayan causado, razón por la cual esta debe incorporar “el daño emergente, el lucro cesante y la indexación a que da lugar el deterioro del valor adquisitivo de la moneda”; a la vez que reiteró que en materia de responsabilidad fiscal está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva” (Sentencia C-840 de 2001), confirmando de esta manera el carácter patrimonial y resarcitorio, y no sancionatorio, del PRF, así como la condición subjetiva de la responsabilidad fiscal.

Adicionalmente determinó, al igual que en sucesivos fallos²², que el PRF es de naturaleza administrativa, razón por la cual las decisiones de la CGR, mediante las cuales se atribuya responsabilidad fiscal, pueden ser objeto de demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, aunque también, por vía de tutela, ante otros jueces.

Aparte de la posibilidad de demanda de los actos de atribución de responsabilidad fiscal, en el caso de los daños derivados de una conducta dolosa, el propósito del “juicio” de responsabilidad fiscal también se ve duplicado, puesto que la acción penal también

²¹ Según se argumentó en la misma sentencia, “6.6. Para la Corte, ese tratamiento vulnera el artículo 13 de la Carta pues configura un régimen de responsabilidad patrimonial en el ámbito fiscal que parte de un fundamento diferente y mucho más gravoso que el previsto por el constituyente para la responsabilidad patrimonial que se efectiviza a través de la acción de repetición.

²² Entre otras, en la Sentencia C-840 de 2001, se conceptuó que “El proceso de responsabilidad fiscal es de naturaleza administrativa;[3] de ahí que la resolución por la cual se decide finalmente sobre la responsabilidad del procesado constituya un acto administrativo que, como tal, puede ser impugnado ante la jurisdicción contencioso administrativo”.

persigue la devolución de lo indebidamente apropiado, u objeto del ilícito, lo que conlleva, cuando menos, un desgaste institucional al radicar en dos entes, el mismo propósito.

Además, debido a lo limitado del concepto de “daño”, una gran cantidad de hechos gravemente dañosos del patrimonio público quedan al margen de los PRF, al no conllevar gestión fiscal directa, en cabeza de quienes intervienen en ellos, como en el caso de las condenas mediante conciliaciones y laudos arbitrales en contra de la Nación, las cuales se han constituido en una de las principales y más graves formas de detrimento del erario público.

Según Sandoval (et al. 2002: 48), entre 1995 y 1997, 72 entidades estatales debieron afrontar 17.515 demandas en su contra, con pretensiones indemnizatorias (acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, contractuales y de reparación directa) y resarcitorias, por fallas en el servicio (ineficiente gestión, arbitrariedades o daños ocasionados a los particulares). A pesar de ello, la Contraloría, por disposición legal, está inhabilitada para perseguir a los responsables, quienes solamente pueden ser encausados si así lo deciden los directivos de la administración afectada.

En estas circunstancias, este tipo de daño se queda usualmente en la impunidad²³, pues, además, a pesar de que la ley prevé que los funcionarios pueden ser llamados a responder patrimonialmente en los mismos procesos a través del llamamiento en garantía, o con posterioridad, a través de la Acción de Repetición, éstos mecanismos no han sido eficaces, entre otras razones, porque generalmente afectan a personas vinculadas aún con la administración, o del nivel directivo, tal como se explica en el citado artículo.

²³ En el mismo documento se señala que una de las entidades con mayores condenas en su contra, el INVIAS, nunca había iniciado una acción de repetición en contra de los funcionarios implicados.

Para agravar el problema, el “proceso de juzgamiento” por parte de las contralorías se ha ido “judicializando”, es decir, se ha ido concibiendo con una racionalidad de procedimiento judicial, como si lo fuese, lo que a la postre incide directamente en su eficiencia, pues –se insiste- resulta contrario a su naturaleza administrativa, lo que en la práctica hace casi imposible que se concrete cualquier imputación de responsabilidad. Veamos:

Etapa 1. Por la poca efectividad de los sistemas de control interno actualmente vigentes, y debido a su carácter posterior y selectivo, normalmente para que se pueda establecer un hecho lesivo del patrimonio público, debe mediar una auditoria, que siempre se verificará una vez consumado el hecho.

Por ello, es normal que un hallazgo sólo se detecte varios años después, con un agravante: la ley prevé un término de cinco años contados desde la configuración del hecho dañoso para que la Contraloría lo detecte, cuantifique, valide, revalide, practique las pruebas pedidas por el investigado, establezca la respectiva responsabilidad mediante “fallo”, practique nuevamente las pruebas que se le soliciten con ocasión de los recursos interpuestos en su contra, y decida éstos en reposición y apelación.

Etapa 2. Detectado un hallazgo por una de las Contralorías Delegadas de la CGR, dentro del proceso auditor, o por denuncia ciudadana, o inclusive por la misma administración a través de su oficina de control interno, este debe ser objeto de verificación, cuantificación y validación a través de varios procedimientos, antes de ser remitido a la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, o al Grupo de Responsabilidad Fiscal de las Gerencias Departamentales, dependencia a las cuales confluyen todos los expedientes tramitados en primera instancia por las demás Contralorías Delegadas, por los grupos, respectivamente.

A pesar del proceso de “validación previa” del hallazgo, es usual que en vez de servir de base para que comience inmediatamente el “juicio”, el expediente se remita a la Dirección de Investigaciones para que lo revalide, debido a que, mientras la auditoria es practicada con criterios técnico-administrativos y de experticia, por parte de profesionales de diferente disciplina a la de los abogados (contadores, geólogos, arquitectos, etc.) la “etapa” del “juicio” se tramita principalmente con criterios legales o jurídicos por parte de abogados, quienes, precisamente por ello, no comparten la visión técnica de los hallazgos, o la interpretación de sus fundamentos jurídicos.

Ello conduce a que un alto porcentaje de los hallazgos enviados por las delegadas, terminen en esa primera etapa, en autos de archivo. En algunos otros casos, el proceso de investigación del hecho debe ampliarse.

Etapa 3. Los hallazgos que logran superar la etapa de investigación, sirven de soporte a la etapa de juicio fiscal, por parte de funcionarios diferentes de aquellos que tuvieron el conocimiento de primera mano sobre el hecho dañoso, es decir, de los auditores, así como de la de aquellos que lo investigaron en la indagación previa.

Una vez surtido este trámite, la ley establece que, de encontrarse “establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado e indicios serios sobre los posibles autores del mismo”, se debe proferir un “auto de apertura”, que obligatoriamente debe notificarse al implicado.

La misma ley señala que en ese momento el investigado puede pedir las pruebas que estime conducentes o aportarlas, y que “La denegación total o parcial” deberá ser motivada “y notificarse al peticionario, decisión contra la cual proceden los recursos de reposición y apelación” (a través de otro “miniproceso”).

Igualmente, que puede proponer nulidades “en cualquier momento”, las que se resuelven a través de otros “miniprocesos”, pues los actos mediante los cuales se decidan, son a su vez susceptibles de los recursos de reposición y apelación (art. 38, Ley 610 del 2000).

Etapa 4. Superadas todas las instancias del juicio fiscal, este puede culminar con una resolución de responsabilidad contra la cual proceden los recursos de reposición y apelación. El primero supone, discutir y evaluar nuevamente aspectos que debieron tenerse en cuenta en instancias anteriores, por parte de quién tomó la decisión recurrida, lo que, en teoría, facilitaría una nueva decisión.

El segundo recurso se surte ante el Contralor General de la República, si el acto fue proferido por el nivel centralizado, o ante la Delegada de Juicios Fiscales, en los demás casos, e implica necesariamente volver a analizar y evaluar todos los antecedentes de la decisión recurrida por parte de una instancia (y de un funcionario) diferente.

Como se ve, el PRF o juicio fiscal no constituye un solo procedimiento sino que supone una sucesión de procedimientos más o menos dispendiosos. En estas circunstancias no resulta inusual que varios procesos terminen por caducidad.

Etapa 5. De confirmarse el fallo, y si aún no ha “prescrito” la responsabilidad fiscal, el investigado aún dispone de la posibilidad de demandar el acto ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (Tribunales Administrativos y Consejo de Estado), mediante acción de nulidad y restablecimiento del Derecho -y solicitar nuevamente la práctica de pruebas-, trámite que en primera instancia suele tomarse, de 3 a 5 años, y en segunda, al menos otros 3 años.

En esta instancia ante los jueces, la Contraloría debe designar a un abogado quien, en la mayoría de los casos ostenta una disciplina profesional diferente de la de quien hizo el

hallazgo, para que sustente la legalidad de la actuación que se demanda; cuestión que necesariamente implica que nuevamente se revisen toda las actuaciones previas, con el objeto de proyectar su defensa, la cual no siempre es coincidente en criterio jurídico con la de sus antecesores, y en todo caso tiene un enfoque esencialmente jurídico legal y no técnico- administrativo.

Etapa 6. Pero aquí no termina todo. En el caso en que el acto de atribución de responsabilidad fiscal, se encuentre ajustado a Derecho (total o parcialmente), esto es, que no sea anulado (por vicios de forma o trámite, o por no estar debidamente sustentado o notificado) la CGR debe iniciar un nuevo procedimiento para hacer efectiva la obligación a cargo del responsable, a través del llamado Proceso de Cobro Coactivo.

Aunque parezca *kafkiano*, el acto mediante el cual se busca hacer efectiva la obligación²⁴, esto es, el mandamiento ejecutivo, o, más exactamente, el que resuelve las excepciones propuestas en su contra (art. 13 Resolución orgánica 6372 de 2011); también puede ser objeto de los recursos de reposición y apelación, en sede administrativa, y de demanda ante la misma jurisdicción contencioso administrativo, lo que supone un nuevo y usualmente dilatado proceso. En la práctica, esto hace que antes de que se pueda hacer realmente efectivo un fallo de responsabilidad fiscal sobre el patrimonio de un responsable, deban agotarse ocho o más instancias y etapas.

En cuanto al proceso verbal, creado mediante art. 98 de la Ley 1474 de 2011, para hacer más ágiles los procedimientos de atribución de responsabilidad fiscal, se debe indicar que su efectividad se ha visto afectada, entre otras razones, porque la misma Ley les atribuye las decisiones respectivas a las gerencias colegiadas (mínimo tres funcionarios),

²⁴ La resolución que decide las excepciones propuestas y ordena llevar adelante la ejecución.

por ser de libre nombramiento y remoción, y, no de carrera, llegan por acuerdos con los grupos de poder regionales, o no ostentan la idoneidad profesional requerida.

Obsérvese entonces que las leyes colombianas en materia atribución de responsabilidad fiscal, parecen diseñadas para alargar los procesos de atribución de responsabilidad fiscal ad-indefinitum y convertirlos en un laberinto procesal, redundante en instancias, que dificulta al extremo de ser ineficaz para cumplir sus propósitos: 1) Reparar el daño; 2) Disuadir las malas prácticas; 3) Mejorar la gestión.

Ante este panorama se propone periódicamente²⁵, en cada proyecto de reforma constitucional, adoptar integralmente el modelo de control fiscal externo judicial o napoleónico, al estilo europeo continental, por ser más cercano a la tradición jurídica colombiana, en el que el mismo órgano, además de realizar las auditorías externas, como hasta ahora lo ha venido haciendo la CGR; tenga una sección de enjuiciamiento, cuyos fallos hagan tránsito a cosa juzgada.

Es de esperar que una reforma en ese sentido conllevaría un avance importante en cuanto al proceso de responsabilidad fiscal, en cuanto éste ya no se surtiría en cuatro o más instancias, como sucede en la actualidad (dos en sede “administrativa” y al menos otras dos en sede judicial), y se mantendría la inmediación entre dicho proceso y la auditoría; pero, obviamente nada se lograría si quienes están llamados a ejecutar los dos procesos no gozan de la independencia e idoneidad que sólo el establecimiento de una verdadera carrera administrativa puede garantizar.

²⁵ La última vez con ocasión del trámite de reforma constitucional denominado de Equilibrio de Poderes que culminó con la expedición del Acto Legislativo 02 de 2015.

Como lo indica Jiménez Sánchez (2016: 64), es necesario reforzar la imparcialidad con la que deben funcionar las instituciones públicas “con la intención de dificultar o impedir la tentación de patrimonialización de las mismas para su uso clientelar”. Así, en segundo lugar, se logra reformar “la confianza social en las instituciones públicas como primer paso para incrementar la confianza mutua entre los ciudadanos”, para lo cual se requiere que estas “sean fiables y predecibles y, por tanto, no tomen sus decisiones al albur en exclusiva de las conveniencias cortoplacistas de quienes las dirigen”, todo lo cual se debe traducir en una reducción significativa de los niveles de desigualdad, pues –concluye– “no es por casualidad que las sociedades que tienen los menores niveles de corrupción son también las que presentan mayores cotas de igualdad social”.

Otra de las propuestas consiste en adoptar y adaptar integralmente el modelo anglosajón, en el que el sistema de atribución de responsabilidad es difuso o desconcentrado, en cuanto sería más compatible con el modelo de Contraloría vigente desde hace noventa años, de “inspiración anglosajona” (en el que la EFS no tiene funciones de juzgamiento), siempre y cuando, como es obvio, no se adopte un modelo judicial o de Corte de Cuentas. De esta manera la Contraloría se dedicaría exclusivamente a auditar la gestión fiscal, y, en parte, y con fundamento en ello, a la evaluación de las políticas públicas, trasladando todo hallazgo o irregularidad encontrado en desarrollo de la primera, a las autoridades penales y disciplinarias correspondientes.

Otra de las propuestas²⁶ sugiere exclusivamente la externalización de la facultad de juzgamiento en una Corte de Cuentas, dejando en manos de la EFS la facultad de acusar ante esta nueva corte, las fallas graves en la gestión que se detecten en el curso de las auditorías. No obstante, esta propuesta, si bien enfrenta el problema del doble

²⁶ De la administración del Contralor Edgardo José Maya, 2014, en www.contraloria.gov.co.

enjuiciamiento (administrativo-judicial) antes expuesto, tiene el inconveniente de proponer una corte más, que se sumaría a las cuatro o cinco que actualmente existen, en la rama judicial, que, como también se expuso, carece de una cabeza.

3.1.2 Control Fiscal Macroeconómico

Somos perfectamente conscientes de que el uso del término control fiscal macro se es altamente controversial. Pero, de lo que si tenemos certeza, es de la importancia capital y creciente que este nivel superior del control fiscal, independientemente de cómo se le denomine, tiene para para la salud económica y fiscal de los estados modernos, y por ende, para sus ciudadanos, como lo demuestran los cercanos casos de Grecia, Irlanda, Islandia, Portugal, y, en menor medida, España. Todos ellos, países desarrollados.

Sobra cualquier reflexión sobre su importancia para los países del tercer mundo, o, en vías de desarrollo.

En el caso colombiano, el Control Fiscal Macro no fue definido expresamente, ni su objeto, en la Constitución Política, pero sí los medios o instrumentos mediante los cuales éste se concreta. Por tal razón, su desarrollo ha sido en gran medida legal y reglamentario. Y también doctrinario.

Para la Contraloría General de la República, una de sus funciones, “a través de su Delegada para Economía y Finanzas Públicas (sic), es evaluar, en el nivel agregado, el comportamiento de las finanzas del Estado y el grado de cumplimiento de los objetivos macroeconómicos expresados por el Gobierno”, con fundamento en “las estadísticas acopiadas y procesadas por la CGR, a partir de las cuales se determina el resultado fiscal de la Nación y se analiza la consistencia de la política fiscal con las demás políticas macroeconómicas (monetaria, cambiaria, etc.)”, al igual que su impacto “sobre el

crecimiento económico, la distribución del ingreso, el bienestar general y la posición fiscal del sector público”.

Sus resultados, finalmente, “se materializan en diversos Informes, algunos de carácter constitucional, como el informe anual sobre las Finanzas del Estado, la Situación de la Deuda Pública, la Cuenta General del Presupuesto y el Tesoro, la Auditoría al Balance General de la Nación y el Informe Financiero Mensual; al igual que en otros espacios, como la revista Economía Colombiana, en la realización de foros y seminarios en los que se discuten con otras entidades o analistas externos, temas de coyuntura económica y fiscal”²⁷.

En nuestra opinión, esta definición es bastante aproximada con respecto a los objetivos y medios de este nivel superior del control fiscal: (i) consolidar y verificar las cuentas y estadísticas fiscales del Estado; (ii) determinar, a partir de éstas, y de la evaluación de las políticas macroeconómicas, la situación de las finanzas del Estado, al igual que, (iii) su impacto sobre el crecimiento económico y el bienestar general, y, finalmente, (iv), informar sobre los resultados de esa evaluación al Congreso, la ciudadanía y al Gobierno.

Estas se concretan básicamente mediante dos grandes procesos desarrollados por dos de sus dependencias, que culminan o se concretan a su vez, en dos informes: (i) La consolidación de las cuentas (ingresos, gastos, deuda, patrimonio) y estadísticas fiscales, para la elaboración de la Cuenta General del Presupuesto y del Tesoro, por parte de la Dirección de Cuentas y Estadísticas Fiscales, de la Contraloría Delegada para la Economía y Finanzas Públicas; y (ii) la proyección y evaluación financiera de esas cifras, y del impacto sobre las mismas de las políticas públicas, para la elaboración del Informe sobre la

²⁷ <http://www.contraloria.gov.co/web/guest/control-macro>

Situación de las Finanzas del Estado; la evaluación de políticas públicas, y otros informes coyunturales.

3.1.2.1 Consolidación de las cuentas y estadísticas fiscales y elaboración de la Cuenta General del Presupuesto y del Tesoro

Desde la expedición de la Ley 42 de 1923²⁸, mediante la cual se creó el Departamento de Contraloría, se le asignó la función de “preparar y someter al Presidente de la República una exposición relativa a las operaciones fiscales del mes anterior”, conformada por a) Un balance del activo y pasivo de la Hacienda Nacional; b) Relación de las operaciones efectuadas; c) Relación de rentas devengadas; d) Estado de erogaciones; e) Estado de caja; f) Relación compendiada del estado de las apropiaciones, y g) Relación detallada del estado de apropiaciones (art. 61).

Adicionalmente, el contralor tenía que informar con respecto al resultado financiero del ejercicio, la suma invertida en el pago de intereses de la deuda pública; el monto de las inversiones (art. 63); el saldo de efectivo disponible, y, el de las apropiaciones no gastado (art. 67).

Finalmente, en la Ley se le asignó la función de “rendir un informe anual, a más tardar el 31 de mayo de cada año, al Presidente de la República, sobre la situación de las finanzas públicas nacionales durante el año fiscal anterior” que debía ser “impreso y remitido al Congreso” también, con “a) Los comentarios y recomendaciones que el Contralor juzgue conveniente hacer con respecto a las finanzas públicas; b) Un balance del activo y del pasivo de la Hacienda Nacional en 31 de Diciembre anterior (sic); c) Una relación de operaciones efectuadas en el año fiscal anterior; d) Un estado de ingresos y de egresos durante el año; (...) g) Una relación detallada de los saldos existentes y de las

²⁸ Que estuvo en vigencia hasta la expedición de la Ley 42 de 1993.

transacción verificadas en el año anterior por cuenta de la deuda pública; h) Una relación pormenorizada de las cuentas por cobrar a favor del Gobierno al cerrar operaciones el 31 de diciembre anterior; i) Una relación pormenorizada de los préstamos a favor del Gobierno al cerrar sus operaciones el 31 de diciembre anterior, y j) Un inventario de todos los bienes nacionales” (art. 69).

En esencia, entonces, la Ley estableció la obligación, en cabeza del Contralor, de elaborar una Cuenta Consolidada de la ejecución presupuestal, de la situación patrimonial y del estado de la deuda pública del Estado, para ser presentada, en primer lugar, ante el Presidente de la República, y luego, al Congreso.

Con la expedición del Acto Legislativo 1 de 1945, la Contraloría General de la República y el Control Fiscal, se elevan a rango constitucional, y se determina que este órgano “será una oficina de contabilidad y de vigilancia fiscal” (arts. 93 y 94), en cabeza del Contralor General, con las funciones de:

- “1. Llevar las cuentas generales de la Nación, inclusive la de la deuda pública interna y externa;
2. Prescribir los métodos de la contabilidad de todas las dependencias nacionales y la manera de rendir cuentas los empleados responsables;
3. Exigir informes a los empleados públicos nacionales, departamentales o municipales, sobre su gestión fiscal; (y)
4. Revisar y fenecer las cuentas de los responsables del Erario”.

Adicionalmente se le asignó a la Cámara de Representantes, la función de examinar y fenecer definitivamente la cuenta general del Presupuesto y del Tesoro, presentada por el Contralor (art. 96).

Posteriormente, con la expedición de la Ley 20 de 1975, además de reiterarse la obligación, en cabeza del Contralor General (que no del Gobierno, como era la indicado) de elaborar el informe financiero (art. 35), se precisó el contenido y alcance del Balance General de la Nación, también a su cargo (art. 34), determinándose la creación de “una unidad de trabajo especial” al interior de la CGR, que, “Como complemento de las cuentas públicas generales de la Nación”, “elaborará y publicará la estadística fiscal del estado” (art. 40).

Adicionalmente, se dispuso la creación, en la Cámara de Representantes, de una Comisión legal de Cuentas de carácter permanente, encargada de examinar y proponer a consideración de la Cámara, el fenecimiento de la Cuenta General del Presupuesto y del Tesoro, presentada para su examen, por el Contralor General (art. 50), y su contenido: a) Estados que muestren en detalle los reconocimientos de las rentas y recursos de capital, indicando los aumentos y disminuciones respecto del cálculo presupuestal; b) Resultados de la ejecución de la ley de apropiaciones detallados por Ministerios y Departamentos Administrativos, a nivel de capítulos, programas, sub-programas, proyectos y artículos; c) Estado comparativo de las rentas y recursos de capital, gastos y reservas presupuestales del año fiscal, y el superávit o déficit que hubiere resultado de la ejecución del presupuesto; d) Estado de la deuda pública nacional, interna y externa; e) Balance de la Nación; y las recomendaciones del Contralor General de la República al Gobierno y a la Cámara sobre la cuenta general.

Respecto a su alcance se dispuso que, “Cuando del examen practicado por la Comisión Legal de Cuentas encuentre ella que hay lugar a deducir responsabilidad al Presidente de la República o a uno o varios de sus Ministros, en el proyecto de resolución de fenecimiento propondrá además, que se pase el expediente al estudio de la Comisión de

Acusaciones de la Cámara de Representantes, para lo de su cargo”, es decir, en el papel, un juicio político, no obstante lo cual, a continuación se agregó que “Si transcurridos dieciocho (18) meses contados desde la fecha de la presentación del informe financiero del Contralor, la Cámara de Representantes no hubiere tomado ninguna decisión, se entenderá que la cuenta general del presupuesto y del Tesoro ha sido aprobada”. De esta manera es que siempre se termina aprobando la cuenta consolidada.

En esencia, las mismas funciones serían incorporadas a la Constitución de 1991, incluyendo la obligación del Contralor General, de llevar y consolidar la contabilidad de la ejecución presupuestal, auditar el balance, y elaborar la Cuenta General del Presupuesto y del Tesoro, tal como se había dispuesto desde la expedición de la Ley 42 de 1923; esto es, desde cuando se había creado el Departamento de Contraloría, dependiente de la Presidencia, setenta años antes.

Con la expedición de la Ley 42 de 1993, que desarrolla la nueva CP, se reitera (arts. 36 y 37) que la contabilidad de la ejecución presupuestal, “es competencia de la Contraloría General de la República”, al igual que la elaboración de la Cuenta General del Presupuesto y del Tesoro correspondiente al ejercicio fiscal (art. 38), (en lugar de su certificación, como corresponde a un ente de control posterior externo al Gobierno), a pesar de lo cual, en forma contradictoria, se dispuso en la misma norma que, además de indicar si existe superávit o déficit, debe incluir “la opinión del Contralor General sobre su razonabilidad”. Es decir, que el Contralor se pronunciara sobre si le parece o no “razonable” su propia cuenta.

Con otra contradicción. En el art. 41 de la Ley, se dispuso que “la Contraloría General de la República deberá certificar la situación de las finanzas del Estado y rendir el

respectivo informe al Congreso y al Presidente de la República”²⁹; con los “indicadores de gestión y de resultados que señale la Contraloría General de la República”

Además, se precisó el alcance del término Estado ³⁰ y que, para el efecto, el Contralor General de la República prescribirá las normas de forzoso cumplimiento en esta materia y señalará quiénes son las personas obligadas a producir, procesar, consolidar y remitir la información requerida para certificar las finanzas del Estado, “sin perjuicio de que esta labor la realice la Contraloría General en los casos que así lo considere conveniente”.

Infortunadamente, esta concepción, expresada en su redacción, más lógica desde el punto de vista funcional, y que habría supuesto un gran avance en el Control Fiscal, pues, según su texto, la CGR ya no elaboraría la Cuenta, sino que la certificaría, con base en la información consolidada que le remitieran todas “las ramas del poder público”, al estilo de una revisoría fiscal pública; quedó neutralizada ante sus propias contradicciones.

De esta manera se ha mantenido hasta la actualidad, una condición que afecta gravemente la funcionalidad de todo el sistema de control fiscal, cual es la de radicar en cabeza del órgano externo de control fiscal, y no del Gobierno, la obligación de consolidar la Cuenta General, informe contentivo de los estados financieros consolidados del Estado, fundamental para el ejercicio del Control Fiscal de segundo nivel.

Pero también, y, consecuentemente, para el adecuado e ilustrado ejercicio del control político a cargo del Congreso, o sobre las políticas públicas, así como para la

²⁹ Tomando en cuenta, entre otros, los siguientes factores: 1. Ingresos y gastos totales; 2. Superávit o déficit fiscal y presupuestal; 3. Superávit o déficit de tesorería y de operaciones efectivas; 4. Registro de la deuda total; 5. Resultados financieros de las entidades descentralizadas territorialmente o por servicios.

³⁰ Indicándose que “se entiende por Estado las Ramas de Poder Público, los organismos autónomos e independientes como los de control y electorales, las sociedades de economía mixta y los organismos que integran la estructura de la administración departamental y municipal”.

discusión del proyecto de presupuesto; de los cupos de endeudamiento, y la toma de decisiones frente la acción del Estado, encabezado por el Gobierno Nacional.

De más está reiterar la enorme importancia de los estados financieros como instrumento para garantizar su funcionalidad, pues estos, además de herramienta para una buena administración (diríase Gobernanza) son base para ejercer un adecuado control fiscal, precisamente al permitir realizar la comparación entre lo proyectado y lo realmente ejecutado, para determinar los cambios, y variaciones (en el patrimonio) e “investigar sus causas u orígenes y así apoyar la proyección de las entidades mediante la fijación de nuevos objetivos para lograr un verdadero crecimiento y desarrollo” (Beltrán Pardo, 1997).

Con otro agravante, cual es que el Gobierno Nacional, principal agente de determinación de las políticas y el gasto público, además de no elaborar la Cuenta General (con lo estados financieros consolidados), tampoco tiene la obligación de rendir un informe consolidado sobre su gestión, y en especial, sobre el grado de cumplimiento de sus propias políticas, que sirva de punto de partida al segundo nivel de control.

En todo caso, hasta este nivel del Control Macro, se puede hablar de auditoría; para el caso, la Auditoría sobre los estados financieros consolidados, cuyo resultado se debe expresar en su certificación, o en su certificación con salvedades, o en su no fenecimiento, en cuyo caso, al menos en teoría, podría derivarse responsabilidad para el ministro o ministros, responsables del no fenecimiento, en forma de moción de censura (art. 310, Ley 5 de 1992), sanción a la que nunca se ha llegado en la historia republicana del país, probablemente por las exageradas condiciones impuestas en la misma norma para el efecto: se requiere de su aprobación por mayoría absoluta en un sistema político que se caracteriza por los pactos partidistas cuyo objeto es asegurar la “governabilidad”.

Una segunda observación sobre esta figura, por la forma en que se redactó, es que sería aplicable respecto de la Cuenta General del Presupuesto y del Tesoro, que está conformada por los estados financieros consolidados en cuya elaboración directa no participa ningún ministro, ya que, por el contrario, se compone del Balance General, a cargo del Contador General de la Nación; y los informes de ejecución presupuestal y sobre el estado de la deuda pública, a cargo del Contralor General.

3.1.2.2 El Informe sobre la Situación de las Finanzas del Estado y la Evaluación de las Políticas Públicas

Sólo hasta el año 2000, con la expedición del Decreto Ley 267, se reconoce en forma expresa, la importancia de la evaluación de las políticas públicas, como parte del ejercicio del control macro. Aunque, tratándose de políticas públicas, ya no es posible hablar de su auditoría, sino de su evaluación, monitoreo, seguimiento, o medición de impacto, y es en ese sentido como se debe entender esta segunda (y más alta) expresión del Control Fiscal Macro.

Entre otras razones, porque, a diferencia de lo que sucede con las auditorías; de la evaluación de las políticas públicas (a cargo del Gobierno o de la Banca Central), no es posible derivar responsabilidad fiscal, sino, a lo sumo, responsabilidades política o electoral, por lo que, también a diferencia de aquella, no es posible cuantificar su monto.

Adicionalmente, mientras que la auditoría suele tener como punto de partida una cuenta que se rinde precisamente sobre una gestión determinada; la evaluación de las políticas públicas no. O no necesariamente, pues, su punto de partida suele ser, además, la Cuenta General consolidada del Estado, y las estadísticas fiscales.

En efecto, mediante esta norma, aparte de reiterarse la función a la CGR de consolidar las cuentas y estadísticas del Estado, a través de una Dirección especializada denominada precisamente así, a la cual adicionalmente se le atribuyó la elaboración de la Cuenta General del Presupuesto y del Tesoro, la Auditoría del Balance, y el Estado de la Deuda Pública, como hasta entonces se había hecho; se le asignaron expresamente las funciones de dirigir y coordinar las acciones y tareas para la elaboración del Informe sobre la Situación de las Finanzas del Estado (art. 62) y otros estudios en materia macroeconómica y de política fiscal, a través de otra Dirección creada en la misma norma para el efecto; la Dirección de Estudios Macroeconómicos (art. 63).

A esta última Dirección le fueron asignadas también, las funciones de evaluar “la coyuntura fiscal, monetaria y cambiaria, y sus interacciones”; “el efecto de la acción del Estado sobre la distribución del ingreso, la asignación eficiente de los recursos, el crecimiento económico, el desarrollo sostenible y la estabilidad”; “Analizar y medir el impacto de la política fiscal sobre las variables económicas” y en las economías nacional y territorial; y, finalmente, pero más importante, la de “Analizar y evaluar la política económica en el contexto del Plan Nacional de Desarrollo y de los Proyectos de Presupuesto Anual”.

Claramente esta norma trajo consigo un cambio de paradigma en cuanto al enfoque del Control Fiscal, variándolo, literalmente, de lo micro, a lo macro. Aunque, como se desprende de la lectura integral del referido decreto, sin dejar de lado el primero. Por el contrario, a las contralorías sectoriales se les confirió un importante papel en esa evaluación, precisamente a través de sus Direcciones de Vigilancia Fiscal, pues, parte fundamental del proceso de evaluación de una política pública, es determinar si esta falla, o

tiene éxito, en su diseño, o en su implementación, lo que sólo se puede establecer a través de una auditoría.

En todo caso, esta labor se fortaleció con la creación de las Direcciones de Estudios (económicos) Sectoriales, o DES, precisamente en la medida en que se les asignaron, entre otras, las funciones de:

- Dirigir los estudios de seguimiento y evaluación del desempeño de la gestión fiscal con respecto al Plan de Desarrollo Económico, Social y Ambiental del sector, bajo la orientación de la Contraloría Delegada de Economía y Finanzas Públicas;

- Dirigir los estudios sectoriales en materia organizacional, de gestión, fiscales y de política pública;

- Proponer, en coordinación con la Oficina de Planeación, indicadores de tipo sectorial que permitan evaluar el desempeño de las políticas públicas y la intervención del Estado en el sector respectivo, evaluar los resultados de estos indicadores y el cumplimiento de las metas respectivas.

- Elaborar estadísticas sectoriales útiles en la conceptualización del desempeño fiscal, administrativo, institucional y de políticas públicas; y

- Aportar la información sectorial necesaria para el desarrollo de las funciones de la Contraloría Delegada de Economía y Finanzas Públicas, en particular para los temas macro de naturaleza fiscal y de desempeño económico de los sectores.

De esta manera se integran el control individual, o sobre la gestión, con el control agregado sobre las políticas públicas y sus efectos sobre el desempeño de la economía, el crecimiento económico y el bienestar social. En otras palabras, el desarrollo.

De ahí la enorme importancia de esta función para el desarrollo económico y social del país, como lo ha reconocido expresamente la Organización de las Naciones Unidas³¹, al manifestar que “las Entidades Fiscalizadoras Superiores tienen un papel importante en el fomento la eficiencia, eficacia, rendición de cuentas y transparencia de la administración pública lo que fortalece la realización de los objetivos y prioridades de desarrollo tanto nacionales como internacionales y en especial los Objetivos de Desarrollo del Milenio de las Naciones Unidas”.

Por supuesto, no planteamos que el Control Fiscal Externo es el más importante. De ninguna manera. Lo que hemos expuesto hasta el momento es que cada nivel de poder público tiene su propia importancia para el buen manejo de los recursos con los que cuenta la sociedad, o, lo que es lo mismo, su Gobernanza multinivel, siempre que se articulen racionalmente con los otros: desde el que tiene el Gobierno para delinear las prioridades de gasto e inversión mediante las políticas públicas, principalmente las económicas, de ingresos y de gastos, pasando por el que están llamadas a ejercer las administraciones, al ejecutarlas, que a su vez es fundamental para el control externo, y este a su vez para el control político por parte del Congreso, hasta culminar, y volver a iniciar, con el de los ciudadanos que, mediante su voto, validan o desaprueban las mimas en las urnas.

Se trata de un ciclo continuo de diseño, discusión, implementación, evaluación y ajuste de las políticas públicas, concebidas precisamente como planes para alcanzar un objetivo de interés público, que se identifican y deciden mayormente en la esfera política (Banco Mundial, 2010), pero cuya calidad y posibilidades de éxito está determinada o

³¹ NACIONES UNIDAS, Resolución A/66/209.

depende en gran parte de que cada nivel de poder cumpla adecuadamente su finalidad, desde que se planifican.

Para el mismo organismo multilateral “Las dos grandes fases de este proceso idealizado de política pública son la formulación de las políticas y la administración de programas. Esta distinción entre políticas y programas es fundamental”, distinguiéndose estos de aquellas en que, el programa corresponde al conjunto detallado de metas y arreglos para implementar las políticas, por lo cual se concretan mayormente en la esfera administrativa del gobierno: “Sin lugar a dudas, las políticas se funden en programas, pero la distinción importante para los propósitos de este trabajo es que la formulación de políticas es ex-ante y la implementación de programas es ex-post”.

Por eso, el análisis de políticas públicas también puede concretarse ex-ante, es decir, en la fase de formulación de políticas, o ex-post, esto es, con posterioridad a ejecución de los programas.

Las dos modalidades son importantes “para brindar información a los funcionarios públicos (principalmente políticos, pero también a la gerencia pública) con el fin de ayudarlos a crear mejores políticas y opciones de programas”.

En todo caso, concluye el Banco, las políticas públicas deben ser sometidas al escrutinio público por tres motivos. En primer lugar, porque, “dada la frecuente influencia de intereses privados en el gobierno, las propuestas de políticas no son siempre de interés público”, y en tal sentido, ese análisis puede ayudar a desafiar, o al menos, poner en evidencia, los intereses privados. En segundo lugar, porque el sector público aumentó sustancialmente en tamaño y complejidad (mayor gasto). Y, en tercer lugar, porque “siempre existen alternativas y los políticos y el público deben informarse acerca de cuáles alternativas han sido consideradas” (Banco Mundial; 2010: 10).

Pero la formulación de políticas, especialmente, las de gasto, importantes para cualquier país, adquiere mayor relevancia para un país subdesarrollado como lo es Colombia: como se expuso en el capítulo primero, el subdesarrollo es ante todo una condición cultural que se proyecta económica, social y políticamente. Y superarlo supone la formulación de políticas que respondan al interés general (y nacional), y no al de los grupos económicos dominantes. No está de más recordar con Kraft & Furlong (2006: 6) que “las políticas públicas reflejan los valores de la sociedad y también sus conflictos de valores”.

Por tanto, es en ese sentido que debe encausarse la intervención del Sector Público en la economía, para que cumpla sus tres funciones básicas: 1) La función asignativa, corrigiendo las fallas del mercado, mediante la implementación de dos tipos de políticas públicas: la provisión pública de bienes y servicios socialmente relevantes (educación, seguridad, salud, infraestructura) y la intervención del mercado, para corregir o limitar sus fallas; 2) La función distributiva, o, más exactamente, redistributiva de las rentas, principalmente a través de la política tributaria (en el ingreso) y de transferencias y subsidios (en el gasto); y 3) La función de estabilización del ciclo económico, principalmente a través de la política fiscal y presupuestaria (Musgrave *et. al.* 1992).

No es posible garantizar un crecimiento económico sostenible, según lo enseña la historia económica reciente, sin mejoras sustanciales en la equidad y la justicia distributiva (Solimano, 1999).

Por eso, las políticas fiscal y presupuestaria, se constituyen en herramientas fundamentales para concretar los tres objetivos claves en la acción del Estado, para un Buen Gobierno, o Gobernanza, de manera tal que le permitan avanzar hacia el desarrollo social, económico y político del país, aunque, como es apenas obvio, su alcance está determinado por su nivel de ingreso. Por eso, la justicia redistributiva debe tenerse como

objetivo para el establecimiento de un sistema tributario y presupuestal progresivo, bajo el enfoque del desarrollo orientado a sectores estratégicos básicos para el crecimiento (Yanagihara, 1998).

De esta forma, además de lograrse el objetivo de recaudar los recursos en consideración a la capacidad económica de quienes más tienen, en el lado presupuestal se debe promover su inversión en la financiación de servicios fundamentales para el desarrollo, disminuyendo así la brecha entre ricos y pobres, para que los recursos públicos cumplan su importante función redistributiva, clave a su vez para garantizar el crecimiento económico (Alesina, 1994).

Así lo señala Bordón (2001), para quien la “relación entre pobreza y equidad es clara, son dos variables inversas pero determinantes tanto para el crecimiento como para el mejoramiento de las condiciones de vida”. Entonces, “tanto mayor sea la desigualdad en la distribución de la riqueza de un país, tanto más lento será su crecimiento económico”. Por eso insiste en “recuperar el desarrollo humano y la democracia integral; los gobiernos – concluye- no deben elegir entre igualdad y crecimiento, las políticas más eficaces serán aquellas que promuevan ambos aspectos al mismo tiempo”.

Luego, si bien es absolutamente necesario implementar políticas tributarias (impuestos) que tiendan a disminuir la inequidad, también se requiere, del lado del gasto, que el presupuesto se encause para impulsar los sectores claves de la economía en la generación de empleo y principalmente, de bienestar. Y para que esto se logre es necesario evaluar permanentemente la acción de las instituciones involucradas en la formulación, aprobación y ejecución de unas y otras (Gobierno, Congreso), y comunicar oportuna y claramente los resultados de esa evaluación a la ciudadanía, con el fin de someterlas a su escrutinio, y así escalar su grado de legitimación.

De ahí la importancia de las instituciones y de los analistas económicos independientes, quienes son fundamentales a la hora de revelar la acción y desempeño de tales instituciones en la adopción de las políticas, y así poder establecer si una política falla en su diseño o en su ejecución, para que, como resultado, se propongan las correspondientes rectificaciones sobre unas u otras.

Para el efecto, nos parece de gran relevancia la solución institucional que plantean como ejemplo Torres y Pina (Torres & Pina, 2003: 62), para quienes, en materia de evaluación de políticas públicas, Estados Unidos ha sido vanguardista, al aprobar la *Sunset Legislation*, “mecanismo según el cual ciertas agencias, políticas y programas públicos se revisan periódicamente y, en el caso de que así lo contemple su normativa de creación se dan por finalizados, excepto en el caso de que el legislativo decida expresamente su continuidad”.

Los mismos resaltan su avance más significativo, consistente en focalizar el interés en el otro extremo crítico para el éxito o fracaso de las políticas públicas: los ejecutores. En ese sentido, resaltan el salto cualitativo que dio ese país, en 1998, con la aprobación de la *Federal Sunset Act*, “cuyo objetivo básico es llevar a cabo la revisión periódica de la eficiencia y eficacia de las agencias federales, para justificar su continuidad o suprimir las que han dejado de ser necesarias”.

Con ese propósito, esta normativa plantea como objetivos:

- Exigir que cada agencia federal justifique su existencia o afronte su eliminación.
- Evitar despilfarros y promover la eficiencia en el gasto.
- Eliminar agencias obsoletas, identificar duplicidades y coordinar actuaciones.
- Mejorar la rendición de cuentas y el servicio al usuario.
- Desincentivar desviaciones legislativas, y

- Reforzar la *Results Act* de 1993 (ídem).

Ciertamente con esta Ley se reconoce, entonces, que, tratándose de políticas públicas, es tan importante su debida planificación, como su ejecución, para su buen suceso.

De ahí la importancia que reviste que los dos niveles de control externo, micro (para evaluar la gestión, o auditoría) y macro (para evaluar las políticas) se articulen en debida forma, como se planteó en acápites previos; y como, también está previsto en la legislación colombiana (aunque no en forma completamente clara).

Que esta se cumpla, es decir, que este nivel de control fiscal sirva al propósito de evaluar las políticas públicas, y los planes o programas gubernamentales, para que aquellos que las diseñaron las mantengan o modifiquen, depende, no sólo de la independencia y objetividad con la que esa función se realice, siguiendo en ello las recomendaciones de la Declaración de Lima, sino y, principalmente, de la voluntad política para aceptar sus resultados y, eventualmente, efectuar los correspondientes correctivos.

Eso supone que se entienda, tanto por parte de los evaluadores, como de los quienes las adoptan, que, a diferencia de la auditoría sobre la gestión fiscal, la evaluación de una política (que no su auditoría), no tiene otro alcance que el de medir o monitorear su impacto por parte de un órgano externo a su diseñador, pero sin que de ello se pueda derivar, ni responsabilidad fiscal, ni desconocimiento de la competencia atribuida al órgano público encargado de fijarla.

Así lo reconoció la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la autonomía del Banco de la República con respecto al manejo de las reservas internacionales, al determinar que, si bien ese organismo es autónomo para determinar las políticas cambiaria, crediticia y monetaria, así como para el manejo de las reservas; es también sujeto de control de la

Contraloría, cuando “ejecute actos o cumpla actividades de gestión fiscal y en la medida en que lo haga”, en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición.

Más específicamente la Corte manifestó que “las reservas no son de propiedad del Emisor, ... sino que pertenecen al Estado”, con lo cual dejó en claro que éstas tienen el carácter de recursos públicos. Por tal razón –concluyó–, si bien el Banco Central tiene la facultad para decidir en qué moneda u otro valor se invierten, los actos mediante los cuales se ejecuta esa política son actos de ejecución, y por tanto, no escapan a la facultad de control de la CGR, como se precisó también en las Sentencias C-529 de 1993 y C-469 de 1995 de la misma Corte.

En todo caso, en Colombia no fue prevista, en forma expresa, ningún tipo de responsabilidad en el caso en que una política pública o varias de ellas, fallen en su diseño o implementación, a partir de su evaluación, pues, como se indicó en el apartado anterior, la moción de censura, derivada del control del Congreso sobre la acción del Gobierno, fue prevista, únicamente, para el caso del no fenecimiento de la Cuenta General del Presupuesto y del Tesoro, con respecto a los ministros “responsables”, a pesar de que esta se compone exclusivamente de los estados financieros, y por tanto, no incluye informe alguno sobre el diseño, ejecución y resultados de las políticas a su cargo.

Finalmente, para preservar la necesaria objetividad de este medio de control, precisamente destinado a evaluar las políticas y acción agregada de un Gobierno, es necesario evitar las valoraciones subjetivas, admitiendo por anticipado, lo difícil que ello resulta para una entidad cuya cabeza es elegida por el órgano político por excelencia: el Congreso; lo que se dificulta más por el hecho de que su período coincide con el ciclo político del Gobierno, dentro del cual se produce su elección.

La solución institucional que se ha implementado en algunos países consiste en alargar los períodos de ejercicio (usualmente a doce o más años), y limitar los cargos en cuya elección participa o es aprobada por el parlamento al máximo (usualmente el Contralor y el Vicecontralor, como sucede en los Estados Unidos).

Pero, aún asegurando esta objetividad y “asepsia” política o partidista, de las cabezas de los organismos de control, es necesario que las EFS tenga muy claros los límites de su acción, de manera que no se excedan en su función de apoyo y asesoramiento al Congreso, “invadiendo competencias propias de los órganos legislativos y ejecutivos”, como lo sugirió en su momento la National Academy of Public Administration, NAPA, al Congreso y a la misma GAO de ese país (Jiménez Rius, 2008: 23).

Sin embargo, según lo sugiere el profesor Fernández Ajenjo (2011), esos límites competenciales sí que deberían ampliarse extendiendo la acción de los órganos de control fiscal externo, a la prevención, investigación y persecución del fraude y la corrupción, tomando como modelo la Government Accountability Office (GAO) americana, entre otras, enfocándolas hacia la mejora continua de la Gobernabilidad, la profundización de la institucionalidad y la ampliación de sus facultades de control financiero, a la vez que se refuerza su propia independencia.

4. LAS CONTRALORÍAS TERRITORIALES, O LA SUPERPOSICIÓN DE LAS JURISDICCIONES NACIONAL-SUBNACIONAL (CONTROLES PREVALENTE, CONCURRENTE Y EXCEPCIONAL)

Mediante el artículo 272 CP se dispuso que la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios “donde haya contralorías”, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva.

De esta manera, quedó consagrado en el diseño institucional colombiano, un esquema de descentralización del control fiscal, exclusivo de este tipo de control, pues, tanto el control disciplinario, asignado a la Procuraduría General de la Nación, como el acusatorio en materia penal, a cargo de la Fiscalía General de la Nación, se configuraron atendiendo al principio de desconcentración, con lo cual, estos dos últimos organismos ejercen sus competencias a nivel nacional, pero con representaciones territoriales.

En el caso del control fiscal, en cambio, se optó por su descentralización, aunque las razones (si las hubo) no fueron explícitas; pero, muy seguramente por el “espíritu” descentralista que, según se dijo, irradió el proceso de reforma que culminó con la expedición de la nueva carta de 1991.

Proceso que obedeció a los principios de centralización política y, descentralización administrativa, de clara inspiración francesa, que se corresponden muy bien con la tradición unitaria y centralista del Estado colombiano y, su marcada conformación regional.

No obstante, si bien este último principio puede estar perfectamente justificado y hasta ser ideal en la administración pública, en el caso del control fiscal conlleva una serie de consecuencias que afectan seriamente su desempeño.

Para empezar, el régimen político colombiano se caracteriza por la existencia de grupos de poder territorial muy fuertes, algunos ligados a grupos ilegales, como se expuso en el capítulo anterior, que además de apoderarse de las administraciones territoriales, se apoderan también de los órganos de control de sus respectivos niveles, lo que obviamente afecta su desempeño.

Esto en parte es consecuencia de lo que respecto de su diseño e implementación, se dispuso en la misma CP, en la que se estableció que le “Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades

técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal”. En otras palabras, en forma similar a lo dispuesto para el caso de las oficinas de control interno, se dispuso que la organización de las Contralorías quedara en manos, o más exactamente, bajo el control, del grupo político mayoritario, o ganador de las elecciones.

Por supuesto, este diseño llevó a la inanidad de este nivel de control, y a su total desprestigio, al punto que en el año 2000, mediante la ley 617, comenzó un proceso de “marchitamiento” de este tipo de instituciones, al establecerse unas rigurosas fiscales, ligadas a los ingresos corrientes del respectivo ente y, a sus gastos de funcionamiento, para determinar su supervivencia (entre el 1.2 y el 3%, según art. 10 de la Ley 267 de 2000). Adicionalmente, se dispuso que sus gastos no pueden crecer con respecto a la inflación causada.

Sumado a lo anterior, en la misma Ley se dispuso que, en caso de que los departamentos y municipios incumplieran sus límites de gastos, o los programas de saneamiento fiscal y financiero, no serían las contralorías territoriales las que investigarían y sancionarían a los incumplidos, sino la CGR, mediante control excepcional, en este caso, por disposición legal, elevando a canon legal la desconfianza o suspicacia que despierta la efectividad de estos órganos.

Por otra parte, mediante el Acto Legislativo 02 de 2015, se dispuso que los contralores departamentales, distritales y municipales serán elegidos por las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales, como lo han sido hasta ahora, pero mediante convocatoria pública, esto es, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para periodo igual al del Gobernador o Alcalde, según el caso.

De esta manera, ya no serán escogidos de ternas integradas por dos candidatos presentados por el tribunal superior de distrito judicial y uno por el correspondiente tribunal de lo contencioso-administrativo, como hasta antes de ser promulgado el referido Acto Legislativo, con lo que se espera mejorar la eficacia de su gestión.

De todas maneras, se mantiene la atribución para que las Asambleas Departamentales, y los Consejos Municipales, organicen sus respectivas contralorías, al igual que las demás condiciones negativas derivadas del diseño descentralizado de este tipo de control.

Para empezar, la superposición de ámbitos de competencia: en una misma ciudad pueden concurrir tres organismos de control simultáneamente: Nacional, en cabeza de la CGR; departamental y local. Un ejemplo de este caso es el de Medellín, en donde además, en su área metropolitana se suman las Contralorías municipales de Envigado, Bello e Itagüí, lo cual, además de irracional desde un punto de vista institucional y fiscal, resulta ser ineficiente, teniendo en cuenta que las transferencias de recursos de la Nación a las entidades territoriales representa un alto porcentaje de las finanzas territoriales. De hecho, representó entre un 50% y 90% en 2013 (Departamento Nacional de Planeación, 2014).

Así lo considera también la OCDE, al señalar que si bien las contraloría territoriales están llamadas a ejercer control sobre los “recursos territoriales”, la Contraloría General también tiene el derecho de controlar estos mismos fondos, y que en otros casos, como el de las transferencias recibidas del Presupuesto Nacional, esta es una competencia compartida (OCDE, 2014).

Otra consecuencia negativa derivada de este diseño institucional es que, debido a la deficiente capacitación de los funcionarios con respecto a las normas de auditoría

gubernamental y las diferentes metodologías aplicables, “se ha generado en el país una multiplicidad de sistemas de evaluación carentes de un lenguaje y lógica común”. Por el contrario, cada contraloría territorial, “especialmente las de menor desarrollo, adoptan parte de las metodologías nacionales no diseñadas para las condiciones propias de la gestión fiscal territorial, y [por lo tanto] los métodos resultantes son deficientes, inconexos e inadecuados respecto de las normas de auditoría gubernamental” (Restrepo y otros, 2008: 25) Esto se traduce en la absoluta desarticulación de las entidades de control territorial con el ente máximo de control fiscal nacional, y redundando en la ineficiencia de la función pública de control fiscal de segundo nivel.

Para atenuar la superposición de ámbitos de competencia se ha desarrollado un sistema de aprehensión de control basado en el origen de los recursos comprometidos o en la calidad del sujeto en el caso de las solicitudes excepcionales de control.

La competencia de la CGR es prevalente cuando los recursos comprometidos sean de origen nacional pero administrados por los entes territoriales (Sistema General de Participaciones sobre los ingresos Corrientes de la Nación, y regalías por la explotación de recursos naturales no renovables) en cuyo caso, puede asumir la auditoría o investigación de cualquier acto que los afecte, aunque en ese momento lo esté llevando a cabo el órgano de control fiscal territorial. No obstante, en no pocos casos estos conflictos de competencia terminan por resolverse en forma negativa: ninguno de los órganos asume la investigación, como sucedió en el caso de contratos para la construcción de un tramo del sistema de buses de Bogotá.

Finalmente, la CGR puede ejercer control excepcional, con fundamento en el artículo 267 de la CP, y la Ley 42 de 1993 (art. 26), mediante las cuales se dispuso que esta

puede ejercer control posterior, en forma excepcional, sobre las cuentas de cualquier entidad territorial:

a) A solicitud del gobierno departamental, distrital o municipal, de cualquier comisión permanente del congreso de la República o de la mitad más uno de los miembros de las corporaciones públicas territoriales.

b) A solicitud de la ciudadanía, a través de los mecanismos de participación que establece la Ley, especialmente las veedurías ciudadanas.

c) En los casos en los que así lo disponga el Congreso, mediante Ley.

De todas maneras, cada vez que se discuten nuevas reformas constitucionales, uno de los temas recurrentes es el de la eliminación o integración de las contralorías territoriales a la CGR, con un mismo argumento: su ineficacia. Eso conllevará, en algún momento, a discutir sobre aspectos cruciales que pueden afectar su desempeño, a saber:

1) ¿Se justifica mantener un sistema de control descentralizado (algo que es propio de la administración y no de las funciones de control fiscal, en un país unitario, que además transfiere una porción muy significativa de sus recursos a los entes territoriales que, en muchos casos, supera en porcentaje a sus recursos endógenos)?

2) ¿Es hora de avanzar hacia un control desconcentrado para que el ente de control nacional tenga competencia en todo el territorio nacional, de manera que no se generen conflictos de competencia, se asegure un uso y una visión más integrada de la información financiera del Estado, nacional y subnacional, y se reduzcan las presiones sobre los auditores, por parte de los grupos territoriales de poder?

3) Si así se aprueba ¿Ya no se requeriría de una institución como la Auditoría General?

5. LA AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA O LA ANULACIÓN DE CONTROLES POR RECIPROCIDAD

Es claro que todo ente de control fiscal externo debe a su vez ser sujeto de control o evaluación sobre su gestión fiscal. Pero este debe tener un cierre para evitar el efecto de los espejos enfrentados, o que los mecanismos se proyecten *ad infinitum*.

En el caso de la CGR, como EFS, la “solución” plasmada en la Constitución, o más exactamente, en la interpretación que de ella realizó la Corte Constitucional, igual que en otros temas, también resultó muy peculiar.

En efecto, en el artículo 274 se dispuso que “La vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República se ejercerá por un auditor elegido para períodos de dos años por el Consejo de Estado, de terna enviada por la Corte Suprema de Justicia. La ley determinará la manera de ejercer dicha vigilancia a nivel departamental, distrital y municipal”.

Esta norma sería desarrollada mediante el Decreto 272 de 2000, creando otro organismo de control: la Auditoría General de la Nación, a la que se le atribuyó (que no al auditor) principalmente la función de ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República y de las contralorías departamentales, para lo cual se dispuso la conformación de una estructura central y otra descentralizada con presencia en todos los departamentos, con su correspondiente apoyo administrativa y asignación presupuestal.

No obstante, la norma no indicó nada con respecto a un aspecto absolutamente fundamental para un órgano de control y es, determinar de qué forma, se llevaría a cabo el control de su gestión fiscal, lo que como era de esperarse, derivó en conflictos entre los dos organismos públicos, planteados ante la Corte Constitucional, el último de los cuales se

decidió mediante Sentencia C-1176 de 2004, en la que se ratificó la competencia de la Contraloría para ejercer control fiscal sobre su vigilante.

De esta manera, la Corte (no el Congreso, como lo supone la atribución de competencias, en desarrollo del Principio de Legalidad) decidió llenar el vacío de la norma, determinando que cada organismo sea a la vez y recíprocamente, controlante y controlado, lo que implica un quiebre del principio de independencia con el que deben actuar todos los órganos de control y, llevar a su anulación o, por lo menos, atenuación recíproca, a pesar de lo cual, la Corte expresó que “no puede considerarse (que se) interfiere la autonomía e independencia que le ha sido reconocida a aquella entidad para realizar la vigilancia de la gestión fiscal de ésta, pues tanto la Contraloría como la Auditoría tienen demarcada su competencia recíproca, única y exclusivamente respecto de la gestión fiscal que cada una realiza, sin que, ni la una ni la otra, puedan invadir o entrometerse en el ejercicio de la misión constitucional que a cada una de ellas le ha entregado la Constitución; por lo tanto, cada una de ellas debe establecer criterios de control fiscal que no impliquen la determinación de las funciones del otro o la intromisión en ellas”.

A lo que agregó argumentos frágiles, por decir lo menos, como que el “control fiscal por parte de la Contraloría General sobre la gestión fiscal de la Auditoría, deja incólume la autonomía administrativa, presupuestal, jurídica y funcional que corresponde a ésta entidad, pues bien puede seguir ejerciendo con independencia todas las potestades y funciones inherentes a su propia organización”, y que además, “ni el Auditor ni ningún otro servidor público de la Auditoría puede ser removido o nombrado por la Contraloría general, así como que ninguno de los actos de la Auditoría, por medio de los cuales ejerce la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría, está sometido a la aprobación, al control o a la revisión por parte de esta”.

En una especie de contraprestación, la Corte decidió advertir, no obstante las anteriores previsiones, que, “la Auditoría, al ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría, tampoco podrá invadir la autonomía administrativa, presupuestal y jurídica asignada por la Constitución a éste organismo; así como tampoco, por no ser su superior, podrá interferir la función misional que en atención a los artículos 267 a 273 le corresponde ejercer a la Contraloría General”.

El problema es que, en la práctica, determinar si una observación con respecto a una gestión administrativa o fiscal invade la autonomía del órgano que la formula, no es tan fácil. Por eso, una solución sería que única y exclusivamente la gestión fiscal (e inclusive restringida a la gestión contractual) de la EFS se sujete a un auditor privado, escogido mediante sorteo entre firmas de auditoría de reconocido prestigio internacional, por parte del partido de oposición o que no haga parte de la coalición de Gobierno, cerrando de esta manera el ciclo de control fiscal de la EFS, sin los costos que conlleva crear otro órgano público con esa única función, que, al incluir la evaluación de su gestión, pueda ser utilizado con fines partidistas o políticos.

6. LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN O EL CONTROL DISCIPLINARIO EXTERNO SOBRE LA GESTIÓN FISCAL

Aunque la Procuraduría General de la Nación no hace parte del subsistema de Control Fiscal (interno y externo), sí está llamada a vigilar la gestión de los funcionarios públicos, incluyendo su gestión fiscal, pero no de la misma manera que la Contraloría, aunque sus actos de atribución de responsabilidad, para el caso, disciplinaria, son al igual que los de ese organismo, sujetos de control judicial. Y esto es porque, ese órgano no forma parte de la Rama Judicial, ni del Gobierno, y tampoco del Legislativo.

Por estas razones, se ha incluido dentro de este capítulo un breve análisis sobre las funciones de control de esta institución y su alcance en cuanto al control, en el sentido de vigilancia del gasto público, a partir de las funciones que se le asignaron en la Carta Política.

Según se definió en el artículo 117 de la Constitución Política “El Ministerio Público y la Contraloría General de la República son órganos de Control”. El primero, encargado de ejercer en forma externa al Gobierno, control disciplinario sobre los funcionarios públicos, pertenecientes o no a la administración, incluyendo a los de elección popular (miembros del Congreso de la República, gobernadores, alcaldes, diputados y concejales, según el art. 7, Decreto 262 de 2000). Y la segunda, de ejercer control fiscal, también en forma externa al Gobierno externo, y posterior, o de segundo nivel, sobre la gestión fiscal de las administraciones y el propio Gobierno.

En cuanto a sus funciones, cabría señalar que estas le fueron asignadas, no a la institución, sino a la persona del Procurador General, siguiendo en este delicado asunto la tradición constitucional colombiana, del ejercicio de la función por delegación y del control piramidal, que le confiere a una persona el control administrativo y misional, sobre el órgano de control; situación que “personaliza”, en vez de institucionalizar, su ejercicio.

Exactamente en este sentido, se dispuso en el artículo 275 CP: “El Procurador General de la Nación es el supremo director del Ministerio Público”.

Su elección final, para un período personal de cuatro años (Hasta la expedición del Acto Legislativo 02 de 2015, el Procurador podía ser reelegido indefinidamente), le corresponde al Senado, de terna integrada por tres candidatos, cada uno postulado por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (art. 267 CP), que deben cumplir las mismas calidades que se requieren para ser Magistrado de las

altas cortes (art. 4, Ley 201 de 1995) p. 1) Ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio; 2) Ser abogado; 3) No haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; y 4) Quince años o más de experiencia profesional o docente (antes de la expedición del Acto Legislativo 02 de 2015, sólo se exigían 15 años de ejercicio profesional); esta última, por tanto, era la única exigencia de idoneidad y de competencia para desempeñarse como la cabeza de un órgano llamado a ejercer una función cuasi judicial.

Mucho se ha criticado este sistema de elección, pues debido al gran número de altos cargos (en términos salariales y funcionales) de libre nombramiento y remoción, por parte del Procurador, este tiene la posibilidad de negociar con sus electores, e inclusive, con sus jueces, la asignación de algunos de ellos, en retribución a su apoyo, lo que lleva aparejada la clientelización de ese órgano de control, como se ha denunciado en múltiples oportunidades³².

Así lo considera también Rivero (2004: 9), quien no duda en señalar que el procurador cuenta con poderes exorbitantes cuya elección es de carácter político, lo que “le resta también carácter profesional a esta entidad de control”.

³² Al respecto, Cecilia Orozco, reconocida columnista de El Espectador, relaciona en su columna del 14 de julio de 2015, una serie de cargos presuntamente asignados por el Procurador Ordoñez, a familiares de magistrados de la Corte Suprema, el Consejo de Estado, y de Senadores, esto es, de las instituciones que intervinieron en su elección:

“Corte Suprema: Leonidas Bustos, actual presidente (contrató a esposa y a exesposa); Ruth Marina Díaz, expresidenta, declarada su amiga íntima; Javier Zapata, expresidente (cuñada); Margarita Cabello Blanco (exsubalterna y amiga íntima); Jorge Mauricio Burgos (esposa). Tres de estos —Díaz, Zapata y Burgos— votaron por Ordoñez a pesar de sus nexos. Bustos y Cabello le ayudaron pero se ausentaron en la votación.

Consejo de Estado: María Claudia Rojas, expresidenta (contrató al hijo); Hernán Andrade Rincón (sobrina); María Elizabeth García (hermana); Bertha Lucía Ramírez (hijo); Alfonso Vargas (subalterno y amigo íntimo); Susana Buitrago (aliada); Marco Antonio Velilla (aliado y director de la orquesta que hizo bulla más de un año para que no se tramitaran las demandas por su reelección); Enrique Gil (aliado), Mauricio Fajardo (aliado).

Senado, con cuotas de la Procuraduría en las regiones en 2012: Jorge Ballesteros, Efraín Cepeda, Juan Manuel Corzo, Roberto Gerlein, Antonio Guerra de La Espriella, Carlos Eduardo Merlano, Bernardo Elías Vidal, Arleth Casado, Jorge Hernando Pedraza, Hernán Andrade, Carlos Ferro, Milton Rodríguez, Dilian Francisca Toro, Eduardo Gechem, Germán Villegas, Carlos Ramiro Chavarro, César Tulio Delgado, José Darío Salazar, etc., etc., etc. Al momento de la votación por la reelección de Ordoñez, 59 congresistas estaban incurso en conflicto de interés. No obstante, contribuyeron con sus votos a ponerlo de nuevo frente a la Procuraduría”.

Con respecto a sus funciones, se dispuso en el art. 277, que el Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá, entre otras, las siguientes funciones:

“1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos”.

“2. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo” (que, a partir de la expedición del Acto Legislativo 02 de 2015, se escinde de la Procuraduría y se constituye en otro organismo autónomo de rango constitucional, encargado básicamente de la defensa de los Derechos Humanos y de la Defensoría Pública). ...

“5. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas.

6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la Ley, lo que se concreta en el poder de imponer sanciones de carácter disciplinario a los funcionarios sometidos a ese control, incluyendo la máxima pena imponible, consistente en la destitución (desvinculación) del cargo, o función.

Sin embargo, al igual que en el caso del control fiscal, las administraciones también están facultadas para disciplinar a sus funcionarios, a través de las Oficinas de Control Interno Disciplinario (art. 209 CP), mediante actos que, por ser administrativos, está sujetos a control por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con una particular excepción: la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales – ITRC, creada mediante Decreto 4173 de 2011, último experimento institucional para enfrentar la corrupción administrativa.

Más exactamente, en las tres entidades administrativas encargadas del recaudo de los ingresos del Estado: la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, que es la agencia tributaria del Estado; la Unidad de Gestión de Pasivos Pensionales, encargada del recaudo y control de los aportes parafiscales destinados al pago de pensiones y, la Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar, encargada del recaudo y control de los recursos provenientes de ese monopolio.

Este ente, a pesar de ser administrativo, también está llamado a disciplinar a los funcionarios de estas entidades, pero externamente en aquellos casos en que resulte necesario para la defensa de los recursos públicos.

De esta manera, en Colombia, la facultad de disciplinar a los funcionarios, con sanciones no penales ni fiscales, sino relacionadas principalmente con su estatus laboral y el desempeño de una función pública (La máxima sanción que puede aplicar es la destitución que apareja la inhabilidad para ejercer un cargo o función pública); es ejercida, en primer lugar, por las mismas administraciones, con la citada excepción, a través de las Oficinas de Control Interno Disciplinario (equivalentes a las Oficinas de Asuntos Internos o *Internal Affairs Offices* de los sistemas anglosajones) en las que, en principio debería agotarse esta función, en consideración, no sólo a su alcance típicamente administrativo, pues, como máximo puede llegar a la destitución del funcionario, sino -y precisamente por ello-, por su marcado carácter administrativo, lo que necesariamente supone que ambos, esto es procedimiento y sanción, están sometidos a control de legalidad por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Además, no resulta muy eficiente, desde el punto de vista institucional, que una entidad que no tiene carácter judicial, adelante un proceso con la formalidad de un juicio, y en varias instancias, cuyo “fallo” (que en realidad tiene una naturaleza administrativa, en

tanto no la tiene judicial, ni legislativa) está sujeto a control judicial, nuevamente en dos o más instancias, antes de que se decida si este se mantiene o no.

Y menos eficiente aún -también desde el punto de vista institucional-, es que se realice un control que en esencia está llamado a agotarse al interior de cada organismo, por parte de los superiores de quien comete la presunta falta; en forma externalizada, con un aparato burocrático de la envergadura que actualmente ostenta la Procuraduría General de la Nación, a pesar de lo cual, la misma función disciplinaria le fue asignada a otros órganos. Uno de ellos, paradójicamente, cabeza de la llamada jurisdicción disciplinaria: El Consejo Superior de la Judicatura (Sala Disciplinaria), la cual, no obstante su denominación, solamente ejerce control disciplinario, sobre los funcionarios y empleados de la rama Judicial, y sobre los abogados.

A estas instituciones, se sumaría, a partir de 2015, la llamada Comisión de Aforados³³, encargada también de investigar disciplinariamente, por “mala conducta” a los Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y al Fiscal General de la Nación, y la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, encargada de determinar la responsabilidad disciplinaria de jueces, empleados judiciales y abogados.

La primera, sin embargo, tuvo una existencia efímera al ser declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-285 de 2016.

Finalmente, la Procuraduría General de la Nación, está llamada a hacer en esencia lo mismo que las Oficinas de Control Interno Disciplinario de las Administraciones, pero

³³ Conforme a lo dispuesto en el art. 8 del Acto Legislativo 02 de 2015, que adicionó el artículo 178-A a la Constitución, esta sería la encargada de investigar a los Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y al Fiscal General de la Nación por su presunta responsabilidad por “cualquier infracción a la ley disciplinaria o penal cometida en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de estas”.

externamente, sobre los funcionarios públicos de todo nivel³⁴, incluyendo los de elección popular, aunque con (todas) las anotadas excepciones; mediante un procedimiento judicializado o con un corte marcadamente judicial (Ley 734 de 2002), sin que en realidad lo tenga. Tanto que se dicen adelantar en única o doble “instancia”, a pesar de ser un órgano funcionalmente unitario, a diferencia de las instancias judiciales; en el que, además, a las decisiones se les denomina incorrectamente “decisiones interlocutorias” (de trámite) y “fallos”, que se toman en lo que denominan “estrados” (y no en oficinas o despachos), a pesar de lo cual no hacen tránsito a cosa juzgada, y antes por el contrario, están sujetos a control judicial por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Queda así, en evidencia, la irracionalidad institucional por la existencia de diversos órganos de atribución de responsabilidad disciplinaria, que incluye a órganos de control político que, por su naturaleza, no deberían someterse a controles administrativos como el de la Procuraduría General de la Nación, sino al control ciudadano.

34 Núm. 6, art. 277 CP. Son funciones de la Procuraduría General de la Nación: “Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive los de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la Ley”.

CAPÍTULO IV

EL CONTROL JURISDICCIONAL DEL GASTO PÚBLICO

“La fuerza de una Nación, depende en última instancia de lo que puede hacer por su cuenta, y no de lo que puede pedir prestado”

Indira Gandhi

De la misma manera que en los casos del control gubernamental y externo del gasto público, en el caso del control judicial éste también se verifica en dos grandes niveles. En primer lugar, a nivel macro, o sobre las políticas gubernamentales en materia económica, por parte de la Corte Constitucional, que tiene la atribución de verificar la constitucionalidad de las leyes relativas a impuestos, tasas y contribuciones, así como las que decreten su gasto e inversión (anuales de presupuesto) y las aprobatorias del Plan Nacional de Desarrollo y la Anual de Presupuesto; de los decretos que desarrollan leyes marco y de los expedidos al amparo de las declaratorias de emergencia económica o social, que tienen jerarquía legal.

Y, en segundo lugar, a nivel micro, esto es respecto de la legalidad de los actos y de la gestión gubernamental y administrativa mediante las cuales las políticas gubernamentales se concretan, o que corresponden al desarrollo de la función administrativa, o a las omisiones, o inclusive, en desarrollo de los procesos penales, con respecto a las conductas de los gestores públicos tipificadas como delitos.

Pero ese control judicial, debido al diseño institucional, comprende también la revisión integral de la legalidad de los actos particulares y concretos de atribución de responsabilidad fiscal, por parte de la Contraloría, relativos a la gestión y actuación gubernamental, los cuales, dada su naturaleza jurídica, no corresponden a actos judiciales,

ni tampoco a legislativos, por lo que son sujetos a control judicial por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en cabeza del Consejo de Estado.

Y es que, a pesar de que la Constitución Política le atribuye al Contralor la función de “Establecer la responsabilidad que se derive de la función fiscal”, ya vimos que por efectos de la naturaleza “administrativa” de sus actos, o, más exactamente, no judicial, ni legislativa, estos son objeto de control jurídico por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que es en consecuencia la que termina juzgando en la práctica, y en última instancia, dicha gestión. Esto en el caso en que medie la actuación de la Contraloría.

Por otra parte, la misma Constitución y Ley establecen la posibilidad de que el Estado repita contra sus funcionarios por los perjuicios que deba indemnizar, que hayan sido consecuencia de su “acción dolosa o gravemente culposa”, lo que de suyo supone que se evalúe su responsabilidad por parte de un juez penal, en el primer caso, o administrativo, en el segundo.

La Ley además establece que, cuando se demande a la Administración, con pretensiones patrimoniales resarcitorias o indemnizatorias, esta puede vincular al funcionario que haya intervenido en la actuación objeto de demanda, debiendo el juez establecer su grado de responsabilidad, aunque no medie actuación por parte de la Contraloría. Téngase en cuenta que, en Colombia se presentan, contra las entidades administrativas, unas 460.000 demandas al año, con pretensiones resarcitorias o indemnizatorias, la mayoría de las cuales implican detrimento patrimonial (despidos ilegales; contratos mal hechos; atropellos de la fuerza pública, etc.). No obstante, en ellos no suele intervenir la Contraloría y escapan al control fiscal, por cuanto el término de caducidad se regula de manera diferente, o porque, contrario a lo que sucede con la Procuraduría, la Contraloría no tiene la calidad de parte en éstos.

De esta manera, es incuestionable que los jueces administrativos y penales también tienen facultades de juzgamiento de la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal de los funcionarios públicos, que son independientes de las de la Contraloría.

Se trata, de un control de naturaleza objetiva, en cuanto tiene como referente un marco jurídico jerarquizado que determina el alcance, tanto de la función administrativa, como de la responsabilidad que se deriva de la misma, por parte de tribunales o jueces especializados; a diferencia de otros niveles de control sobre el gasto y gestión pública, como el político o el ciudadano, más sujetos a valoraciones subjetivas o que simplemente responden a otros fines.

Pero, antes de referirnos en concreto al alcance de ese control judicial sobre la gestión y gasto público, se hace absolutamente necesaria, aunque sea en forma muy somera, una referencia a la particularísima estructura institucional de la Rama Judicial en Colombia.

Esto porque en Colombia, a diferencia de la mayoría de sistemas políticos europeos, la Rama Judicial del Poder Público está conformada por cuatro grandes cortes (hasta la expedición de la Constitución de 1991 tenía dos: La Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado), cada una de las cuales es “Órgano de Cierre” de su respectiva jurisdicción, sin que, y precisamente por ello, ninguna de ellas sea superior a la otra, o cabeza única de esa Rama³⁵.

En efecto, si bien en el artículo 113 CP se dispuso que “Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial”, inmediatamente después se dispuso en el artículo 116 que la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los

³⁵ Hasta la expedición de la Constitución de 1991, la rama judicial estaba conformada por dos altas cortes: por un lado, la Corte Suprema de Justicia, encargada de la casación y del control abstracto de constitucionalidad, y, por el otro, el Consejo de Estado, a cargo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Tribunales y los Jueces, administran Justicia; que, también lo hace la Justicia Penal Militar, y además, que el Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

En la misma norma se dispuso que, excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas, aunque no les sea permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Finalmente en la norma se señaló, acorde con la nueva concepción privatista de la Carta de 1991, que los particulares también pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley; lo que a la postre tendría un enorme impacto sobre las finanzas públicas, como se expondrá enseguida.

De esta manera, la Rama Judicial, en realidad se concibió como un frondoso árbol, que se conforma por varias ramas, encargadas, cada una, de una jurisdicción específica, pero ninguna de las cuales es cabeza de la Rama Judicial, ni órgano de cierre de las demás jurisdicciones³⁶. Por esta razón, con el propósito de abordar su análisis, se hace necesario optar por algún orden. Para el caso, la jerarquización kelseniana -aunque reiterando que ninguna de ellas es superior jerárquica de las otras-, por lo cual, a continuación se hará referencia, en primer lugar, a la integración, funciones y alcance del control a cargo de la Corte Constitucional, como cabeza u organismo de cierre de la Jurisdicción Constitucional, en cuanto es la encargada de preservar la integridad del máximo nivel normativo del Estado colombiano.

³⁶ En España, en contraste, según el art. 1.1 de la LOTC, "el Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica. Puede ser conceptualizado como el más alto órgano jurisdiccional, encargado de la defensa de la Constitución".

En efecto, la Corte Constitucional es el órgano encargado de evaluar la constitucionalidad de los actos legislativos mediante los cuales se pretenda reformar la Constitución, así como de decidir sobre las demandas que se le planteen por presuntos conflictos entre la Constitución y la Ley³⁷ (incluyendo las aprobatorias de tributos, anuales de presupuesto, y de los planes de desarrollo, entre otras; todas ellas de contenido económico).

Igualmente, debe decidir las demandas contra los decretos del Presidente con jerarquía o rango legal (decretos expedidos en virtud de habilitación temporal por parte del Congreso, para expedir normas con ese rango, o en virtud de la declaratoria de estados de emergencia económica, social o de perturbación del orden público), como se verá más adelante, y de los Actos Legislativos o reformativos de la Constitución, que culminan con una Ley. Es decir, sobre actos jurídicos de carácter general, impersonal o abstracto de rango constitucional y legal.

Corte que además está investida de la función de decidir, en última instancia, sobre los fallos o sentencias mediante las cuales se decidan las acciones de amparo constitucional de derechos individuales por vía de tutela (de Derechos Fundamentales³⁸), que pueden o no tener un contenido económico.

En segundo lugar (reiterando que, como se ha señalado, en la CP no se reconoció jerarquía entre las diferentes jurisdicciones) la Corte Suprema de Justicia es la cabeza de la

37 Aunque se define en la CP como atribución de la Corte Constitucional, la guarda de la supremacía de la Constitución, en la misma se le atribuye al Consejo de Estado la función de “Conocer de las acciones de nulidad **por inconstitucionalidad** de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional” (art. 237 CP).

38 A diferencia de otros países, en Colombia terminó por dársele el carácter de Derecho Fundamental, al Derecho al Debido Proceso, en vez del Derecho de Audiencia, con lo cual, cualquier irregularidad procesal sirve de pretexto para acudir a esta vía que debería ser excepcional pero que ha terminado, precisamente por ello, en convertirse en otra u otras instancias.

Jurisdicción Ordinaria, esto es, aquella cuyo objeto es dirimir conflictos principalmente con o entre particulares: la Jurisdicción Civil, de Familia, Laboral, Agraria y Penal.

No obstante, respecto de esta última, esto es, de la Jurisdicción Penal, se deben mencionar tres grandes excepciones a la jurisdicción de la Corte en esta materia, dada la importancia que han alcanzado en los últimos años, y el papel que juegan en la institucionalidad (principalmente las dos primeras, como se verá más adelante) que se encuentran contempladas desde la Carta Política y son particulares del régimen institucional colombiano: 1) Están excluidos de la Jurisdicción Penal Ordinaria (Corte Suprema de Justicia, Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Jueces Penales del Circuito y Jueces Penales Municipales) los funcionarios aforados, encabezados notoriamente por el Presidente de la República, quienes única y exclusivamente pueden ser sujetos de investigación y eventualmente de acusación ante el Senado (órgano político) por parte de la denominada Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes (art. 178 de la CP), “cuando hubiere causas constitucionales” (art.174 de la CP), 2) Los miembros de la fuerza pública (fuerzas militares, incluyendo a los de la Policía Nacional, a pesar de haberse definido como un cuerpo civil), cuyas conductas están sometidas a la investigación y juzgamiento por parte de la Jurisdicción Penal Militar (art. 221 CP) y, 3) Los miembros de las comunidades indígenas cuya conducta se somete a juicio por parte de sus propias autoridades (art. 246 CP).

En tercer lugar, el Consejo de Estado es la cabeza, u órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esto es, aquella que está llamada a dirimir los conflictos entre los particulares y las administraciones públicas, o entre tales administraciones. Por tanto, a su cargo se encuentra el decidir sobre la legalidad, en incluso, constitucionalidad, de actos normativos o de carácter general, y de actos de carácter

particular y concreto, con o sin expresión económica, así como de hechos con consecuencias económicas.

En cuarto lugar, el Consejo Superior de la Judicatura (aquí una nueva particularidad del régimen institucional colombiano) está a cargo, por un lado, de determinar la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios judiciales, a través de una Sala Disciplinaria (no obstante la existencia de la Procuraduría General de la Nación, que tiene a su cargo la misma función disciplinaria sobre funcionarios públicos); con excepción de los de las altas cortes (que se someten a la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes), y del otro, la función de administrar los recursos de la rama judicial, a través de otra sala: la Administrativa, integrada también por magistrados.

Y si bien, en la Carta Política se señala que la Fiscalía General de la Nación, encargada de investigar las conductas punibles en que puedan incurrir las personas; administra justicia, no será incluida dentro de este capítulo, correspondiente al Control Judicial del Gasto y Gestión Pública, en la medida en que sus actos definitivamente no pueden considerarse actos judiciales, precisamente porque, y por el contrario, su función es investigar y acusar ante los jueces penales a los particulares que incurran en conductas tipificadas como delitos, por lo cual están sometidos a control judicial. Lo que, de ninguna manera desconoce el carácter de órgano de control, pero con otra connotación y alcance muy diferente del Control Judicial.

En cambio, y, en quinto lugar, sí se hará referencia a la llamada Justicia o Jurisdicción Arbitral, no sólo porque, como se reconoce expresamente en el referido artículo 113 CP, los árbitros, esto es, los particulares, pueden ser habilitados por las partes para proferir fallos en equidad o en derecho; sino –y sobre todo, por el enorme impacto que sus decisiones producen en el gasto público.

1. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Integración. La Corte Constitucional está integrada actualmente por nueve magistrados (art. 44, Ley 270 de 1996), que son elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de ternas presentadas por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (art. 239 CP).

Esta particular forma de integración de la Corte ha sido objeto de intensos debates y críticas, por cuanto rompe con el Principio de Equilibrio entre los poderes públicos, en tanto, de hecho, o más bien, por Derecho, no solo les entrega a los controlados la facultad de elegir a sus controladores, sino que le atribuye al Presidente de la República, ya investido de poderes exorbitantes, la facultad de incidir directamente en la función judicial.

En efecto, es función principal de la Corte Constitucional decidir sobre la constitucionalidad de las leyes y actos reformativos de la Constitución aprobados precisamente por el Congreso de la República del que forma parte el Senado; así como sobre los decretos leyes expedidos por el Presidente, no obstante lo cual este último postula ante ese órgano a tres de sus integrantes, los que, al igual que todos los demás, son finalmente elegidos por el mismo.

De esta manera, además, se quiebra uno de los supuestos de eficacia de cualquier sistema de control: la independencia.

Por otra parte, comoquiera que, para ser elegido magistrado de esta alta Corte, los requisitos son mínimos (básicamente se requiere ser colombiano, abogado (obvio), no haber sido condenado por sentencia judicial, y tener una experiencia profesional o docente de diez años), y que además, injustificadamente la misma norma excluye como requisito, el pertenecer a la carrera judicial (art. 232 CP); ha llevado a que su elección recaiga en personas sin absolutamente ninguna experiencia judicial, o que, en el caso de los postulados

por el Presidente, pasan del Gobierno a la Corte Constitucional sin solución de continuidad, y por tanto, y consecuentemente, a que antes que la defensa del interés general, defiendan el del Gobierno, o el de quienes los postularon para la magistratura³⁹.

Como era de esperarse, esta particular forma de integración de la Corte ha desembocado en la peor crisis institucional de la que se tenga memoria, afectando a toda la Rama Judicial, por las relaciones clientelares que se forman entre miembros de las altas cortes, o entre éstos y el Congreso, o con el Gobierno, desembocando en una nueva propuesta de reforma constitucional, esta vez denominada de equilibrio de poderes, que en vez de una solución estructural y de fondo (eliminando toda injerencia del Ejecutivo y de los partidos políticos mayoritarios o de coalición en el Poder Judicial), simplemente plantea el aumento de la experiencia y edad para ser postulados.

Funciones. El ámbito competencial de la Corte Constitucional es, también, particular del diseño institucional colombiano: un amplísimo ámbito de competencias, que se ha ido ensanchado aún más en virtud de interpretaciones de la propia Corte sobre sus funciones y competencias, lo que lo ha hecho altamente complejo y discrecional, y, en el mejor de los casos, lo ha tornado en ineficiente, pues ha llevado a que el sistema judicial sea proclive al conflicto, en la medida en que virtualmente cualquier persona, sea natural (física) o jurídica, sin necesidad de abogado, pueda demandar, ante cualquier autoridad judicial, cualquier procedimiento o decisión, sea esta administrativa o judicial, por vía de tutela. Veamos:

39 Así se vio, por ejemplo, en el caso de la discusión sobre la constitucionalidad del Acto Legislativo mediante el cual se aprobó la posibilidad de un tercer periodo en la Presidencia, en cabeza de Álvaro Uribe, que finalmente fue declarado inexecutable mediante Sentencia C-141/10, pero con los salvamentos de voto (desacuerdo) de los magistrados Jorge Pretelt y Mauricio González Cuervo, ambos postulados por precisamente por el Presidente Uribe.

Conforme a lo dispuesto en el art. 241 CP, la Corte Constitucional tiene a su cargo “asegurar la integridad y supremacía de la Constitución”, mediante el ejercicio de las siguientes funciones:

1. Decidir las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, únicamente por vicios de procedimiento en su formación.

2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, pero sólo por vicios de procedimiento en su formación.

3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional, en este último caso, únicamente por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que formulen los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno, por su contenido o por vicios de procedimiento en su formación.

6. Decidir sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en la declaración de estado de excepción. (...)

8. Decidir sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

9. Revisar las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.

10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben.

Con respecto a las referidas acciones jurídicas previstas en esta norma, resulta oportuno señalar que, otra de las particularidades del sistema jurídico colombiano es que cualquier ciudadano puede ejercerlas, e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control, en tales procesos, así sean promovidos por otros, al igual que en aquellos para los cuales no existe acción pública (art. 242, numeral 1, CP).

Con base en la normatividad transcrita se puede concluir que la Corte ejerce sus competencias mediante tres modalidades de control⁴⁰:

- **Control Oficioso de Constitucionalidad**⁴¹, que es el que se activa sin necesidad de acción individual concreta, para garantizar la constitucionalidad de determinados actos definidos en la misma Constitución, como sujetos a control, llamado a prevención, dada su importancia o relevancia jurídica: (i) Toda convocatoria a referendo o asamblea constituyente para reformar la Constitución, tanto por vicios de procedimiento en su formación, como por su contenido; (ii) referendos sobre leyes, consultas populares y plebiscitos del orden nacional también por vicios de procedimiento, (iii) proyectos de ley

⁴⁰ Actualmente la competencia de la Corte Constitucional se encuentra regulada en los Decretos Leyes 2067 de 1991, relativo a la revisión de constitucionalidad, y 2591 de 1991 para la acción de tutela, así como por los decretos reglamentarios 306 de 1992 y 1382 de 2000.

⁴¹ Según lo dispuesto en el art. 152 CP, las Leyes Estatutarias tienen por objeto regular a) Los Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; b) La Administración de justicia; c) La Organización y el régimen de los partidos y movimientos políticos, el estatuto de la oposición y las funciones electorales; d) Las Instituciones y mecanismos de participación ciudadana; e) Los Estados de excepción; y, f) La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley, y su aprobación, modificación o derogación se requiere de la mayoría absoluta de los miembros del Congreso, debiendo además efectuarse dentro de una sola legislatura, posterior a la cual se somete su texto a la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, sobre la exequibilidad del proyecto, trámite dentro del cual “Cualquier ciudadano podrá intervenir para defenderla o impugnarla” (art. 153 CP).

De otro lado, las leyes orgánicas tienen por objeto regular a) el ejercicio de la actividad legislativa y del Congreso; b) las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y c) las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales, y requieren, para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara (art. 151 CP).

que hayan sido objetados por el gobierno nacional por inconstitucionalidad, (iv) leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación, y, (v) decretos legislativos que expida el gobierno en estados de excepción.

- **Control rogado de Constitucionalidad** (Acciones de Inconstitucionalidad): En este caso, el control de constitucionalidad se activa a petición de cualquier ciudadano⁴² y procede contra (i) actos reformativos de la Constitución por vicios de procedimiento en su formación, (ii) leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación, (iii) decretos con fuerza de ley expedidos el Presidente, tanto por su contenido material, como por vicios de procedimiento en su formación; y

- **Control de Revisión de las Sentencias de Tutela:** En Colombia, toda sentencia proferida por parte de cualquier juez o magistrado de la República, en desarrollo, o como consecuencia de acciones de amparo que tengan por objeto la protección de Derechos Individuales Fundamentales, señalados como tales en la Carta Política; puede ser objeto de selección, para su revisión final por parte de la Corte Constitucional, que es el llamado órgano de cierre de esta Jurisdicción, aunque tal posibilidad, de hecho, es extremadamente remota.

Así se previó en el artículo 86 CP, en el que se dispuso que “toda persona” tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, “en todo momento y lugar”, y mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por medio de un tercero que actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

⁴² La acción de inconstitucionalidad, de la que está investido todo ciudadano tiene por objeto hacer efectiva la prevalencia de la Carta Política sobre cualquier otra norma ante la Corte Constitucional (artículos 40, numeral 6, y 241 CP).

Según lo dispuesto en la misma norma, el fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el superior del juez que lo profiera, que, en todo caso, lo debe remitir a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Ahora bien; el problema es que, por la manera en que se concibieron los Derechos Fundamentales en la Constitución y el referido mecanismo de amparo, pero también, por las interpretaciones de la misma Corte, con respecto a sus titulares, y a las situaciones susceptibles de este medio de control, concebido originalmente como “excepcional”; su ámbito competencial terminó ensanchándose exponencialmente, de manera que, no solo afecta sus funciones regulares u ordinarias de control jurídico sobre actos del Legislativo y del Ejecutivo, sino el de absolutamente todos los jueces, incidiendo además, en forma no siempre positiva, en la gestión y el gasto públicos.

En efecto, al momento de definir los Derechos Fundamentales merecedores de especial protección, los llamados Constituyentes, se apartaron de la definición universal de los mismos, lo que a la postre incidió en que se incorporaran como objeto de protección, situaciones claramente excluidas, o que, en todo caso, pueden ser objeto de protección por otros medios, y además dieron pie a que se interpretara que a las empresas como sujetos de amparo, contradiciendo notoriamente su naturaleza justamente de Derechos Humanos; como a simple vista puede verse en el siguiente cuadro:

Tabla No. 3 Derechos humanos y derechos fundamentales

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS⁴³	DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA
<p>LIBERTAD</p> <p>ART. 1º—Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.</p>	<p>ARTICULO 11. El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.</p> <p>ARTICULO 12. Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.</p> <p>ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e</p>

⁴³ Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 217 A del 10 de diciembre de 1948, en <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>

IGUALDAD

ART. 2º—1. **Toda persona** tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónoma o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

DERECHO A LA VIDA

ART. 3º—**Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.**

PERSONALIDAD JURÍDICA

ART. 6º—**Todo ser humano** tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

I

IGUALDAD ANTE LA LEY

ART. 7º—Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración contra toda provocación a tal discriminación.

RECURSO ANTE LOS TRIBUNALES

ART. 8º—**Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.**

DETENCIÓN ARBITRARIA

ART. 9º—**Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.**

TRIBUNALES IMPARCIALES

ART. 10.—Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

ARTICULO 14. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

ARTÍCULO 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.

ARTICULO 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.

ARTICULO 21. Se garantiza el derecho a la honra. La ley señalará la forma de su protección.

ARTICULO 22. La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.

ARTICULO 23. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales.

ARTICULO 27. El Estado garantiza las libertades

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

ART. 11.—1. **Toda persona acusada de delito** tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

DERECHO A LA INTIMIDAD

ART. 12.—Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

DERECHO DE ASILO

ART. 14.—1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.

2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

EFFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS

ART. 28.—Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.

LIMITACIONES

ART. 30.—Nada en esta declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o alguna persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.

de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra.

ARTICULO 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

ARTICULO 30. Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el Habeas Corpus, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas.

ARTICULO 31. Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.

El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.

ARTICULO 35. La extradición se podrá solicitar, conceder u ofrecer de acuerdo con los tratados públicos y, en su defecto, con la ley.

La extradición no procederá por delitos políticos.

No procederá la extradición cuando se trate de hechos cometidos con anterioridad a la promulgación de la presente norma.

ARTICULO 41. En todas las instituciones de

	educación, oficiales o privadas, serán obligatorios el estudio de la Constitución y la Instrucción Cívica. Así mismo se fomentarán prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación ciudadana. El Estado divulgará la Constitución.
--	--

Fuente: Elaboración propia

Es evidente que la definición de Derechos Fundamentales que se incluyó en el texto constitucional de 1991, excedió ampliamente la de los Derechos Humanos de la Declaración Universal, no sólo en número (30 versus 41)⁴⁴, sino en cuanto a las situaciones objeto de protección, al incluir como tales, Derechos que, o no son predicables de los individuos (Derecho a la Paz; Derecho de los Estados a solicitar o conceder la extradición; obligación de enseñar y difundir la Constitución), o no se avienen con la naturaleza y concepción liberal clásica de Derechos Humanos (Derecho de Petición; Libertad de Cátedra, de Enseñanza, de Investigación (?) y de aprendizaje (?); Derecho a la Apelación de Toda Sentencia; Derecho a no ser extraditado por razones políticas).

Es igualmente evidente que, al haberse previsto una gama tan amplia de Derechos como fundamentales y, por tanto, de objeto de protección constitucional, por vía de tutela; este mecanismo excepcional estaba llamado, en principio, a mutar en regular u ordinario.

Pero ese ámbito, amplísimo en su concepción original, fue ampliado aún más por la misma Corte, a partir de su propia interpretación de la Carta Política, vertida en diversas sentencias, tanto de Control de Constitucionalidad, que corresponden a su ejercicio ordinario, como de Revisión de Tutelas, mediante las cuales gradualmente tomó determinaciones de enorme impacto institucional, y -como se vería posteriormente-, pero también fiscal, al pronunciarse con respecto a los sujetos y objeto de protección constitucional, como se evidencia del análisis de sus textos. Veamos:

⁴⁴ En España, 16.

Sentencia T-441 de 1992

Mediante esta sentencia de revisión, una de las primeras en vigencia de la nueva Carta Política; la Corte, o, más exactamente, una de sus salas de revisión, integrada por tres magistrados, determinó, a partir de una interpretación estrictamente gramatical del art. 86 CP ⁴⁵, en primer lugar, que, como en esa norma no se distinguió, para efectos de definir los titulares de la acción, entre persona natural y jurídica, sino que genéricamente se señaló que “toda persona” tiene ese Derecho, se debía inferir que estas también son titulares de ese mecanismo excepcional de protección; por lo cual, en la medida en que esa acción está destinada al amparo de Derechos Fundamentales, había que concluir, en segundo lugar, que también las Personas Jurídicas son titulares de Derechos Fundamentales; entre ellos, y para el caso concreto objeto de la decisión, el Derecho al Debido Proceso.

Esto, por cuanto al estar relacionado como Derecho fundamental para “toda persona”, ya no estaría restringido, como hasta entonces se había concebido universalmente, estrictamente para los procesos penales, judiciales o administrativos, en los que pudieran verse conculcados sus Derechos Humanos (principalmente a la vida, integridad física y audiencia), sino que sería predicable de “toda clase de actuaciones judiciales (sic) y administrativas” (art. 29 CP).

El razonamiento de la Corte fue:

“Para los efectos relacionados con la titularidad de la acción de tutela se debe entender que existen derechos fundamentales que se predicán exclusivamente de la persona humana, como el derecho a la vida y la exclusión de la pena de muerte (artículo 11); prohibición de desaparición forzada, torturas, tratos o penas

⁴⁵ Mediante el cual se dispuso que “**Toda persona** tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales”.

crueles, inhumanos o degradantes (artículo 12); el derecho a la intimidad familiar (artículo 15); entre otros.

Pero otros derechos ya no son exclusivos de los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses comunes.

En consecuencia, en principio, es necesario tutelar los derechos constitucionales fundamentales de las personas jurídicas, no per se, sino en tanto que vehículo para garantizar los derechos constitucionales fundamentales de las personas naturales, en cada caso concreto, a criterio razonable del Juez de Tutela.

Otros derechos constitucionales fundamentales, sin embargo, las personas jurídicas los poseen directamente: es el caso de la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada (artículo 15 de la Constitución), el debido proceso (artículo 29) o la libertad de asociación sindical (artículo 38), entre otros”.

De esta manera, mediante una única Sentencia de Tutela, se determinó, no sólo que las Personas Jurídicas pueden ser sujetos de especial protección constitucional de sus Derechos por vía de tutela, sino que, debido a ello “pueden ser titulares, de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la inviolabilidad de domicilio y de correspondencia, a la libertad de asociación, a la inviolabilidad de los documentos y papeles privados, al acceso a la administración de justicia, al derecho a la información, al habeas data y al derecho al buen nombre, entre otros, que son susceptibles de ser protegidos

en cabeza de una persona jurídica, a condición de que en la relación jurídica concreta que origina la tutela tengan la condición de titulares de esos derechos”⁴⁶.

Pero además se decidió otro aspecto fundamental para la ampliación del ámbito competencial de la Jurisdicción Constitucional: que el Derecho Fundamental al Debido Proceso no solo es exigible por parte de individuos sujetos a procesos punitivos que se surtan por vía judicial o administrativa⁴⁷; sino que es aplicable también a las Personas Jurídicas.

Esta última interpretación gramatical llevaría a una nueva ampliación del ámbito competencial de la Jurisdicción Constitucional, al interpretarse, por parte de la Corte que, como en el artículo 29 CP se dispuso que “El Derecho al Debido Proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”⁴⁸, la posibilidad de interponer acciones de tutela invocando la violación del Derecho al Debido Proceso, predicable a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas, conllevaba la posibilidad de radicar acciones de tutela contra toda sentencia judicial, aunque estas fuesen de órganos de cierre de sus respectivas jurisdicciones.

Sentencias T-006 de 1992 y C-543 de 1992

En la primera de las sentencias se partió del análisis de las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, para concluir que, en la medida en que el recurso de amparo se concibió contra “cualquier autoridad pública”, debía necesariamente inferirse que este es procedente contra providencias judiciales.

⁴⁶ Sentencias T- 441 de 1992, MP Alejandro Martínez Caballero, Expediente N° T-1.378 y SU- 182 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.

⁴⁷ Para llegar a semejante conclusión, pareciera que sólo se tuvo en cuenta el literal primero del art. 29 CP, y no los restantes incisos, todos referidos expresamente a asuntos penales.

⁴⁸ Nuevamente, la lectura integral de la norma, inclusive, en su redacción a la colombiana, indica que se previó en materia punitiva.

Este mismo criterio sería posteriormente confirmado en la Sentencia C- 543 de 1992, cuyo objeto fue decidir la demanda de inexecutable contra los artículos 11, 12 y 40 del Decreto ley 2591 de 1991, mediante el cual se reglamentó la Acción de Tutela, en ejercicio de facultades legislativas transitorias dispuestas en la CP; aunque de una manera muy particular, por cuanto, si bien la Corte declaró tajantemente inexecutable la norma que permitía la tutela contra providencias judiciales, dejó abierta la posibilidad, no obstante, de que se acudiera a ella, pero sólo “excepcionalmente”. Dijo la Corte:

“Nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo, que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe contra los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual si está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente. En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia” [subrayas al margen del texto original].

Esto, a pesar de que previamente la misma Corte había señalado lo siguiente:

“En todos los modelos conocidos de justicia constitucional prevalecen las nociones de seguridad y certeza en las relaciones jurídicas de los asociados y los mecanismos que se establecen en el sentido expresado, son específicos, directos, subjetivos y concretos, regulados de manera precisa, con el solo fin de preservar

la vigencia de la Constitución en las controversias judiciales, respetando la unidad y la coherencia de las jurisdicciones e instituyendo las reglas orientadas a regir de manera cierta las posibilidades de revisión.

Es inadmisibles en el derecho comparado, la existencia de estructuras judiciales paralelas, transversales y contradictorias como la que entre nosotros han pretendido introducir los artículos demandados”.

Posteriormente, la Corte, mediante Sentencia de Revisión de Tutelas T-100/98, admite explícitamente la revisión de las decisiones judiciales cuando éstas se constituyan en vías de hecho, o “apariencias de providencias judiciales que vulneran los derechos básicos de las personas”.

De esta manera se llega al actual concepto del ámbito competencial de la Jurisdicción Constitucional colombiana: cualquier persona, natural o jurídica, puede solicitar, ante cualquier juez, de cualquier parte del país, que se revise cualquier actuación de cualquier autoridad, inclusive, aunque estas ya hayan sido objeto de pronunciamiento judicial, aún por parte de los órganos de cierre de la jurisdicción a los que estén sujetos, siempre que considere que no se cumplieron a cabalidad la totalidad de las formalidades procesales previstas para su desarrollo, o que sus derechos no fueron reconocidos en la forma pretendida.

En cuanto a la gestión y el gasto públicos, estas decisiones tendrían un enorme impacto, en la medida en que conllevaron, en la práctica, a que cualquier decisión u omisión, real o pretendida, de las autoridades administrativas, e inclusive, sentencias que tuviesen que ver con tales y acciones u omisiones, pudieran ser objeto de revisión o pronunciamiento de parte de cualquier juez del país, desquiciando en la práctica su orden jurídico.

El resultado obvio es que, este medio de acción, que formalmente tiene una naturaleza excepcional, terminó convertido en ordinario⁴⁹, llevando a la Constitucionalización de todo conflicto, pues, como en una suerte de juego de apuestas, todo particular aspira a que algún juez, en algún momento, en algún lugar, sentencie en favor de su interés personal, congestionando todo el aparato judicial, e incidiendo en su eficacia, amén de propiciar un ambiente de litigiosidad y conflicto permanente.

Esto ha desembocado en un sistema proclive al litigio. Un sistema judicial en el que se tiende a escalar todo conflicto hasta las máximas autoridades judiciales, y a que se revise toda decisión, administrativa o judicial, mediante un proceso paralelo al ordinario, en el que se repetirá, nuevamente en dos instancias, y eventualmente en la de revisión, el proceso ya culminado.

Esto, sin tener en cuenta sus dos más graves efectos para la institucionalidad: la desinstitucionalización de la justicia, que se deriva de la posibilidad, avalada por la misma Corte, encargada de velar por la supremacía de la Carta, de que jueces de inferior rango jerárquico, o de una jurisdicción o especialidad diferente, terminen, mediante un procedimiento breve y sumario, anulando sentencias de otros jueces, incluso de rango superior, que pueden haberse tardado años antes de decidirse; o que terminen ordenando gasto público sin los controles a los que están sujetos los demás ordenadores de gasto⁵⁰.

⁴⁹ Durante 2013 fueron radicadas 454.000 acciones de tutela, en las que “el derecho de petición se constituyó como el derecho fundamental más invocado (48,1% de las tutelas), seguido del derecho a la salud (25,3%), otros derechos económicos, sociales y culturales (15,8%), vida digna y dignidad humana (13, 6%) y seguridad social (11%)”, según la Defensoría del Pueblo, en www.defensoria.gov.co.

⁵⁰ La Corte únicamente tiene capacidad para seleccionar sesenta tutelas al mes, lo que representa menos del 1% del total de las sentencias de tutela, con lo cual el órgano de cierre de la Jurisdicción Constitucional solo lo es para ese reducido porcentaje (<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Tramite-Seleccion.php>).

Si la institucionalidad supone el ejercicio riguroso y desobjetivado de las competencias, es claro que esta postura la contradice abiertamente. No sólo con respecto a los demás órganos jurisdiccionales, sino a otros del poder público.

Como lo indican (Botero Marino, 2006), “Desde el primer momento, esta decisión generó divisiones dentro de la misma Corte y produjo enfrentamientos con los demás altos tribunales” Inclusive, enfrentamientos dentro de la misma Corte Constitucional⁵¹.

Peor aún. Ha llevado a que la Corte asuma funciones reservadas a otras ramas u órganos del poder público, con lo cual ha terminado convertida, literalmente, en juez y parte, desinstitucionalizándolos en nombre de la defensa de la institucionalidad: “La doctrina de la separación de poderes ha variado sustancialmente en relación con la formulación inicial. Aquello que en un principio tenía como punto esencial la separación de los órganos, cada uno de ellos depositario de funciones bien delimitadas, ha pasado a ser, en la democracia constitucional actual, una separación de ámbitos funcionales dotados de un control activo entre ellos. Lo dicho está en acuerdo, además, con una interpretación contemporánea de la separación de los poderes, a partir de la cual el juez pueda convertirse en un instrumento de presión frente al legislador, de tal manera que este, si no desea ver su espacio de decisión invadido por otros órganos, adopte las responsabilidades de desarrollo

⁵¹ Botero y Jaramillo, describen muy bien la génesis de este tortuoso proceso: “La primera sentencia en este sentido fue la T-006 de 1992, en la cual la Corte conoció en revisión sobre una acción de tutela presentada contra una sentencia dictada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. La tutela había sido conocida inicialmente por la Sala de Casación Civil, la cual la denegó con los argumentos de que esta acción no procedía contra providencias judiciales ejecutoriadas y de que la Sala no era competente para juzgar sobre las sentencias de las demás Salas. Incluso, la Sala consideró que los mencionados arts. 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991 era inconstitucionales y procedió a inaplicarlos, por vía de excepción. En esa ocasión, la Corte Constitucional, en decisión dividida, procedió a refutar los argumentos de la Sala de Casación Civil y a fundamentar constitucionalmente la existencia de la tutela contra sentencias judiciales. Por lo tanto, decidió revocar la sentencia y le ordenó a la Sala de Casación Civil que dictara un fallo de fondo sobre la demanda de tutela. Las divergencias alrededor de la tutela contra sentencias continuaron dentro de la misma Corte Constitucional hasta que se expidió la primera sentencia de constitucionalidad sobre el punto, la sentencia C-543 de 2002. Esta sentencia decidió que eran inconstitucionales los ya mencionados artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991.8 En la sentencia se manifestó que la tutela no había sido concebida para impugnar decisiones judiciales y que la tutela contra sentencias vulneraba los principios de la cosa juzgada y la seguridad jurídica, y el de la autonomía funcional del juez”.

legal que le corresponden y expida las normas del caso. Este contrapeso de poderes, que emergen de la dinámica institucional, es la mejor garantía de la protección efectiva de los derechos de los asociados” (Sentencia T-406 de 1992.).

En el caso de Colombia, resulta además, de particular importancia, señalar los efectos que fueron previstos para las decisiones de la Corte, tanto en ejercicio de su control jurídico de constitucionalidad sobre la normatividad expedida por el Congreso o el Presidente, como de su control sobre las sentencias de amparo (tutela), especialmente en la medida en que impliquen gasto público, porque, como suele suceder en el país, una cosa es lo que dicen los textos jurídicos al respecto, y otra lo que sucede en la práctica.

Con respecto a los efectos de las sentencias que profiera la Corte Constitucional como resultado del examen de normas de rango legal, bien sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, se previó que tendrían efectos erga omnes y hacia el futuro, “a menos que la Corte resuelva lo contrario” (Art. 45, Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia).

En cuanto a las decisiones judiciales proferidas en ejercicio de su función de revisión discrecional de los fallos de tutela, se previó que tendrían carácter obligatorio únicamente para las partes (efectos *inter partes*) (art 48, Ley 270 de 1996).

Así, la Corte Constitucional ha terminado ejecutando, además de sus funciones judiciales regulares de control de constitucionalidad de las leyes expedidas por el Congreso y de los decretos del ejecutivo de igual jerarquía, o, sobre actos de carácter general, abstracto o impersonal; la de ordenación de gastos, cuando asume el control de actos particulares o concretos por vía de revisión de sentencias de tutela, e inclusive, de determinadora de políticas públicas, usurpando las competencias del Ejecutivo y del

Congreso en esa materia (Kugler & Rosental, 2000: 4), sin que, con respecto a estas últimas, sea a su vez, objeto de control o responsable, institucional ni políticamente.

Así, ha terminado desnaturalizándose el carácter objetivo de este nivel de control, cuyo marco debe ser la normatividad constitucional y legal vigente, mutando a un control subjetivo y discrecional, cuando no marcadamente político, explicable, al menos parcialmente, por el origen y vinculación de su designación con la clase política que representan el Presidente y los partidos que conforman las colaciones para garantizar la gobernabilidad.

Esta circunstancia, además, se ve reflejada el sesgo decisorio de sus fallos, más propios de una visión mediada por lo político que por lo jurídico, que se expresa como una tendencia a sentenciar a favor del reconocimiento y amparo de los Derechos Individuales, a la vez que a negar las acciones de control que comprometan las finanzas del Gobierno, con lo cual este medio de control deja de cumplir su papel de freno con respecto al poder del Gobierno.

2. JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2.1 Conformación y Funciones

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, conformada por el Consejo de Estado, a la cabeza, los Tribunales Administrativos Departamentales, y los juzgados administrativos de circuito, tiene a su cargo la función de decidir las demandas y acciones derivadas de las acciones y omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas.

Está llamada a desempeñar un papel importantísimo en materia de ingresos públicos, que a su vez se constituyen en el supuesto fáctico del gasto público, por la doble

vía de la revisión de los actos generales impersonales y abstractos; esto es, de la normatividad fiscal, especialmente la tributaria, que incide directamente en el recaudo, pero también en los actos oficiales de determinación o liquidación de impuestos de las administraciones tributarias.

Por tanto, como lo señala el profesor Lago (2002:137) este control resulta decisivo para equilibrar y “construir las relaciones ciudadano contribuyente-administración financiera y tributaria como relaciones jurídicas y jurídico-administrativas, en régimen de derecho público, que es un derecho de prerrogativas, en aras al interés público que acciona la administración actuante, prerrogativas que hay que circunscribir a lo imprescindible, a lo estrictamente necesario para que no se conviertan en inmunidades arbitrarias”, sobre todo por las enormes limitaciones prácticas del privilegio de la decisión previa, como también lo señala Lago: “Cuando se aduce que el recurso administrativo previo y obligatorio no es más que una garantía del administrado no se sabe muy bien si se está haciendo uso del cinismo, de una bondadosa ingenuidad o de un gran desconocimiento del funcionamiento real de la revisión administrativa.

En Colombia opera también este requisito previo y obligatorio de procedibilidad de la acción contencioso administrativa, mediante la cual se obliga al ciudadano contribuyente a agotar la denominada vía gubernativa antes de intentar la demanda de actos de las administraciones tributarias ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mediante el ejercicio, principalmente, del recurso de reconsideración, que también es especial y particular de este tipo de sujetos públicos, y que se diferencia de los recursos ordinarios de reposición y apelación, en la medida en que no se surte ni decide ante el mismo funcionario que tomó la decisión, ni ante su superior jerárquico, sino por parte de una dependencia facultada para el efecto: la Oficina Jurídica.

No obstante, la Ley 223 de 1995 introdujo una importante modificación a esta figura al establecer la posibilidad de demanda directa ante esa jurisdicción; esto es, sin el agotamiento de la vía gubernativa, en los casos en que se hubiere “atendido en debida forma” el requerimiento especial (exclusivo de los procesos oficiales de revisión).

Igualmente nos parece equilibrada la figura del silencio administrativo positivo (ficto o presunto) previsto en el artículo 734 del Estatuto Tributario, para el caso en el que habiéndose interpuesto oportunamente los recursos de reposición o reconsideración, no se resuelvan en e término de un año.

2.1.1 Consejo de Estado

Integración. El Consejo de Estado, inspirado en el Consejo de Estado francés, es el máximo órgano u órgano de cierre, de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y está actualmente (art 9, Ley 1285 de 2009) integrado por 31 magistrados, elegidos por la misma corporación para períodos individuales de ocho años, de listas enviadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, integradas por al menos cinco candidatos, cuyos miembros son a su vez elegidos por el mismo Consejo de Estado (tres magistrados), la Corte Suprema de Justicia (dos magistrados) y la Corte Constitucional (un magistrado).

La segunda particularidad del diseño institucional colombiano, de esta jurisdicción, consiste en que el Consejo de Estado se divide en dos secciones que se integran en “salas”: la primera, esto es, la Sala de lo Contencioso Administrativo, tiene a su cargo funciones propiamente judiciales, que se concretan mediante sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada, y está subdividida, a su vez, en cinco secciones (en razón a la naturaleza judicial de los actos o asuntos sometidos a su decisión o control jurídico):

La Sección Primera está integrada por cuatro consejeros, y tiene competencia residual para conocer de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho que no sean de competencia de las otras secciones, entre ellos, la revisión integral (de fondo y formal) de los actos de atribución de responsabilidad fiscal que, en segunda instancia lleguen a su conocimiento.

La Sección Segunda está integrada por seis consejeros, divididos en dos subsecciones (A y B), cada una con tres magistrados, a cargo de decidir demandas relativas a derechos laborales a través de acciones de nulidad (contra actos de carácter general o normativo) y de nulidad y restablecimiento del derecho (actos de carácter particular y concreto), así como de los recursos extraordinarios de revisión contra las sentencias proferidas por los tribunales administrativos en única instancia.

La Sección Tercera está integrada por nueve consejeros, divididos en tres subsecciones, y tiene a su cargo la decisión de demandas relacionadas con la responsabilidad administrativa derivada de los contratos estatales, o sobre la responsabilidad extracontractual del Estado (principalmente hechos de la fuerza pública), asuntos agrarios, mineros y petroleros.

La Sección Cuarta está integrada por cuatro consejeros y tiene a su cargo la decisión de las demandas relacionadas con tributos (impuestos, tasas y contribuciones), esto es, tanto de aquellas cuyo objeto es la revisión legal de la normatividad nacional, departamental o local que los regula (acciones de nulidad), como de los actos de carácter particular y concreto (acciones de nulidad y restablecimiento del derecho) de las administraciones tributarias.

Finalmente, la Sección Quinta, o Sala de Asuntos Electorales, está integrada por cuatro consejeros, cuya función es decidir las acciones de nulidad y de nulidad y

restablecimiento del derecho contra los actos electorales y de nombramiento de funcionarios.

La otra Sala es la Sala de Consulta y Servicio Civil, que, no obstante ser parte de un órgano judicial, está llamada a servir de cuerpo consultivo y asesor del Gobierno Nacional, a pesar de lo cual, sus integrantes ostentan la calidad de magistrados, aunque estos se expresen, no mediante fallos o sentencias, sino a través de conceptos, u opiniones, que por serlo, no son obligatorios para el Gobierno, sino que apenas constituyen una interpretación del asunto sometido a su concepto.

Esta Sala no parece tener actualmente ninguna justificación desde un punto de vista de racionalidad institucional, no sólo por su elevado costo de funcionamiento, sino porque actualmente el Estado colombiano, como otros en el mundo, cuenta con una amplísima gama de órganos consultivos, aparte de aquellos con los que cuenta cada uno de los ministerios, y de la posibilidad de contratar profesionales destacados, especialmente visto que sus opiniones no son obligatorias para el Gobierno. Además, supone la desnaturalización de la función jurisdiccional al atribuirle carácter asesor al Gobierno de turno.

En todo caso, actualmente está previsto que las dos salas conforman la Sala Plena integrada por todos los consejeros, una de cuyas funciones es la de “Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional” (art. 237 de CP), con lo cual, no sólo se desconoce ese carácter consultivo de la referida sección, sino que se le atribuye a la Sala Plena una atribución que en términos de racionalidad institucional, únicamente debería ejercer la Corte Constitucional: la facultad de interpretación judicial de la Constitución.

En contraste, en España el Tribunal Constitucional es el único y supremo intérprete de la Constitución, lo cual evita los llamados “choques” con las otras altas cortes. Un ejemplo a seguir.

2.1.2. Tribunales Administrativos

A nivel subnacional, los tribunales administrativos de distrito judicial (que no necesariamente coinciden con las jurisdicciones de los departamentos) están integrados por un mínimo de tres magistrados que están llamados a conocer de los mismos asuntos que el Consejo de Estado (contractuales, laborales, tributarios, etc.), en primera o segunda instancia (dependiendo de las partes, naturaleza o cuantía del litigio).

Adicionalmente, dichos tribunales tienen a su cargo, de manera similar a su superior jerárquico, el Consejo de Estado, una delicada y controvertida función, cual es la de postular a uno de tres candidatos (art. 41 Ley 270 de 1996) para desempeñar el cargo de Contralor Departamental o Municipal, es decir, de quienes han de vigilar el uso de los recursos públicos en ese nivel territorial, lo que conlleva el riesgo de su clientelización.

2.1.3. Los Juzgados Administrativos

Mediante la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (art 42, Ley 270 de 1996) se dispuso la creación de los juzgados administrativos, cuya finalidad fue la de ayudar a resolver la congestión de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para lo cual se delegó en la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura la determinación de su número y características.

Posteriormente, mediante la Ley 446 de 1998 les fueron asignadas competencias en única y primera instancia, básicamente en razón de su cuantía. Con la expedición de la Ley 1437 de 2011 (arts. 154 y 155), les fueron asignadas, entre otras, las siguientes funciones:

En única instancia:

1. Del recurso de insistencia en la solicitudes de documentos ante la administración, cuando esta alegue estar amparado por reserva, siempre que la negativa provenga de funcionario o autoridad del orden municipal o distrital.

2. De las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, que carezcan de cuantía, mediante las cuales se controviertan sanciones disciplinarias administrativas distintas de aquellas que conlleven el retiro temporal o definitivo del servicio, impuestas por las autoridades municipales.

En primera instancia:

1. De las acciones de nulidad contra los actos administrativos proferidos por funcionarios u organismos del orden distrital y municipal, o por las personas privadas sujetas a este régimen del mismo orden cuando cumplan funciones administrativas.

2. De las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, mediante los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

3. De las acciones de nulidad y restablecimiento contra actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

4. De los procesos que se promuevan sobre el monto, distribución o asignación de impuestos, contribuciones y tasas nacionales, departamentales, municipales o distritales, cuando la cuantía no exceda de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

5. De los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública, siempre que la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

6. De los de reparación directa, incluyendo aquellos que se deriven de la acción u omisión de los agentes judiciales, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

7. De los procesos ejecutivos, cuando la cuantía no exceda de mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

8. De las acciones de repetición que las entidades previamente condenadas ejerzan contra sus servidores o ex servidores públicos o personas privadas que cumplan funciones públicas, incluidos los agentes judiciales, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes y cuya competencia no estuviere asignada al Consejo de Estado en única instancia.

9. De la nulidad de los actos de elección, distintos de los de voto popular, que no tengan asignada otra competencia y de actos de nombramiento efectuados por autoridades del orden municipal, en municipios con menos de setenta mil (70.000) habitantes que no sean capital de departamento. El número de habitantes se acreditará con la información oficial del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas – DANE –.

10. De los relativos a la protección de derechos e intereses colectivos, reparación de daños causados a un grupo y de cumplimiento, contra las autoridades de los niveles departamental, distrital, municipal o local o las personas privadas que dentro de esos mismos ámbitos desempeñen funciones administrativas.

Es de resaltar que, en el caso de los Juzgados Administrativos, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, cabeza de la jurisdicción contencioso

administrativa, y por tanto, interesada en su implementación⁵², a instancias de una Acción Popular instaurada para el efecto, decidió amparar el derecho e interés colectivo a ‘la prestación eficiente y oportuna de la administración de justicia’, ordenándole consecuentemente a la Presidencia de la República y al Ministro de Hacienda y Crédito Público (Gobierno Nacional), que incluyera en la Ley de Presupuesto de la vigencia fiscal del año 2003, una partida presupuestal para atender los gastos de personal y funcionamiento de los Juzgados Administrativos; y al Consejo Superior de la Judicatura, realizar los ajustes presupuestales correspondientes, y un concurso de méritos para la provisión de los cargos de jueces administrativos indicados.

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, cuya más alta instancia u órgano de cierre, es el Consejo de Estado, ejerce control jurídico sobre los actos administrativos, esto es, sobre expresiones de voluntad de las administraciones públicas, tanto de contenido general, impersonal o abstracto, que se concretan en general mediante normas, como de aquellos de carácter particular y concreto, bien sean unilaterales o bilaterales, así como sobre los hechos, omisiones y operaciones de los que se deriven efectos jurídicos (art.104 del CPACA), los cuales, en principio, tienen además incidencia fiscal. Esto es, afectan los ingresos o gastos públicos. Dicho control se verifica mediante el desarrollo de diferentes tipos de acción, ahora llamados medios de control:

⁵² CONSEJO DE ESTADO – Sección Segunda-Subsección “A”, Sentencia AP-503 del 18 de julio de 2.002, C.P.: Dra. Ana Margarita Olaya Forero – Demandante: Luis Alfonso Acevedo Prada y Otros.

2.2. Medios de Control de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

2.2.1. Control de actos generales, impersonales y abstractos (normativos)- La Acción de Nulidad

Conforme a lo dispuesto en el artículo 137 CPACA, “Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general”.

La misma norma establece que esta acción “Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió”; redacción que parece entrañar una contradicción general, impersonal o abstracta de los actos contra los cuales está prevista, pues, no se ve cómo sería posible su expedición desconociendo el derecho de audiencia o de defensa.

De otro lado, esta disposición también enuncia los casos en los cuales éste mismo tipo de acción puede ejercitarse contra actos de contenido particular:

1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.
2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público.
3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.
4. Cuando la ley lo consagre expresamente.

2.2.2. Acciones de Control de actos de carácter particular y concreto

2.2.2.1. *Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho*

Son titulares de esta acción, todas las personas que se crean lesionadas en un derecho subjetivo amparado por una norma jurídica, individualmente o en grupo, para que, además de la declaratoria de nulidad, total o parcial del acto, se les repare el daño sufrido que se derive del mismo. Las causales son las mismas previstas para la acción de nulidad, pero la gran diferencia procedimental es que su ejercicio caduca a los cuatro meses de notificado o publicado el acto.

En general, es la acción que procede contra la mayoría de expresiones unilaterales de la administración que tienen contenido económico: resoluciones sancionatorias, actos de vinculación o desvinculación de la administración, liquidación y cobro de tributos, etc.

Este mismo tipo de acción es la que procede para determinar la legalidad de los actos de los llamados organismos autónomos de control (CGR, Contralorías Territoriales y Procuraduría General de la Nación), paradójicamente, una vez se agote en su contra, la Vía Gubernativa, como requisito de procedibilidad de esa acción.

2.2.2.2. *Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra actos de atribución de responsabilidad fiscal por parte de la CGR.*

Si bien la CP establece que la CGR es un órgano de control autónomo⁵³ (en la medida en que no hace parte, ni está bajo la tutela o control directo del Ejecutivo, ni del Legislativo); sus actuaciones, y más específicamente, aquellas mediante las cuales se atribuye responsabilidad fiscal derivada de una gestión de recursos públicos, se encuentran sujetas al Control de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, (i) por corresponder

⁵³ Y con ella, por asimilación, dentro del ámbito de sus competencias, las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales, y la Auditoría General de la República.

a expresiones de un ente público; (ii) que no hace parte de la Rama Judicial, ni profiere decisiones jurisdiccionales, y, por tanto (iii) no hacen tránsito a cosa juzgada, con lo cual (iv) están sometidas a control judicial como garantía del Derecho Constitucional al Debido Proceso (art 23 CP), (iv) mediante la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho (art. 138 CPACA).

Esto en el caso en que medie la actuación de la Contraloría, o de cualquier otro órgano de control fiscal, que termine con una decisión de fondo en la que se responsabilice a un gestor público por la pérdida o afectación del patrimonio público.

Este diseño implica necesariamente un nuevo enjuiciamiento, muchas veces, en dos instancias (Tribunales Administrativos de Distrito Judicial y Consejo de Estado), pero en sede judicial⁵⁴, cuyo objeto es revisar la legalidad objetiva del procedimiento de atribución de esa responsabilidad, que equivocadamente se denomina comúnmente “juicio” fiscal, sin serlo, y se suele tramitar también en “dos” instancias, con todas las garantías y ritualidades propias de un proceso judicial (la Ley 1474 de 2011, mal llamada Estatuto Anticorrupción, contribuyó notoriamente a aumentar la confusión sobre la naturaleza de este procedimiento al implementar una exótica especie de “tribunales” en sus gerencias departamentales, cuyo integrantes, por orden de la entonces Contralora, se disfrazaban de jueces, con togas, para desarrollar esos procesos en dos “instancias”).

Esta ambigüedad del modelo, que se debate entre su naturaleza administrativa, y la pretendidamente judicial, que algunas de sus cabezas, especialmente los abogados, han querido atribuirle, más por ignorancia que con fundamento, ha afectado seriamente la efectividad del proceso de atribución, pues es apenas evidente que las actuaciones administrativas obedecen a una lógica y tiempos muy diferentes a las jurisdiccionales (las

⁵⁴ Que son adicionales a las dos instancias en las que regularmente se tramitan los PRF ante las EFSs.

administrativas suelen ser mucho más expeditas y menos formales, precisamente en razón de que son sujetas a la revisión de legalidad posterior).

Esta falta de identidad funcional deriva directamente del diseño y modelo institucional de la función pública del Control Fiscal, que, como se vio en el capítulo anterior, radica en la EFS, tanto la función de auditar externamente la gestión pública, como la determinar la responsabilidad que se derive de ella, pero con un carácter estrictamente patrimonial, y no sancionatorio o punitivo, a través de un proceso cuasi judicial (Ley 42 de 1993 y 1474 de 2011), no obstante lo cual, los tales actos en esa materia, no hacen tránsito a cosa juzgada.

Curiosamente, el mismo diseño institucional que le niega el carácter jurisdiccional a los actos de atribución de responsabilidad fiscal que profiera la Controlaría, definida expresamente como un organismo autónomo de rango institucional similar o igual al de los demás órganos, según su arquitectura institucional; sí se la otorga a los actos de las superintendencias, que son, también por disposición constitucional, parte del Gobierno Nacional (art. 116), lo que, nuevamente, no resulta lógico ni consecuente con su pregonada autonomía.

En todo caso, tampoco resulta racional que un juicio que se desarrolla en dos “instancias” (y aquí un necesario paréntesis: lo que en la Ley 1474 de 2011 se denomina equivocadamente segunda instancia, corresponde en realidad al trámite del recurso de apelación contra el acto administrativo o de “naturaleza” administrativa, de atribución de responsabilidad. Trámite que, como se sabe, no constituye una extensión de dicho procedimiento de atribución de responsabilidad, ya culminado con la expedición de ese acto de atribución, sino un mecanismo de revisión, en sede administrativa, de la legalidad de esa actuación), se repita, nuevamente en otras dos (estas sí) instancias, en sede judicial,

mediante las cuales se revisa la legalidad de esa actuación, por lo cual es esta la que decide, en la práctica y por Derecho, si el funcionario es responsable o no, y no la Contraloría.

Eso no tiene ni lógica ni razón de ser. O lo hace la EFS, o lo hacen los jueces, pero no los dos.

2.2.2.3. Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra actos de atribución de responsabilidad disciplinaria de la PGN.

En forma similar a lo que ocurre con los actos de la EFS y demás órganos constitucionales de control fiscal externo, esta acción procede, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para determinar la legalidad de los actos de atribución de responsabilidad disciplinaria, aunque también deriven de una gestión fiscal, y por lo tanto hayan sido objeto de un acto de atribución o exoneración de ese tipo de responsabilidad, o inclusive, si exactamente la misma gestión fue objeto de decisión de la justicia penal, absolviéndolo o condenándolo.

Por tanto, mediante esta acción, es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la que al revisar la legalidad de los actos de atribución de responsabilidad fiscal, por parte de la PGN, o de las mismas entidades administrativas, es la que en últimas tiene en Derecho esa atribución en forma definitiva, no obstante haberse definido dicho órgano como igualmente “autónomo” en la CP.

Esta situación revela una nueva redundancia institucional, puesto que conlleva a que el proceso de atribución de responsabilidad disciplinaria, se repita nuevamente, en otras dos “instancias”, lo que evidentemente no resulta racional desde ningún punto de vista.

Con un agravante: por su forma de elección, el control disciplinario ha derivado en político, como se puso en evidencia en las últimas administraciones de ese ente de control disciplinario, en especial, con los procesos sancionatorios contra políticos contrarios al

interés también político o inclusive ideológico de su máximo representante, que posteriormente fueron anulados, con todo el desgaste económico, político, institucional y de legitimidad que esto conllevó.

2.2.2.4. Acción de Nulidad de las cartas de naturaleza y de las resoluciones de autorización de inscripción de ciudadanía. (art 147, CPACA)

Esta acción puede ser ejercitada por cualquier persona para que se declare la nulidad de las cartas de naturalización y de resoluciones de autorización de inscripción como ciudadanos colombianos.

2.2.3. Acción Contractual o de Controversias contractuales (art. 141 CPACA).

Procede contra los actos bilaterales de la administración, para que se reconozca la existencia del contrato o su nulidad, se ordene su revisión, se declare su incumplimiento, o liquidación, y para que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios.

2.2.4. Acción de Reparación Directa (art. 140 CPACA)

Toda persona que se crea afectada, por un daño antijurídico que se derive de un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de su inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública; puede pedir que se le repare el daño.

Las entidades públicas son titulares de la misma acción cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

2.2.5. Acción de Repetición (art. 142 CPACA)

La redacción del nuevo artículo 142 del CPACA integra en una misma norma dos tipos de acciones que, hasta su expedición, se habían reglado en forma separada. En primer lugar, la Acción de Repetición propiamente dicha, que estaba, como ahora, prevista para que las entidades estatales puedan acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso

Administrativo con el fin de recuperar lo pagado, en los casos de resarcimiento de un daño derivado de una conducta dolosa o gravemente culposa de un servidor o ex servidor público, o de un particular en ejercicio de funciones públicas.

En segundo lugar, según el nuevo texto, “La pretensión de repetición también podrá intentarse mediante el llamamiento en garantía del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública”; redacción que no parece adecuada, a la luz de la técnica jurídica, en la medida en que se trata de dos figuras diferentes, en cuanto a su trámite, requisitos de procedibilidad y oportunidad.

En efecto, mientras que la acción de repetición supone necesariamente una sentencia en firme, y un nuevo proceso independiente y diferenciado de aquél en el que se produjo la sentencia condenatoria (o conciliación, o laudo arbitral) contra la entidad estatal; el llamamiento en garantía supone la vinculación inmediata del funcionario responsable de la actuación de la que se pretende derivar la condena, con lo cual su suerte queda ligada a la de la administración, desde el comienzo mismo del proceso judicial.

En términos de eficiencia, parece más sensato que los jueces que están llamados a determinar la responsabilidad de la Administración, precisamente por la acción u omisión de sus agentes, sean los mismos que determinen inmediatamente, esto es, en el mismo proceso, la responsabilidad de los agentes estatales, en vez de recurrir a un nuevo proceso, que además supone que la propia entidad acepte proceder contra sus funcionarios o exfuncionarios.

Adicionalmente, esto supone que funcionarios administrativos “juzguen” si la conducta del funcionario presuntamente responsable -muchas veces del Nivel Directivo, o

aún vinculado-, fue dolosa o gravemente culposa, como requisito de procedibilidad de la acción (art. 90 CP), obviamente sin la imparcialidad que amerita una decisión de estas.

Por otra parte, según lo ha señalado el Consejo de Estado, en caso de que la entidad decida acudir a esta acción, la CGR pierde su competencia constitucional para recuperar lo pagado⁵⁵, a pesar de ser más lógico y garantista para el erario permitir al menos la coadyuvancia.

Lo que sí parece representar un avance con respecto al trámite de este tipo de acciones es que se haya dispuesto que si se opta por la repetición, no se exija más que el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones, en el cual conste que la entidad realizó el pago, limitando de esta manera los múltiples “requisitos” que había impuesto vía jurisprudencial, el Consejo de Estado.

2.2.6. Acciones contra procesos de elección y nombramiento.

2.2.6.1 *Acción de Nulidad electoral (art. 139 CPACA).*

Esta acción, en cabeza de cualquier persona, tiene por objeto que se declare o reconozca la nulidad de los actos de elección por voto popular o por parte de cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. El problema es que es extremadamente lenta, por lo cual usualmente sus decisiones se dan cuando el período está vencido o a punto de vencerse.

⁵⁵ Contra las entidades administrativas se presentan unas 46.000 demandas al año, con pretensiones resarcitorias o indemnizatorias, la mayoría de las cuales implican detrimento patrimonial (despidos ilegales; contratos mal hechos; atropellos de la fuerza pública, etc.). No obstante, en ellos no suele intervenir la Contraloría y escapan al control fiscal, por cuanto el término de caducidad se regula de manera diferente, o porque, contrario a lo que sucede con la Procuraduría, la Contraloría no tiene la calidad de parte en éstos.

2.2.6.2 Acción de Pérdida de Investidura (art. 14 CPACA).

Cualquier ciudadano o la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente puede solicitar la pérdida de investidura de los congresistas, por las causales establecidas en la Constitución.

La misma acción procede contra los diputados de las Asambleas Departamentales, concejales de los Concejos Municipales, y ediles de las juntas administradoras locales.

2.2.7. Acciones Públicas

Además de las acciones individuales, en la CP se incluyó el Derecho de los ciudadanos a ejercitar diversos medios de acción para la protección de derechos colectivos o de grupo, que han tenido un desarrollo significativo en Colombia, pero también incidencia en el gasto público y en algunos casos en su control.

Así, el art. 88 establece que la ley, para el caso, la Ley 1437 de 2011, regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definan en ella.

Adicionalmente, y no obstante estar prevista la acción de reparación directa con el mismo fin, establece que la Ley también “regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares”.

En forma similar, no obstante estar prevista la Acción de Nulidad con el mismo fin, en el artículo 88 CP se previó que “Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones, y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus

derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas”.

Esto obviamente ha llevado a que todo conflicto tienda a plantearse mediante el uso de estos mecanismos excepcionales y no por los medios ordinarios, ante el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, incidiendo negativamente en su desempeño, y en la seguridad jurídica en general.

Las acciones referidas fueron desarrolladas, conforme al mandato constitucional, en el CPACA, en los siguientes términos:

2.2.7.1 Acción Colectiva

Esta acción puede ser ejercitada por cualquier persona y tiene por objeto la protección de los derechos e intereses colectivos razón por la cual se dispuso dotar a los accionantes con la facultad de pedir que se adopten “las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”, y tiene como requisito de procedibilidad que previamente se haya requerido a la autoridad administrativa, previniéndola para “que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado”, salvo “cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos”.

2.2.7.2. Acción de Grupo (para la reparación de perjuicios) (art. 145 CPACA)

Esta acción tiene por objeto la reparación de los perjuicios causados a un grupo de personas y también puede ser ejercida por cualquiera de ellas siempre que “reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causa que les originó perjuicios individuales”, para solicitar en nombre del conjunto “la declaratoria de responsabilidad

patrimonial del Estado y el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios causados al grupo”.

2.2.7.3 Acción de Cumplimiento (de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos (art. 146 CPACA).

Esta acción puede ser ejercitada por cualquier persona para que, previa constitución de renuencia, ante la entidad administrativa, se haga efectivo el cumplimiento de cualquier norma con fuerza material de ley o actos administrativos.

2.2.8. Control por vía de excepción (art. 148 CPACA)

Además de los medios de acción enunciados, cuya titularidad radica en cualquier ciudadano que alegue afectación, personal o colectiva de sus Derechos, económicos o no; la Constitución y la Ley colombiana prevén la posibilidad de que los jueces inapliquen, de oficio o a petición de parte, actos administrativos cuando consideren que vulneran la Constitución Política o la ley, decisión que, en principio, tiene efectos únicamente en el proceso dentro del cual se tome esta determinación.

2.2.9. Acción de tutela.

Al igual que todos los jueces de la República, los de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, incluyendo a los magistrados de los Tribunales Administrativos y a los del Consejo de Estado, son competentes, en primera o segunda instancia, para decidir las acciones de tutela que formule cualquier ciudadano que alegue la vulneración de uno o varios de sus derechos definidos en la CP como fundamentales.

Esto significa que además de su amplísima competencia regular, para decidir sobre las demandas de nulidad contra actos administrativos de carácter general (normas), actos administrativos de carácter particular o concreto (que incluyen los actos de atribución de responsabilidad fiscal o disciplinaria que profieran los llamados órganos de control

independientes), contratos, hechos y omisiones de la administración, actos electorales, y sobre derechos colectivos presuntamente vulnerados por la Administración; el CDE puede decidir sobre una amplísima gama de actuaciones, aunque en ellas no se encuentren involucradas entidades públicas, lo que incluye las decisiones o fallos de otras autoridades judiciales, así éstas sean también, como el mismo Consejo, órganos de cierre de sus respectivas jurisdicciones.

Esa fue la situación que se registró en el caso de la Sentencia de Tutela de la Subsección Segunda del Consejo de Estado, del 18 de septiembre de 2014⁵⁶, mediante la cual se le ordenó al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, pagarle a los exparlamentarios Francisco Merilo Herrera Tarantino, Jaime Valderrama Gil, Alberto Rojas Puyo, Norberto Morales Ballesteros, Jesús Antonio Vargas, Carlos Martínez Simahan y José Augusto Trujillo Muñoz, sus mesadas pensionales por montos que superaban ampliamente el límite fijado previamente por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-258 de 2013⁵⁷.

Adicionalmente le ordenó a la entidad administrativa, que les liquidara retroactivamente y pagara las sumas dejadas de pagar por efectos de la orden de la Corte.

Lo paradójico en este caso, por decir lo menos, es que, a pesar de que el Consejo de Estado actuó en este caso como parte de la Jurisdicción Constitucional, a cuya cabeza se encuentra precisamente la Corte Constitucional, desconoció su fallo, abriéndole la puerta a otros 657 exparlamentarios para que exigieran el mismo tratamiento; no obstante que estos fallos no tienen efectos *erga omnes*.

⁵⁶ Expediente 2500023410002013027080, Referencia Interna 027080, en www.ramajudicial.gov.co

⁵⁷ En el referido fallo, la Corte expresamente dispuso que “a partir del 1 de julio de 2013 y sin necesidad de reliquidación, ninguna mesada pensional, con cargo a recursos de naturaleza pública, podrá superar el tope de los 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Por ello, todas las mesadas pensionales deberán ser reajustadas automáticamente a este tope por la autoridad administrativa”.

Otro buen ejemplo del cambio de rol del Consejo de Estado, de controlador de legalidad de las actuaciones administrativas, al de ordenador de gasto, determinador de política pública y gestor administrativo del más alto nivel, lo tenemos en la Sentencia del 28 de marzo del 2014 (Expediente núm. AP-25000-23-27-000-2001-90479-01) proferida por la Sección Primera de ese órgano, mediante la cual se decidió una acción popular formulada por el señor Gustavo Moya Angel, y otros, principalmente contra la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá E.S.P., y otros organismos y entes públicos, por el indebido manejo medioambiental del embalse del Muña, y la falta de realización de obras para mitigarlo.

Adicionalmente, los accionantes solicitaron el reconocimiento del incentivo económico previsto para este tipo de acciones, estimándolo entre el diez y el treinta por ciento del valor de las obras a ejecutar.

En el fallo, de 1.613 páginas, el Consejo de Estado impartió 87 órdenes, cuyo impacto fiscal fue calculado por la Contraloría General de la República⁵⁸, en \$9.3 billones (aproximadamente 3.400 millones de euros).

Las órdenes van, desde la orden al Ministerio de Educación para la “inclusión de los Proyectos Ambientales Escolares- PRAES en la educación primaria, y media y tecnológica y superior, como cátedra obligatoria, por su naturaleza de proyecto transversal de la educación”; pasando por la orden al Ministerio de Ambiente para “la delimitación geográfica de las zonas excluidas de la minería, esto es, dónde no podrán ejecutarse trabajos y obras de exploración y explotación minera“, hasta la Nación para otorgar aval crediticio a la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá.

⁵⁸ El Espectador, 4 de junio de 2014.

Igualmente se ordena al Gobierno Nacional, que a través del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y “en el término perentorio e improrrogable de seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, presente el correspondiente proyecto de ley de creación de la Gerencia de la Cuenca Hidrográfica del Río Bogotá – GCH – y del Fondo Común de Cofinanciamiento – FOCOF -, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia”, conminándole a “acreditar y comunicar al juez de instancia so pena de incurrir en desacato a orden judicial”.

En cuanto a la autoridad local, se le ordena al Distrito Capital construir una segunda planta de tratamiento con las especificidades determinadas por el mismo Consejo de Estado, previa (orden de) adquisición de un lote de terreno en la ubicación definida por el mismo tribunal; hasta culminar con una serie de órdenes puntuales, como la entrega, a un consorcio privado, de un predio, y la conminación para “realizar jornadas cívicas para conmemorar el día mundial del agua que se celebra el 22 de marzo, tales como la limpieza de rondas, siembra de árboles, ciclo paseos, exposiciones y, en general, actividades lúdicas, ambientales y ecológicas que involucren a los niños y jóvenes”.

En concepto del experto Aurelio Suárez Montoya, “Esta costosísima determinación se cargará inevitablemente en las tarifas a todos los usuarios”, ya que con el fallo “Se creó una típica solución de beneficio privado a cargo de toda la sociedad”, la cual “recaerá con todo rigor sobre la Hacienda del Distrito y la EAAB —y con ellas sobre sus contribuyentes y usuarios—, tenidas como responsables en el círculo del 85% del presupuesto del proyecto, en tanto las empresas de generación de energía no contribuirán sino en ínfima parte, y eso, como lo han anunciado, siempre y cuando se les prorrogue la concesión para el uso del agua del río”.

El mismo comentarista concluye que “Dicho fallo, visto en su conjunto, parece enmarcado en lo que otro magistrado, Gustavo Gómez, anotaba recientemente: que “existen intereses económicos privados” alrededor de los fallos judiciales”,⁵⁹ ratificando así, la percepción creciente de la ciudadanía, sobre el sistema judicial, a la cual contribuyó en forma muy marcada, la histórica aprobación, por parte del Senado, del único caso registrado en Colombia, en que ese órgano de control político aceptó levantar el fuero de un magistrado de alta corte del país: el magistrado Jorge Pretelt Chaljub, ternado durante el gobierno del expresidente Uribe; que así se suma a la extensísima lista de altos exdignatarios de su gobierno, investigados o condenados penalmente por la Justicia colombiana.

3. JURISDICCIÓN ORDINARIA

La Jurisdicción Ordinaria, integrada por la Corte Suprema de Justicia, a la cabeza, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial (a nivel subnacional), los Juzgados de Circuito, y los Juzgados Municipales, se encarga de dirimir los conflictos surgidos con, o entre particulares, y aquellos asuntos que no estén atribuidos por la Constitución o la ley a otra jurisdicción.

3.1. La Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria y está integrada por 23 magistrados (art. 15, Ley 270 de 1996), elegidos por la misma corporación, de listas conformadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, para períodos individuales de 8 años. Esta Corte cumple sus funciones a través de cinco Salas: la Sala Plena, integrada por todos los magistrados; la Sala de Gobierno, integrada por el Presidente, el Vicepresidente y los presidentes de cada una de las Salas

⁵⁹ Diario El Espectador, 4 de junio de 2015, Opinión.

Especializadas; la Sala de Casación Civil y Agraria, integrada por siete magistrados, la Sala de Casación Laboral, integrada por siete magistrados, y la Sala de Casación Penal, integrada por nueve magistrados.

La Corte Suprema de Justicia tiene asignadas dos grades funciones: En primer lugar, actuar como Tribunal de Casación, en los temas sometidos a su conocimiento a través de las Salas de Casación Civil y Agraria, Laboral, y Penal, que en tal sentido están llamadas a revisar las sentencias que se sometan a su decisión, con fines de unificación de la jurisprudencia, protección de los derechos constitucionales y control de legalidad de los fallos (art. 235, CP).

En segundo lugar, tiene a su cargo la función de juzgar a los funcionarios aforados, los cuales están sujetos a requisitos de procedibilidad completamente diferenciados, en cuanto a su complejidad y posibilidades reales de configuración: (i) al Presidente de la República, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional, del Consejo Superior de la Judicatura, al fiscal General de la Nación, por los hechos punibles que se les imputen, siempre y cuando, la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes, y luego esta, en pleno, apruebe por mayoría acusar ante el Senado al funcionario aforado, y este apruebe a su vez, por mayoría de dos tercios, que los delitos de los que se les acuse, merecen una pena “mayor” a la “destitución del empleo” o la “pérdida absoluta o temporal de los derechos políticos”⁶⁰, (ii) a los Congresistas, y (iii) a los Ministros del Despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los Agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales; a los

60 La complejidad no está sólo en el mecanismo, sino en la redacción misma de la norma, por lo cual se impone su transcripción literal. “2. Si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones, o a indignidad por mala conducta, el Senado no podrá imponer otra pena que la de destitución del empleo (sic), o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos; pero al reo (sic) se le seguirá juicio criminal ante la Corte Suprema de Justicia, si los hechos lo constituyen responsable (sic) de infracción (sic) que merezca otra pena”.

Directores de los Departamentos Administrativos, al Contralor General de la República, a los Embajadores y jefes de misión diplomática o consular, a los Gobernadores, a los Magistrados de Tribunales y a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, por los hechos punibles que se les imputen, previa acusación del Fiscal General de la Nación, del Vicefiscal General de la Nación o de sus delegados de la unidad de fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia.

Este fuero fue posteriormente ampliado, mediante la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), al viceprocurador general de la Nación, Vicefiscal General de la Nación, magistrados de los consejos seccionales de la judicatura, del Tribunal Superior Militar, del Consejo Nacional Electoral, fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia y Tribunales, Procuradores Delegados, Procuradores Judiciales II, Registrador Nacional del Estado Civil, Director Nacional de Fiscalía y Directores Seccionales de Fiscalía.

De esta manera, desde la propia CP virtualmente se garantiza la total impunidad del Presidente de la República, lo que es muy grave, especialmente si se tiene en cuenta el enorme poder que, también desde la propia CP se le confirió, al dejarse en manos de un órgano político, y con relaciones muy estrechas con el Ejecutivo, cual es el Congreso de la República, la posibilidad de definir la viabilidad de un juicio penal en su contra ante la Corte Suprema de Justicia. De hecho, la historia colombiana muestra la absoluta inoperancia de este mecanismo que, antes que parecer diseñado para ejecutarse, parece pensado para hacerlo de imposible materialización.

3.2. Los Tribunales Superiores de Distrito Judicial

En el ámbito subnacional, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial que determine la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, tienen a su cargo la decisión de las demandas entre, o contra, particulares, en las mismas materias que conoce la Corte Suprema de Justicia (civil, laboral, penal, menores, familia, agraria).

3.3. Juzgados del Circuito y Municipales

Actualmente, los juzgados del Circuito y Municipales, que integran la Jurisdicción Ordinaria en el ámbito nacional, están llamados a decidir, en principio, las controversias (civiles, laborales, de familia, agrarias) que se susciten entre particulares, o en su contra (penal), dado que, las controversias entre entidades administrativas, y entre éstas y particulares, las debe dirimir la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Decimos en principio, pues, como se ha indicado en el acápite previo, en Colombia, todos los jueces y corporaciones judiciales que estén llamados a proferir decisiones de tutela de derechos constitucionales, hacen parte de la Jurisdicción Constitucional (art 43, Ley 270 de 1996), con lo cual, también pueden revisar cualquier decisión de las administraciones públicas, amparar a quienes invoquen violación de sus Derechos por omisión, o incluso, las sentencias judiciales que versen sobre unas y otras.

En la actualidad funcionan en el país 3.807 juzgados del circuito y municipales para decidir las demandas relativas a las especialidades civil, laboral, familia, penal, de menores, y agraria, cada uno de los cuales está además habilitado como juez constitucional para pronunciarse con respecto a acciones u omisiones, presuntas o reales, de la administración pública, por vía de tutela, no obstante que su juez natural en el contencioso administrativo.

De esta manera, todos los días se toman decisiones trascendentales para el Estado, mediante un procedimiento sumario (su trámite está limitado a diez días), por parte de jueces no especializados en asuntos de administración, gestión y gasto público, que necesariamente inciden en sus finanzas.

Baste con señalar que, de 454.500 acciones de tutela radicadas ante los diferentes despachos judiciales del país, 115.147 fueron interpuestas para reclamar algún servicio de salud y contra el ISS/Colpensiones 64.018 (Defensoría del Pueblo, 2014).

Sin embargo, no solo el presupuesto público suele afectarse con decisiones de los jueces de la jurisdicción ordinaria. También el patrimonio público. En mayo de 2014 un juzgado civil le ordenó a la Oficina de Registros Públicos de Cartagena inscribir a una ciudadana como propietaria de doscientas hectáreas en la Isla Tierra Bomba, hasta ese momento de dominio público⁶¹.

4. JURISDICCIÓN DISCIPLINARIA

A diferencia de las jurisdicciones constitucional, ordinaria, y de lo contencioso administrativo, en la CP no se denominó expresamente a la función de control disciplinario sobre jueces y abogados, que está llamado a cumplir el Consejo Superior de la Judicatura; Jurisdicción Disciplinaria, no obstante que sus decisiones en esa materia, y, a diferencia de lo que previsto para las de la Contraloría y la Procuraduría, sí hacen tránsito a cosa juzgada.

Por el contrario, el capítulo 7, del Título VIII relativo a la Rama Judicial, se refiere al Consejo Superior de la Judicatura, probablemente en razón, nuevamente, a las particularidades del diseño institucional colombiano, pues, como se verá, si bien, a la cabeza de la llamada Jurisdicción Disciplinaria se encuentra la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y por

⁶¹ Diario El tiempo.com, 8 de mayo de 2015.

tanto son verdaderos pronunciamientos judiciales, este también está conformado por una segunda sala, que además no le está subordinada, cuyas funciones, y por tanto, decisiones, son estrictamente de naturaleza administrativa.

En efecto, en 1991 se dispuso la creación de un nuevo organismo constitucional y autónomo: el Consejo Superior de la Judicatura, como el ente que se encargaría de dos funciones tan disímiles, como ajenas a un órgano judicial, como lo son la función de gerenciar la rama judicial, o disponer y ejecutar el presupuesto de esta rama del poder público, y la de sancionar disciplinariamente a jueces y abogados, constituyéndose, en consecuencia, en órgano de cierre de la llamada Jurisdicción Disciplinaria.

Esto –se reitera- únicamente con respecto a jueces y abogados, por cuanto, en Colombia, la facultad de disciplinar a los funcionarios (por faltas sancionables administrativamente) recae en las propias administraciones, a través de las Oficinas de Control Interno Disciplinario (equivalentes a las Oficinas de Asuntos Internos o *Internal Affairs Offices* de los sistemas anglosajones), y, la Procuraduría General de la Nación, que está llamada a hacer lo mismo, pero externamente, sobre los funcionarios públicos de todo nivel (art 277 numeral 6, CP), no obstante lo cual esta última no fue reconocida expresamente como una jurisdicción particular o especial, y por el contrario, sus decisiones están sometidas a control judicial.

Adicionalmente, a partir de la expedición del Acto Legislativo 02 de 2015, un nuevo órgano: la Comisión de Aforados, adscrita al Congreso de la República, que es en últimas el que tiene la facultad de decidir si sanciona o no a un funcionario sujeto a fuero (art 8, plantea las competencias de la comisión de aforados ara investigar y acusar a los funcionarios), con lo cual se ratifica la tradición institucional colombiana de externalizar, con un enorme costo administrativo e institucional, una función que en la mayoría de

sistemas se agota, por sus fines y procedimientos, en las mismas entidades, precisamente en consideración a que están sujetas a control judicial.

En todo caso, para el cumplimiento de sus diversas funciones (administrativas, electorales, disciplinarias), el CSJ está conformado por dos Salas: la Jurisdiccional Disciplinaria y la Administrativa, encargada de mejorar la calidad de la respuesta judicial, aumentar su eficiencia y eficacia, mejorar el acceso a la administración de justicia, y consolidar la autonomía funcional, administrativa y financiera de la Rama Judicial.

El régimen constitucional y legal del Consejo Superior de la Judicatura fue determinado en los artículos 254 a 257 CP, posteriormente desarrollado en el Título IV de la Ley 270 de 1996 -Estatutaria de Administración de Justicia-, y su objetivo fue el de asegurar su autonomía patrimonial, presupuestal, financiera y administrativa como garantía de independencia con respecto a las otras ramas del poder público. O sea, asegurar la autonomía administrativa de la Rama Judicial.

Para el efecto, se dispuso en la carta que tendría la facultad de elaborar el proyecto de presupuesto de toda la rama judicial para ser discutido y aprobado por el Congreso de la República, así como intervenir en la preparación del Plan Nacional de Desarrollo (art. 341 CP).

La Sala Administrativa, como se concibió originalmente, estaba integrada por seis magistrados elegidos para períodos de ocho años, a razón de uno por la Corte Constitucional, dos por la Corte Suprema de Justicia y tres por el Consejo de Estado; en tanto que, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, se integraría por siete magistrados, todos propuestos por el Presidente de la República ante el Congreso de la República, previa su postulación en ternas, lo que, por supuesto, afecta su independencia, en la medida en que los jueces de jueces son elegidos por la clase política.

Las funciones de cada una de las dos salas del CSJ fueron definidas inicialmente mediante el Decreto Ley 2652 del 23 de noviembre de 1991, y luego desarrolladas mediante la Ley 270 de 1996, aunque posteriormente la Corte Constitucional las precisaría, a instancias de la Sentencia C-037 DE 1996, mediante la cual se decidió su constitucionalidad.

Finalmente, mediante Acto Legislativo 02 de 2015, se reformaría la conformación y funciones de la Sala Administrativa, como se precisará más adelante.

4.1. Sala Administrativa

Inicialmente la Sala Administrativa tenía a su cargo las siguientes funciones (art. 85, Ley 270 de 1996; estatutaria de la Administración de Justicia):

1. Elaborar el proyecto de presupuesto de la Rama Judicial, al que se debe incorporar el de la Fiscalía General de la Nación, para su presentación y discusión ante el Congreso por parte del Gobierno Nacional.
2. Elaborar el proyecto de Plan Sectorial de Desarrollo para la Rama Judicial, con su correspondiente Plan de Inversiones, que se somete a la aprobación del Consejo en Pleno.
3. Autorizar la celebración de contratos y convenios de cooperación e intercambio.
4. Aprobar los proyectos de inversión de la Rama Judicial.
5. Crear, ubicar, redistribuir, fusionar, trasladar, transformar y suprimir Tribunales, las Salas de éstos y los Juzgados, para la más rápida y eficaz administración de justicia, y definir la división del territorio para efectos judiciales.
6. Determinar la estructura y la planta de personal del Consejo Superior de la Judicatura y designar a los empleados de la Sala cuya provisión según la ley no corresponda al Director Ejecutivo de Administración Judicial.

7. Determinar la estructura y las plantas de personal de tribunales y juzgados.
8. Conformar para su envío a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado listas superiores a cinco candidatos para proveer las vacantes de Magistrados que se presenten en estas Corporaciones.
9. Elaborar y presentar a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado listas para la designación de Magistrados de los respectivos Tribunales, pertenecientes a la carrera judicial.
10. Administrar la Carrera Judicial, incluyendo la realización de los concursos públicos destinados a la selección de jueces y magistrados, y la evaluación de su desempeño.

Conforme a lo expuesto, la Sala Administrativa, que, como se señaló antes, estaba integrada por seis “magistrados”, estaba llamada a cumplir principalmente funciones típicamente administrativas o gerenciales, de planeación y ejecución de recursos económicos, físicos y humanos que garantizaran la buena marcha de la Rama Judicial, y, de manera ocasional, funciones electorales o de postulación de algunos funcionarios judiciales. No obstante, dadas las limitaciones de esta particular forma de gerencia colegiada, en la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, se dispuso la creación de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, a cargo de un Director Ejecutivo de Administración Judicial, al que se le asignaron las siguientes funciones (arts. 98 y 99, Ley 270 de 1996):

1. Ejecutar el Plan Sectorial y las demás políticas definidas para la Rama Judicial.
2. Administrar los bienes y recursos destinados para el funcionamiento de la Rama Judicial y responder por su correcta aplicación o utilización.
3. Suscribir en nombre de la Nación-Consejo Superior de la Judicatura los actos y contratos que deban otorgarse o celebrarse. Tratándose de contratos que superen la suma de cien

salarios mínimos legales mensuales, se requerirá la autorización previa de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4. Nombrar y remover a los empleados del Consejo Superior de la Judicatura y definir sus situaciones administrativas, en los casos en los cuales dichas competencias no correspondan a las Salas de esa Corporación.

5. Nombrar a los Directores Ejecutivos Seccionales de ternas preparadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

6. Elaborar y presentar al Consejo Superior los balances y estados financieros que correspondan.

7. Actuar como ordenador del gasto para el cumplimiento de las obligaciones que correspondan.

8. Representar a la Nación-Rama Judicial en los procesos judiciales para lo cual podrá constituir apoderados especiales.

Al comparar la norma constitucional, con la legal, se evidencia que, salvo por las funciones electorales, al Director Ejecutivo de Administración Judicial le fueron atribuidas casi todas las funciones originalmente asignadas a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, lo que a su vez evidencia también su concepción equivocada, no solo por haberse asignado tareas gerenciales a “magistrados” (denominación propia de la función judicial); sino por haberse concebido como gerencia colegiada o plural, algo que rompa los principios gerenciales de unidad de mando, unidad de dirección, jerarquía, y centralización de la responsabilidad. Por eso, el mismo señala que “un cuerpo de dos cabezas, es en un mundo social, como en el mundo animal, un monstruo” (Fayol, 1987: 21).

Como era de esperarse, estas fallas desembocaron en una nueva reforma constitucional, que se concretó con el Acto Legislativo 1 de 2015.

Lo primero que se reformó fue la denominación del Capítulo 7, hasta entonces denominado Del Consejo Superior de la Judicatura, el cual –no está de más recordarlo– hace parte del Título VIII, De la rama Judicial, y se refiere a cada una de las jurisdicciones que la integran; al disponerse: "Sustitúyase el encabezado del Capítulo 7 del Título VIII con el de (sic) "Gobierno y Administración de la Rama Judicial".

En segundo lugar, se dispuso la creación del Consejo Superior de Gobierno Judicial, y de la gerencia de la rama judicial, al primero de los cuales le fueron asignadas las funciones de, definir las políticas (administrativas) de la rama judicial, y “postular las listas (sic) y ternas de candidatos que la Constitución le ordene (sic)” (electorales), así como administrar la carrera judicial, y “rendir cuentas por su desempeño ante el Congreso de la República”.

En cuanto a su conformación, se dispuso que el Consejo de Gobierno Judicial esté integrado por nueve miembros: los presidentes de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado; el gerente de la rama judicial⁶²; un representante de los magistrados de los Tribunales y de los jueces, elegido por ellos para un periodo de cuatro años; un representante de los empleados de la rama judicial elegido por estos para un periodo de cuatro años; y tres miembros permanentes de dedicación exclusiva, nombrados por los demás miembros del Consejo de Gobierno Judicial, para un periodo de cuatro años, ninguno de los cuales puede ser reelegido.

⁶² Dice la misma norma este “deberá ser profesional con veinte años de experiencia, de los cuales diez deberán ser en administración de empresas o en entidades públicas, y será nombrado por el Consejo de Gobierno Judicial para un periodo de cuatro años”, con lo cual, comienza con un avance, que se neutraliza al final, pues, si bien se le da un perfil ejecutivo, resulta injustificado que, en tratándose de un cargo gerencial, en el que pesa la experiencia en el ejercicio de la gestión, se haya dispuesto que se desempeñe por un período tan corto como lo es cuatro años, como gerente, lo que además lo ata al ciclo político.

En cuanto al Gerente de la Rama Judicial, se le asignaron las funciones de proveer apoyo administrativo y logístico a este órgano, administrar la rama judicial, elaborar para aprobación del Consejo de Gobierno Judicial el proyecto de presupuesto que deberá ser remitido al Gobierno, y ejecutarlo, elaborar planes y programas para aprobación del Consejo de Gobierno Judicial, formular modelos de gestión e implementar los modelos procesales en el territorio nacional, administrar la carrera judicial, organizar la comisión de carrera judicial, realizar los concursos y vigilar el rendimiento de los funcionarios y los despachos.

4.2. Sala Disciplinaria

Hasta la expedición del Acto Legislativo 02 de 2015, la llamada Jurisdicción Disciplinaria estaba conformada, en primer lugar, por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, integrada por siete magistrados, todos postulados por el Presidente de la República, mediante ternas, para su elección por parte del Congreso. De esta manera, el Gobierno ejercía control sobre el órgano llamado a ejercer de juez de jueces.

A nivel subnacional, los Consejos Seccionales de la Judicatura tenían a su cargo el ejercicio de la función disciplinaria, en primera instancia, sobre jueces, magistrados y abogados sujetos a su jurisdicción, por infracción a sus respectivos regímenes disciplinarios (Régimen disciplinario de los funcionarios judiciales en Ley 270 de 1996 y, el Estatuto de Ética para abogados en decreto 196 de 1971), así como de las personas con funciones judiciales en forma transitoria u ocasional. Adicionalmente la jurisdicción disciplinaria era, y después de la reforma lo sigue siendo, la llamada a dirimir los conflictos de competencia que se susciten entre las diferentes jurisdicciones.

No obstante, mediante el art. 115 de la ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, se dispuso que les corresponde a las Corporaciones, funcionarios y empleados pertenecientes a la Rama Judicial, conocer de los procesos disciplinarios contra los empleados respecto de los cuales sean sus superiores jerárquicos (sin perjuicio de la atribución que la Constitución Política le confiere al Procurador General de la Nación para ejercer preferentemente el control disciplinario), en cuyo caso, las respectivas decisiones pueden ser demandadas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, previo agotamiento de la vía gubernativa.

Por otra parte, mediante la misma Ley se previó un régimen disciplinario especial para los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, a cargo del Congreso de la República, inicialmente a través de la comisión legal de investigaciones y acusaciones de la Cámara de Representantes, y luego, en caso de encontrarse mérito para ello, por parte de la comisión instructora y de juzgamiento del Senado de la República.

Este régimen disciplinario especial fue variado mediante el Acto Legislativo 02 de 2015, con el que se creó la Comisión de Aforados, a la que se le asignaron las referidas funciones, con respecto a los funcionarios amparados con este fuero constitucional.

Con respecto a la función disciplinaria, para los demás jueces, magistrados y funcionarios, hasta entonces a cargo de la Sala Disciplinaria, se varió su denominación por la de Comisión Nacional de Disciplina Judicial, y su integración, a partir de la reforma, por siete Magistrados, cuatro de los cuales serán elegidos por el Congreso en pleno de ternas enviadas por el Consejo de Gobierno Judicial previa convocatoria pública, y tres de ternas enviadas por el Presidente de la República, previa convocatoria pública reglada, lo que, a

pesar de dejar aún en manos de la clase política ese órgano disciplinario, representa un avance en cuanto reduce el poder del Ejecutivo sobre el mismo, y además lo excluye del trámite de acciones de tutela.

5. JURISDICCIÓN ARBITRAL

La llamada Asamblea Constituyente, que llevó a la expedición de la Constitución de 1991, de claro corte neoliberal, y, por tanto, de entregar un número creciente de funciones públicas a los particulares, introdujo en su texto la posibilidad de que estos pudieran administrar justicia, lo que a la postre tendría una gran incidencia en el gasto público.

Antes de que ellos fuese así, la posibilidad de recurrir al arbitramento como medio para dirimir conflictos, especialmente civiles, estaba reservada a los particulares, tanto en la Ley 105 de 1890, como en la 103 de 1923, previéndose, desde entonces, que el laudo tiene efectos de cosa juzgada.

Pero, solo hasta la expedición del Decreto 222 de 1983 (art. 76), se reconoció expresamente la posibilidad (que no la obligación) de que en los contratos administrativos se incluyera la cláusula compromisoria, con el fin de someter a la decisión de árbitros nacionales las diferencias que se suscitaran en relación con los mismos, disponiéndose además, que sus fallos (laudos) siempre serían en Derecho.

Luego, mediante la Ley 23 de 1991 (previa a la expedición de la Constitución de 1991) se adicionó la conciliación, prejudicial y judicial, como mecanismo de solución de conflictos de carácter particular y contenido patrimonial, con excepción de los de carácter tributario, y, en cuanto al arbitramento, se dispuso que este podría ser institucional o independiente, dependiendo de si se realiza o no, a través de Centros de Arbitraje conformados por las asociaciones, fundaciones, agremiaciones, corporaciones y cámaras de

comercio que tengan un mínimo de cien miembros y dos años de experiencia, previa autorización del Ministerio de Justicia.

En cuanto a sus costos y honorarios, se dispuso que estos serían estimados y fijados por el mismo tribunal (art. 140), esto es, en forma discrecional, En cuanto a la integración de los tribunales de arbitramento, se dispuso que conformados por el número impar de árbitros que determinaran las partes, y que si estas no lo hacían serían tres (Art. 99), uno por cada parte y otro que se escogería de común acuerdo por estos, salvo en las cuestiones de menor o mínima cuantía en cuyo caso el árbitro sería uno solo.

Ese mismo año sería promulgada la Constitución de 1991, en cuyo artículo 116 se dispuso que “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley” (art. 13, Ley 270 de 1996), elevándose de esta manera a canon constitucional la posibilidad de que los particulares administraran justicia, temporalmente.

La Corte Constitucional, al interpretar el alcance del art. 116 CP indicó que “la justicia arbitral amplía el ámbito orgánico y funcional de la administración de justicia en cabeza del Estado, en el sentido de revestir transitoriamente a terceros para cumplir esta función con fundamento en la voluntad de las partes”, y que “el legislador tiene amplias facultades para definir los términos bajo los cuales se configura este tipo de justicia”⁶³.

Más aún, señaló, de un lado, que le corresponde a los árbitros “desatar la controversia presentada a su examen, potestad que ejercen mediante la expedición del laudo arbitral, providencia que pone fin al trámite arbitral y que tanto por su contenido formal

⁶³ Sentencia T-050 de 2009. Tomado de <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-058-09.htm>

como material corresponde a una verdadera sentencia, y en esa medida tiene alcances y efectos similares, pues hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito a ejecutivo” (Sentencia T-244 de 2007).

Y del otro, que en tal virtud “los árbitros tienen los mismos poderes y deberes de un juez respecto de la protección de los derechos fundamentales de las partes al debido proceso, de defensa y de acceso a la administración de justicia, y en general, la obligación de acatar las normas de orden público que reglamentan sus actuaciones y la intervención de las partes (Sentencia T-058 de 2009).

Por lo tanto, siguiendo la misma línea jurisprudencial trazada con respecto a las sentencias en general⁶⁴, la Corte concluyó que los laudos arbitrales, asimilables a las sentencias, según se ha expuesto, también pueden ser cuestionados por vía de tutela, cuando una de las partes considere que se ha vulnerado alguno de sus derechos fundamentales⁶⁵, en especial, el Derecho al Debido proceso, no obstante el previo acuerdo de las partes para someter el conflicto a la decisión de árbitros elegidos por las mismas, y por tanto, someterse a su decisión, que, en tal virtud, hace tránsito a cosa juzgada.

Esta posición sería objeto de ratificación y refinamiento posterior por parte de la Corte Constitucional, hasta constituir un verdadero catálogo jurisprudencial de causales de amparo contra los laudos arbitrales por vía de tutela, tan prolífico como el previsto en la misma Ley (Sentencia T-244 de 2007):

“En diferentes pronunciamientos, esta Corporación ha delimitado el campo de aplicación del defecto sustantivo en las providencias judiciales, al señalar que

⁶⁴ Desde la Sentencia T-006 de 1992, la Corte decidió revisar una sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, revocado la decisión previa de la Sala de Casación Civil, que había denegado la acción de tutela formulada contra la primera, y en su lugar, le ordenó a dicha sala decidir de fondo la referida acción de amparo, argumentando que los arts. 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991 que regulan esa acción, eran inconstitucionales, por lo que procedió a inaplicarlos, por vía de excepción.

⁶⁵ Así se concluyó, entre otras, en las sentencias T-920 de 2004, T-136 de 2003, T-1228 de 2003 y T-608 de 1998.

se presenta, entre otras razones, (i) cuando la decisión cuestionada se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable al caso concreto, es decir, por ejemplo, la norma empleada no se ajusta al caso o es claramente impertinente, o no se encuentra vigente por haber sido derogada, o por haber sido declarada inconstitucional, (ii) cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto, desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance, (iii) cuando la interpretación de la norma se hace sin tener en cuenta otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática, (iv) cuando la norma aplicable al caso concreto es desatendida y por ende inaplicada, o (v) porque a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecua a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador.

En materia de laudos arbitrales la Corte Constitucional ha afirmado que además de las causales antes señaladas se configura un defecto sustantivo cuando éste carece de motivación material o la motivación es manifiestamente irrazonable. Adicionalmente se ha aseverado que los árbitros cuentan con un margen razonable de interpretación no sólo de las disposiciones legales sino también de las cláusulas contractuales y que en esa medida sólo se produciría una vulneración iusfundamental susceptible de ser subsanada en sede de tutela ante interpretaciones manifiestamente arbitrarias, caprichosas o equivocadas por parte del tribunal.” (Negrilla y cursiva fuera del texto original).

A la posibilidad de promover un Nuevo litigio contra los laudos arbitrales, en virtud de la interpretación de la Corte, se sumaron, apenas dos años después, con la expedición de la Ley 80 de 1993, mediante la cual se adoptó el nuevo Estatuto de Contratación Estatal;

importantes reformas en esta materia, que también tendrían un enorme impacto en el gasto público.

En primer lugar, se introdujo la cláusula de equilibrio financiero, según la cual, todo contratista tiene derecho “a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato”, por lo que, “En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas”, y además, a que, “Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato” (art 5. Núm. 1)

En el art. 27 se precisaría aún más esta cláusula al disponerse que “Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar” y que “En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate”.

En segundo lugar, se estableció, como un deber de las partes, acudir a los mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos previstos en la ley, para “solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual”.

En el mismo sentido se dispuso que “Las entidades no prohibirán la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal”, y que por el contrario, pueden someter a la decisión de

árbitros las diferencias derivadas de la celebración, ejecución, o liquidación del contrato estatal, cuyos fallos deben ser en Derecho. Árbitros que serán escogidos, uno por el particular, y otro por la administración, y un tercero por estos dos, con lo cual en la práctica es este último y único árbitro particular quien termina decidiendo, pues cada uno de los dos restantes representan los intereses de la parte que los designa: el particular y la administración.

Y en tercer lugar, se dispuso, en el art. 72, que contra el fallo arbitral procede el recurso de anulación ante la Sección Tercera del Consejo de Estado, virtualmente en cualquier caso, pues las causales previstas para el efecto, no sólo no fueron previstas en forma restrictiva, como era de esperarse para el caso de fallos proferidos por árbitros escogidos por las mismas partes; sino abiertas, una vez más, a todo tipo de interpretación subjetiva, pues van desde “No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”, hasta el “No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal”.

Así las cosas, a los particulares se les concedió la posibilidad de reclamar contra la administración, en todos los casos en que consideren que se han visto afectados por la ocurrencia de cualquier imprevisto, sea este imputable o no a la administración, o por incumplimiento de aquella, para que se restablezca el equilibrio financiero a un punto de no pérdida; para que árbitros escogidos por ellos mismos diriman la reclamación, mediante fallo arbitral contra el cual, no obstante, también pueden impugnarlo ante el Consejo de Estado, por nulidad, o por vía de tutela, si consideran que el tribunal incurrió en “alguna arbitrariedad”, o fue desconocido su Derecho al Debido Proceso.

Todas estas nuevas condiciones, ampliamente favorables a los intereses de los particulares, se produjeron casi simultáneamente con la eliminación del control previo, que hasta entonces ejercían las EFSs sobre los procesos de contratación, sin que se sustituyera

por otro sistema de control funcional, y desembocaron, como era de esperarse, en una explosión de demandas, en un verdadero *big bang* litigioso, que persiste en la actualidad, contra el Estado colombiano, especialmente relativas a contratos estatales, tal como se postuló en un estudio publicado en la Revista Economía Colombiana sobre las demandas (y condenas) contra el Estado colombiano, que se hizo desde una doble perspectiva: jurídica (número y tipo de demandas); y financiera, tanto contable (desde cuando se registrar la demanda como contingencia en las cuentas de orden, hasta que se convierten en pasivo), como presupuestal (Sandoval y Arias, 2002).

Desde la primera perspectiva, y, basados en un informe del Ministerio de Justicia, se encontró que, entre 1995 y 1997, se presentaron 17.515 demandas contra la Nación, de las cuales 4.899 correspondieron a acciones de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral (derivadas principalmente de procesos de liquidación o reestructuración de entidades); 8.274 acciones de reparación directa (en general, por fallas del servicio principalmente por parte de miembros de las fuerzas militares y de policía), y 409 demandas relativas a controversias contractuales; a pesar de lo cual, las condenas derivadas de este último tipo de demandas resultaron ser más cuantiosas (46% de los recursos ejecutados para su pago). En 2013, el número de procesos registrados como activos fue de 273.399 (Agencia Nacional de Defensa Judicial de la Nación).

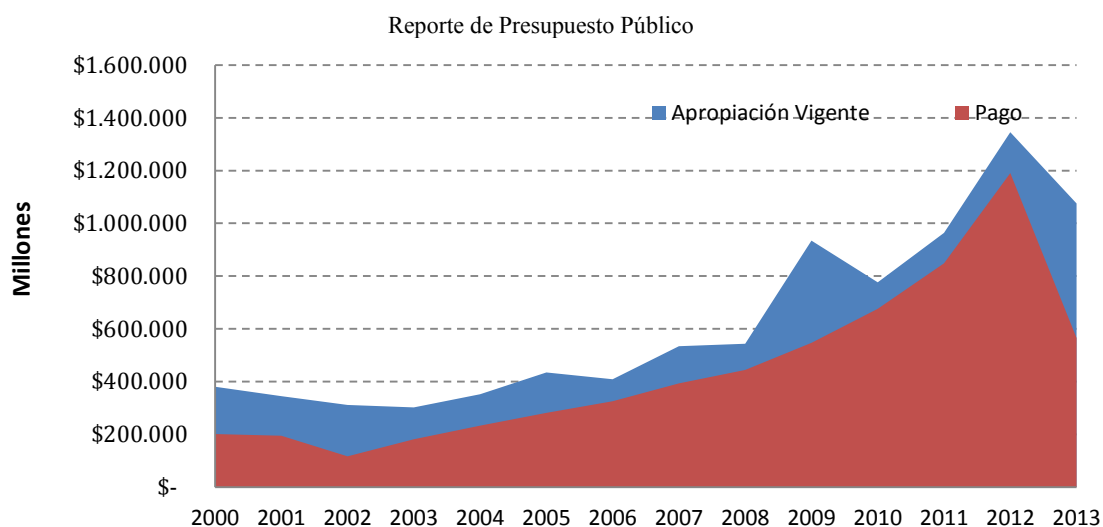
Por otra parte, desde la perspectiva financiera-contable, el estudio permitió establecer primeramente que, el nivel de la “litigiosidad” contra el Estado colombiano, expresado en el monto de las pretensiones de los demandantes (que contablemente se registra como una contingencia en la cuenta “Litigios y demandas”); literalmente se “disparó”, al pasar de 0.4 billones en 1995, a 17 billones en 2001, 671,3 billones en 2007, hasta alcanzar el

estratosférico monto de 412 billones, en diciembre de 2013, o, más de dos veces el presupuesto para esa vigencia.

De otro lado, se estableció que el monto de la “Provisión para el Pago de Pasivos”, correspondiente a las condenas de primera instancia apeladas, que se refleja como provisión por el alto riesgo de que sean confirmadas en segunda instancia; pasó de 0.97 billones en 1997, a \$3.19 billones en 2000, y 7,91 billones en 2007, y que el “Pasivo por sentencias, conciliaciones y laudos arbitrales”, que corresponde al saldo por pagar que queda al final de cada período presupuestal, derivado de condenas en firme (ejecutoriadas); pasó de 0.12 a 0.58 billones en el mismo período.

En cuanto al monto de los recursos apropiados en el presupuesto para el pago de sentencias, conciliaciones y laudos arbitrales, pasó en diez años, de \$360.000 millones a casi un billón doscientos mil millones de pesos en 2013. Unos 703 millones de euros.

Gráfica No. 1



Fuente: reportes de la Dirección General de Presupuesto Público Nacional del MHCP y Sistema Integrado de Información Financiera de la Nación⁶⁶- Cálculos: DGI-ANDJE

⁶⁶ Los resultados presentados en el presente informe, tienen como fuente de información los reportes de la Dirección General de Presupuesto Público Nacional para el periodo comprendido entre los años 2000 – 2005 y del Sistema

Según la ANDJE (2013), “En el acumulado de los trece años analizados, el impacto en el Presupuesto General de la Nación alcanzó los \$6.19 billones de pesos. Esta cifra equivale al 3.3% del Presupuesto total apropiado por la Nación para el 2013 y el 14.13% de la apropiación presupuestal para inversión del mismo año” (sin tener en cuenta el servicio de la deuda pública).

Adicionalmente, Sandoval & Arias (2002), encontraron que en la práctica, el arbitramento, además haberse concebido con un claro sesgo contra los intereses públicos (es la mayor fuente de condenas contra el Estado, por cuantía), se había revelado como altamente costoso en sí mismo, a la par que en pingüe negocio para un reducidísimo grupo de abogados⁶⁷.

Por vía de ejemplo, se encontró que en seis laudos arbitrales, en los que el INVIAS fue condenado a pagar cerca de \$39.000 millones, los costos del arbitramento fueron de \$4.440 millones, a los que se sumaron los honorarios de los árbitros (tres) por valor de \$2.220 millones: casi el veinte por ciento de las cuantías discutidas⁶⁸.

Finalmente, el mismo estudio pudo determinar la existencia de una condición inmanente en la gestión pública colombiana que actúa como catalizador y potencia las demandas y condenas contra el Estado: la absoluta e inveterada irresponsabilidad de los gestores públicos, revelada a partir de la prácticamente nula recuperación de los recursos pagados por concepto de condenas, en virtud de los mecanismos previstos para la

Integrado de Información Financiera de la Nación para los años 2006 – 2013. En algunas partes se reseña información del Marco Fiscal de Mediano Plazo lo que ayudó a consolidar una serie de tiempo significativa.

⁶⁷El estudio reveló que las solicitudes de convocatoria a tribunales de arbitramento, presentadas ante la Cámara de Comercio de Bogotá -la más importante del país- para dirimir conflictos contractuales, aumentaron en 828% en apenas ocho años.

⁶⁸ En el caso del tribunal convocado por Recchi S.P.A., el INVIAS fue condenado a pagar más de \$19.000 millones, adicionados con el costo del arbitramento que fue de \$3.230 millones y los honorarios de los tres árbitros (María Cristina de Barrios, Juan de Dios Montes y Jorge Armando Arango) que fueron de \$1.615 millones. En el convocado por los concesionarios de la vía Santa Marta –Paraguachón, la entidad fue condenada a pagar más de \$9.000 millones, estableciéndose el costo del arbitramento en \$750 millones, y los honorarios cobrados por los tres árbitros (Marcela Monroy, D. Suárez y Sergio Rodríguez) en módicos \$375 millones. En el solicitado por Coviandes, fue condenada a pagar más de \$9.000 millones, más costos de arbitramento por \$460 millones y honorarios de los tres árbitros (Marcela Monroy, Adelaida Ángel Zea y Jorge Suescún Melo) por “tan solo” \$230 millones.

repercusión de su responsabilidad en sus agentes: la acción de repetición y el llamamiento en garantía.

Esto en parte, debido a las exigencias formales establecidas jurisprudencialmente por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En efecto, por vía de ejemplo, esa Sección se negó a condenar al exalcalde (posteriormente presidente) Andrés Pastrana, y al señor Rómulo González (quien luego sería su Ministro de Justicia), argumentando, básicamente que, si bien estaba probada la ilegalidad de su actuación, y que de esta había derivado una condena indemnizatoria contra la Administración, no se había probado su pago suficientemente, a pesar de que se allegó a la demanda la copia autenticada de la Resolución que lo ordenó, y de la nómina, con sello y firmas de los funcionarios administrativos que lo realizaron, y que, ni la Constitución, ni la Ley, establecen expresamente esos requisitos, que, de acuerdo con entendidos en la materia, deberían ser objeto de excepción por parte de los demandados. Textualmente manifestaron sus integrantes lo siguiente:

“ii) Sin embargo, no se encuentra debidamente acreditado que el Estado hubiese pagado efectiva y totalmente las obligaciones derivadas del fallo judicial anteriormente relacionado, toda vez que si bien, a folios 80 a 83, aparece copia autenticada de la resolución 419 del 17 de abril de 1997, "por la cual se da cumplimiento a una sentencia y se reconoce un pago de sueldos", en cuanto a la ejecución de dicho acto administrativo, esto es, el pago efectivo de tales obligaciones, solo aparece a folio 75, copia autenticada de un documento denominado "nómina adicional No. 9 de 1997", en el cual aparecen cuatro sellos con la leyenda "original firmado" y la antefirma de diferentes funcionarios de la Alcaldía Mayor de Bogotá, pero no aparece firma o señal alguna que indique o de la que pueda desprenderse que la señora Ortiz Martínez, directamente o a través de su

apoderado, hubiese recibido efectivamente suma alguna por parte de la Administración Distrital.

De lo anterior se concluye que aunque se encuentra debidamente acreditado que existió una condena judicial, no se acreditó el pago efectivo de la suma total correspondiente a la cual fue condenada la entidad que ahora comparece como demandante, toda vez que para el efecto resulta absolutamente indispensable carta de pago⁴⁰, recibo⁴¹, declaración proveniente del acreedor o cualquier otro medio de prueba que lleve al juez la convicción de que el deudor efectuó el pago debido al acreedor⁶⁹.

En igual sentido se pronunció el Consejo de Estado en la Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Expediente 17600.

Casi todas las sentencias, además, han culminado con una “*Admonición*”, mediante la cual los Consejeros le han corrido traslado de los procesos a la Procuraduría; pero no para que se investigue a los responsables que con sus actuaciones irregulares o arbitrarias dieron lugar a las condenas y al consecuente pago de recursos públicos, sino a los abogados que acuden ante ese órgano Judicial en procura de repetir por lo pagado; con el agravante de hacer recaer todas las sospechas en estos últimos.

Según esta Sección, “se torna sospechoso y presenta como incierto el verdadero interés que les asiste por sacar adelante su causa, cuestión que transita por la diversidad de intereses adicionales -de orden político, regional, partidista, afectivo, de compañerismo, etc.-, que pueden rodear la decisión de formular una demanda de repetición contra quien en la actualidad o en el pasado inmediato ha sido servidor de esa misma entidad...”. Es casi como si todos (o la inmensa mayoría) de los abogados de las entidades públicas se hubiesen concertado para formular mal las demandas, con el único propósito de que no prosperen.

⁶⁹ Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Proceso 110010326000199900781-01

De esta manera, la Sección Tercera del Consejo de Estado trasladó toda la responsabilidad, por condenas contra el Estado, al último y más débil eslabón de la larga cadena de fallas, al final de la cual este resulta condenado al pago, cada vez mayor, de recursos públicos, convirtiéndose, de paso, en un nuevo escollo a superar, en la búsqueda de que los verdaderos y directos responsables de los actos que las propiciaron, respondan. En últimas, en avanzar hacia una gestión verdaderamente responsable.

6. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La Fiscalía General de la Nación es una de las nuevas instituciones que nacen con la expedición de la Constitución de 1991, inspirada, según se dijo en su momento, en el modelo punitivo norteamericano, a la que se le asignó la función de investigar, de oficio o mediante denuncia o querrela, los delitos, y acusar a los presuntos infractores, ante los juzgados y tribunales competentes, con la notoria excepción de los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio (art 250, CP).

Por tal razón, aunque en el artículo 116 Constitución Política se dispuso que “La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia”, no hay duda de que en realidad ese ente no tiene asignadas funciones judiciales o jurisdiccionales, y que, por el contrario, sus actuaciones son objeto de control judicial, principalmente por parte de la Jurisdicción Penal (ordinaria).

No obstante, desempeña un papel muy importante en el control de la gestión y el gasto público, en la medida en que le corresponde investigar los delitos, y acusar ante los jueces penales, o precluir las investigaciones, contra funcionarios y gestores públicos ante los juzgados y tribunales competentes, con excepción de los funcionarios aforados, para lo

cual ese ente cuenta con autonomía administrativa y presupuestal. Por tal razón, la Fiscalía actúa, tanto para controlar, o más exactamente, evaluar la gestión pública de los funcionarios y particulares que administren o ejecuten recursos públicos; como ente ordenador de gasto.

En el diseño institucional colombiano, se determinó que al Fiscal General de la Nación lo postule el Presidente de la República, integrado a una terna, de la cual se escoge, por parte de la Corte Suprema de Justicia, para un período de cuatro años, lo cual ubica a la cabeza del órgano de control penal, dentro del ciclo político, pues, su elección empata con el final del periodo del Presidente.

De esta manera, el Presidente de la República, que es el funcionario del Estado con mayor poder y control, termina postulando a la cabeza del órgano llamado a investigar penalmente, no sólo a los particulares, sino a los funcionarios públicos, incluyendo a sus subalternos y cercanos colaboradores, ejecutores de sus políticas y directrices, cuyo período comienza cuando este termina el suyo.

De hecho, varios fiscales han pasado, sin solución de continuidad, de miembros del gabinete, a ejercer el cargo de Fiscal General, como en el caso del Fiscal Mario Iguarán, lo que obviamente compromete la imparcialidad con la que debe actuar en su ejercicio, o puede llevar a que este tenga un sesgo político. Especialmente si se tiene en cuenta que dentro de sus funciones se encuentra la de “Investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional” (art. 251-1.CP) y que, como cabeza de ese ente de control el Fiscal General puede abocar el conocimiento, y por tanto, decisión, con respecto a cualquier investigación que en todo el territorio nacional curse contra cualquier funcionario o persona, con excepción de los aforados especiales.

En efecto, así se dispuso en el artículo 115 de la ley 600 de 2000, mediante la cual se expidió el Código de Procedimiento Penal, conforme al cual “Cuando (el Fiscal) lo considere necesario, y en los casos excepcionales que requieran su atención directa, investigar, calificar y acusar, desplazando a cualquier fiscal delegado. Contra las decisiones que tome en desarrollo de la instrucción sólo procede el recurso de reposición”.

De esta manera, el Fiscal General de la Nación, funcionario postulado por el Presidente de la República, y, como se ha visto en el pasado, salido de su círculo más cercano, termina ejerciendo control directo sobre todos los procesos de investigación de delitos que cursen en un momento determinado en ese ente de control.

Cabe señalar, no obstante, que la Corte Constitucional moderó, aunque tenuemente, este poder, en principio omnímodo, al reconocer la exequibilidad de esta atribución, pero “en el entendido de que el Fiscal General de la Nación al asignar y desplazar a sus delegados en las investigaciones y procesos deberá exponer en forma concreta, en cada caso, los hechos que motivan su decisión y notificar por un medio idóneo dichas decisiones al Agente del Ministerio Público y los demás sujetos procesales y no podrá asignar a otro Fiscal las investigaciones o procesos que haya asumido directamente’ (Sentencia C-873-03).

Adicionalmente, en la misma norma se dispuso que “Durante la etapa de instrucción y cuando sea necesario para asegurar la eficiencia de la misma, (el Fiscal General de la Nación podrá) ordenar la remisión de la actuación adelantada por un fiscal delegado al despacho de cualquier otro mediante resolución motivada”, decisión contra la cual no procederá recurso alguno.

A la exorbitante facultad de avocar el conocimiento de cualquier investigación, o de reasignarla, en cabeza del Fiscal General, se suma la de decidir los recursos de apelación

que se formulen contra las decisiones de los fiscales (art. 30, Decreto Ley 261 de 2000), tanto por parte del propio Fiscal General, como de los Directores Seccionales, que son nombrados discrecionalmente por este, con lo cual todas las decisiones de acusar a un imputado, o de precluir o archivar una investigación penal, quedan en manos de funcionarios de origen político.

Pero, aún más cuestionable resulta la facultad en sí misma considerada, de decidir recursos de apelación contra las decisiones de fiscales de menor rango, lo que necesariamente supone valorar las pruebas y los hechos (o su ausencia) en los que se hayan fundado las decisiones cuestionadas por vía del recurso; algo que, si no lo es, se parece mucho a lo que hacen los jueces.

Se considere o no que estas son fallas del diseño institucional de la Fiscalía, esta, en su desempeño, ha cobrado un creciente poder en torno al control de la gestión y el gasto público. Un caso reciente se dio con la misiva que le dirigió el Fiscal al Contralor General de la República advirtiéndole que el inmueble en el funcionaba su sede central, estaba siendo objeto de una investigación penal, con lo cual no se podía arrendar nuevamente.

7. FUNCIÓN JUDICIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

En el diseño institucional colombiano se le atribuyeron al Congreso de la República, funciones judiciales, con respecto a funcionarios con fuero especial. En primer lugar, en cabeza de la Cámara de Representantes, que tiene asignadas las funciones de “Acusar ante el Senado, cuando hubiere causas constitucionales, al Presidente de la República o a quien haga sus veces, a los magistrados de la Corte Constitucional, a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a los miembros del Consejo Superior de la Judicatura, a los magistrados del Consejo de Estado y al Fiscal General de la Nación”, y “Conocer de las denuncias y quejas que ante ella se presenten por el Fiscal General de la Nación o por los

particulares contra los expresados funcionarios y, si prestan mérito, fundar en ellas acusación ante el Senado” (art. 178. CP).

En segundo lugar, en cabeza del Senado de la República, al que se le asignó la función de “conocer de las acusaciones que formule la Cámara de Representantes contra el Presidente de la República o quien haga sus veces; contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos”, “por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos” (art. 174. CP).

No obstante, dese la misma CP se limitaron ostensiblemente las facultades de ese órgano, pues, en su art. 175 se dispuso que “En los juicios que se sigan ante el Senado”, “Si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones, o a indignidad por mala conducta, el Senado no podrá imponer otra pena que la de destitución del empleo, o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos; pero al reo se le seguirá juicio criminal ante la Corte Suprema de Justicia, si los hechos lo constituyen responsable de infracción que merezca otra pena”, y en este sentido, “Si la acusación se refiere a delitos comunes, el Senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa y, en caso afirmativo, pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema”, para lo cual se requiere “de los dos tercios, al menos, de los votos de los Senadores presentes”.

De esta manera, ninguno de los funcionarios aforados puede ser sometido a proceso judicial ante la Corte Suprema de Justicia, sin que pase por el complejo filtro político del Congreso de la República. De hecho, es tan improbable que una investigación trascienda el primero de ellos: el de la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes; que ninguna acusación ha prosperado contra algún funcionarios aforado desde 1992, año en el

que se creó esa Comisión⁷⁰. De 3.496 procesos radicados entre 1992 y 2014, 1.957 fueron archivados, 1.438 no tenían ningún avance, y no se había aceptado ninguna acusación⁷¹, lo que llevó al ex Fiscal General y ex Ministro de Justicia Alfonso Gómez, a señalar que “uno de los fenómenos que más atentan contra el funcionamiento integral de la democracia colombiana es la “absoluta impunidad de los cobijados por fuero constitucional que pasan por antejuicio en el Congreso” (Revista Semana, 05/03/2015).

Es tal el concepto de absoluta ineficacia de este mecanismo, o, si se quiere, de garantía de impunidad para los funcionarios aforados, que el Gobierno propuso la eliminación de esta Comisión, y sustituirla por un Tribunal de Aforados, que, antes de que exista, ya es objeto de múltiples cuestionamientos, pues tendría igualmente un origen político.

En uno u otro caso, no parece sano que desde el diseño institucional plasmado en la CP prácticamente se garantice la total impunidad, o irresponsabilidad de los más altos funcionarios del Estado, que precisamente por ello están investidos de un gran poder, en especial los que conforman el Ejecutivo, y sobre todo, en materia económica; pues de esta manera se generan los supuestos de hecho que derivan en prácticas corruptas: concentración de poder; uso discrecional de ese poder, e irresponsabilidad derivada de su ejercicio concentrado y discrecional.

⁷⁰ De hecho la única condena por indignidad en el ejercicio del cargo y concusión, desde la creación del fuero en 1886, fue proferida contra el dictador Gustavo Rojas Pinilla en 1959, no obstante, fue posteriormente absuelto y restituido en sus derechos políticos por la Corte Suprema de Justicia, en 1966.

⁷¹ Corporación Excelencia de la Justicia/ Balance del trabajo realizado por la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes en Colombia, 4 de febrero de 2014

CAPÍTULO V

EL CONTROL POLÍTICO

“Es una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder se inclina a abusar de él... y va hasta donde encuentra límites”.

(Montesquieu, L'esprit des Lois, 1748, Cap. IV, Libro IX)

En sus orígenes, hace casi ochocientos años (1254), el Parlamento Inglés, no “hacía leyes”. Su función era limitar la acción del Rey para que no cobrara más tributos de los que podían pagar los que tenían que, y con qué hacerlo: es decir, los nobles y el clero, propietarios de las tierras. Pero esta no fue una concesión del Rey. Por el contrario, el parlamentarismo inglés surgió como reacción al absolutismo y llevó a los nobles y al clero (que a la sazón también era gran propietario de tierras) a constituir un primer cuerpo de representantes (cámara de los comunes) que se confrontaría a la Corte Real (Cámara de los Lores), representante de los intereses de la monarquía, con el fin de moderar sus pretensiones impositivas. El Parlamento solo vino a atribuirse a sí mismo función legislativa hacia 1715, en tiempos de la Reina Ana, cuando esta se niega a aprobar una de sus peticiones, y el Parlamento amenaza con decapitarla, como lo habían hecho un siglo antes con Carlos I.

Hayek (1960), sostiene que la evolución del Parlamento fue, de cuerpo descubridor de leyes, a cuerpo creador de leyes, aunque a estas funciones se sumaría luego la no menos importante de limitación y control sobre el Gobierno, en procura de la defensa de las libertades individuales, desde los tiempos de la Carta Magna; la cual sería absolutamente clave para llegar al Desarrollo.

En ese mismo sentido, Yamamoto (2007), basado en su amplio estudio de los sistemas parlamentarios de 88 países, define el control parlamentario como el «examen, vigilancia y supervisión del gobierno y los organismos públicos, con inclusión de la ejecución de la política y la legislación », a partir de lo cual postula como sus finalidades: (i) detectar y prevenir los abusos, la conducta arbitraria o la conducta ilícita e inconstitucional del gobierno y demás organismos públicos, para la debida protección de los derechos y libertades de los ciudadanos ; (ii) hacer rendir cuentas al gobierno por el uso que haga del dinero de los contribuyentes, para mejorar su eficacia, la economía y la rentabilidad de la gestión gubernamental; (iii) velar por que las políticas propuestas por el gobierno y autorizadas por el parlamento realmente se lleven a la práctica, y (iv) mejorar la transparencia de las operaciones gubernamentales y por ende, la confianza del público en el gobierno, mediante la aplicación eficaz de las políticas públicas.

Para el efecto, los parlamentos, con un poder creciente de las diferentes comisiones que lo integran, pero también de las plenarias; suelen disponer de una serie de facultades, entre otras, las de pedir información al gobierno, o a otras fuentes (órganos de control externo), o que este aclare públicamente su política, y a partir de ello, manifestar sus opiniones al mismo gobierno y al público sobre las mismas, concluyendo que de esta manera se cumple su principal propósito de control sobre el Ejecutivo.

En sentido similar, Porras (2013), considera que el control político tiene como función indagar sobre la legitimidad política del Gobierno en el ejercicio de su poder de gasto público, principalmente para determinar si su ejercicio se corresponde en última instancia con la voluntad popular (donde reside la legitimidad última en los sistemas políticos democráticos), en razón de su subordinación al Legislativo; que, a diferencia de los niveles de control previos, de naturaleza jurídica (fundamentados en el Derecho

positivo); se realiza con fundamento en “conceptos jurídicamente indeterminados”, y por tanto, subjetivos.

Martínez (1998: 11), también concibe al parlamento como órgano colegiado de carácter político y representativo de la “voluntad popular” que está llamado a cumplir la doble funcionalidad de legislar y ejercer control sobre la gestión del Gobierno y la administración del Estado.

Claramente los órganos de representación (por su elección) popular, se constituyen en una instancia del poder público cuyas funciones principales son aprobar o improbar las leyes formuladas directamente por sus miembros, o por el Gobierno, u otras autoridades, y ejercer control sobre las políticas públicas y la gestión del gobierno, en nombre de sus electores, intermediando de esta manera entre éstos y el gobierno, en defensa de sus intereses, o, lo que es lo mismo, del interés general.

Este nivel de control se constituye en el primer nivel del control subjetivo (el segundo es el ciudadano), en la medida en que no está determinado, o, por lo menos, no principalmente, en la normatividad vigente, sino en criterios diferente como la conveniencia, o la ética.

Sin embargo, para su desarrollo, suele (y debe) fundamentarse en gran parte en el control que está llamado a ejercer la EFS en materia de gasto público, lo cual es de enorme importancia, tanto para el ejercicio adecuado de su función legislativa (en especial, en el trámite de la Ley de Presupuesto), como de control político del Gobierno, con base en los informes que este le remite.

A continuación abordaremos el análisis de este nivel de control específicamente en el caso de Colombia, teniendo en cuenta para el efecto, la finalidad u objeto de este nivel de

control, sus sujetos, medios y alcance, de la misma manera en que se hizo en los demás niveles de control.

1. ¿CONTROL POLÍTICO O PARLAMENTARIO?

En este capítulo abordaremos el análisis del control que está llamado a ejercer el órgano de representación popular nacional sobre el Gobierno. En el caso de Colombia, decidimos denominar ese nivel de control “político”, y no parlamentario, a partir del diseño institucional plasmado en la Carta Política con respecto a la relación entre los dos poderes. A su vez, esto es clave para determinar el alcance o verdadero potencial de ese control, y por supuesto, también para poder señalar sus limitaciones.

Hemos optado por definir este nivel de control como político, y no parlamentario, en primer lugar, atendiendo la probada naturaleza marcadamente presidencialista de la estructura político administrativa colombiana, como se evidenció el capítulo correspondiente al Control Gubernamental del Gasto Público, en el que se comprobó, a partir del texto constitucional, la preponderancia del Ejecutivo con respecto al Congreso en materia de gasto público. Y en segundo lugar, su limitado alcance y carácter eminentemente político.

En todo caso, inclusive en regímenes claramente parlamentarios, y no presidencialistas, la balanza parece inclinarse en favor de esta denominación, tanto por su carácter marcadamente subjetivo, como por la calidad de quienes lo desarrollan, las más de las veces, con el propósito de convertirse en alternativa política frente al gobierno de turno (Mora-Donato, 1998). Esto es, con propósito político.

En el caso colombiano, se confirmó este enfoque, al disponerse, en el artículo 114 de la Constitución le “Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el Gobierno y la Administración”. No

obstante, al igual que sucede con otras disposiciones, este precepto constitucional no sólo es un tanto ambiguo, sino contradictorio.

En efecto, en cuanto al poder de reformar la Constitución, el artículo 374 establece que ésta puede ser reformada tanto por “por el Congreso” como por “una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo”, con lo cual resulta claro que no solo el Congreso tiene atribuida esta facultad.

Con respecto al poder de “hacer las leyes”, que es una de las principales formas de concreción e implementación de las políticas públicas; el artículo 150 establece que mediante ellas, al Congreso le corresponde interpretar, reformar y derogar las leyes, dentro de las cuales, se destacan la ley aprobatoria del plan nacional de desarrollo, y la anual de presupuesto y de inversiones públicas, con la que se determinan los recursos y apropiaciones que se autorizan para su ejecución, cuya formulación, en ambos casos, le corresponde al Gobierno Nacional.

Adicionalmente, en materia económica, al Congreso le corresponde conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales; revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje; establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley; determinar la moneda legal, la convertibilidad y el alcance de su poder liberatorio; aprobar o improbar los contratos o convenios que, por razones de evidente necesidad nacional, hubiere celebrado el Presidente de la República, con particulares, compañías o entidades públicas, sin su autorización previa; dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para efectos

de organizar el crédito público, regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambio internacional, modificar, por razones de política comercial los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, y regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales; expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334 las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica; expedir las leyes relacionadas con el Banco de la República y con las funciones que compete desempeñar a su Junta Directiva; expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos.

Sin embargo, a renglón seguido, se dispuso, en el artículo 154 que, únicamente pueden ser “dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las leyes a que se refieren los numerales 3,7,9,11 y 22 y los literales a, b y e, del numeral 19 del artículo 150; las que ordenen participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas; las que autoricen aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales y comerciales y las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales”.

De esta manera, la facultad del Congreso para “hacer las leyes” queda -de hecho- reducida o restringida a aprobar el plan nacional de desarrollo, que formula el Gobierno; conferir atribuciones especiales a las asambleas; variar, “por graves motivos de conveniencia pública” la residencia de los Poderes Públicos; “Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias”... “cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje”; aprobar los contratos o convenios celebrados por el Presidente, sin la aprobación del Congreso; decretar honores a los ciudadanos que hayan prestado servicios a la patria; aprobar o improbar los tratados que el

Gobierno celebre; Crear los servicios administrativos y técnicos de las Cámaras; regular la propiedad industrial y unificar las normas sobre policía de tránsito.

En este sentido, el poder de “hacer las leyes” queda circunscrito en la práctica escasamente al de tramitar las leyes que en realidad “hace” el Presidente. Casi como si se tratara de una entidad administrativa subordinada al Ejecutivo, que tiene un manejo presupuestal, y que, por tanto, ha terminado burocratizándose.

En cuanto a la función de “control político”, que solo le fue expresamente atribuida, o cuando menos reconocida al Congreso, en la Constitución de 1991, cabe señalar que esta, precisamente por ello, no conlleva facultades de verificación o auditoria, y menos de rectificación o disposición, pues es claro que el Congreso no tiene los medios ni la competencia para auditar, en el sentido de evaluar, directamente a las entidades del Estado, y tampoco, según se expuso, tiene una facultad dispositiva directa sobre el gasto público, ni sobre el Ejecutivo o la Administración. Y menos de rectificación de las políticas económicas, pues, como se señaló en apartados anteriores, estas por el contrario están asignadas al Gobierno y al Banco de la República.

Lo que sí es claro es que para efectos de cumplir con sus funciones legislativa y de control, previo y posterior sobre las políticas del Gobierno, el Congreso está llamado a fundamentarse en el control fiscal de segundo nivel ejecutado por la EFS, y principalmente, en los informes que sobre las políticas públicas, definidas por el Gobierno, pero también por el Banco de la República, y sobre su ejecución; debe rendirle al órgano de representación popular.

Sin embargo, habría que tener en cuenta que por efectos del mismo diseño institucional expuesto previamente, si bien en el artículo 268 se le asignó al Contralor General de la República, la obligación de presentarle al Congreso una serie de informes

que, en teoría, deben ser la base del control del Congreso sobre el Gobierno; las posibilidades de que este se concrete son muy remotas.

Según la referida disposición, es función del Contralor en relación con el Congreso de la República, entre otras, presentarle al Congreso de la República un informe anual sobre el estado de los recursos naturales y del ambiente (num. 7), a este y al Presidente de la República un informe sobre el cumplimiento de sus funciones y “certificación (sic) sobre la situación de las finanzas del Estado”, y presentarle a la Cámara de Representantes la cuenta general del Presupuesto y certificar el Balance de la Hacienda.

Como se expuso en capítulos previos, mientras que la Cuenta General del Presupuesto y del Tesoro corresponde al informe de los estados financieros básicos del Estado (Balance General (auditado por la CGR), Ejecución Presupuestal y Deuda Pública), y es básico en la discusión previa del proyecto de presupuesto; el informe sobre la Situación de las Finanzas del Estado resulta fundamental para evaluar las políticas públicas y particularmente la gestión del Gobierno. Pero, según se expuso antes, al tener el Gobierno la iniciativa legislativa en materia económica, y más exactamente, el control sobre sus dos principales instrumentos: el Plan Nacional de Desarrollo, y la Ley Anual de Presupuesto; el Congreso como tal no está directamente facultado para modificarlas.

Igualmente limitado es el papel que está llamado a cumplir el Contralor General en estas materias, pues si bien este tiene voz en las comisiones permanentes y en las sesiones plenarias del Senado de la República o de la Cámara de Representantes “cuando allí se discutan temas y funciones propias de la contraloría general (sic)” (art. 40 del Decreto Ley 267 de 2000), quien igualmente podrá solicitar al Congreso de la República, la citación de servidores públicos para que expliquen sus actuaciones; en desarrollo de su control político, es claro que tales limitaciones persisten.

Adicionalmente, aunque cada una de las cámaras del Congreso, o sus respectivas comisiones, pueden citar a los funcionarios para que expliquen o justifiquen sus políticas o su ejecución; lo engorroso del procedimiento para establecer su responsabilidad política, hace que sea prácticamente imposible atribuirle, pues, para que prospere una moción de censura en contra de un ministro se requiere que esta sea aprobada por la “mayoría absoluta” de cada una de las cámaras.

De esta manera el Control Político queda prácticamente reducido a un poder de citación de funcionarios, para escuchar sus “descargos”, sin que conlleve un poder real de sanción, y menos de corrección o de rectificación de la gestión administrativa o de las políticas públicas, en la medida en que, como ya se expuso, el Gobierno Nacional es quien posee iniciativa legislativa en los asuntos más importantes. Es decir, en el establecimiento de las políticas públicas. En estas condiciones, es el Gobierno quien termina no solo fijando, sino además administrando y ejecutando las políticas públicas. En otras palabras, concentrando en sí mismo el control político y el administrativo o interno.

Y no solo éstos. De hecho concentra casi exclusivamente el control o poder de disposición sobre la alta burocracia del Estado, las relaciones exteriores y las fuerzas armadas, contrariando de esta manera el principio fundamental de todo Estado de Derecho: la división y equilibrio real entre las diferentes ramas del poder público y la existencia de mecanismos reales de control o balanceo.

Pero en la práctica, los problemas derivados de este mal diseño institucional, desequilibrado con respecto a los demás órganos de poder, y limitador de las funciones de control del llamado “órgano de representación popular” y “foro de la democracia”, se ven agravados por las reglas (instituciones) informales que se han ido consolidando a lo largo de su historia “republicana”.

Así lo expone el profesor Hernández Becerra (2001), quien, refiriéndose al diagnóstico de la llamada Misión Alesina sobre este órgano, señala que en la relación de sus defectos, se omitió mencionar, aunque no debía serlo, “la ineficiencia de la institución, la mala calidad y poca pertinencia de la legislación, su inoperancia como órgano de control político, los graves problemas éticos que afectan su funcionamiento, la inexistencia de apoyos técnicos modernos, la total entrega de los congresistas a la mecánica clientelista y burocrática, las incestuosas relaciones legislativo-ejecutivo promovidas y administradas por los presidentes de la república en aras del desacreditado concepto de ”governabilidad”, (y) la inexistencia de oposición institucional en el Congreso” (Hernández Becerra, 2001).

2. INSTITUCIONES DE CONTROL POLÍTICO DEL GASTO PÚBLICO

2.1. Congreso de la República

Según se dispuso expresamente en el artículo 141 CP, el Congreso se reúne como un solo cuerpo únicamente para la instalación y clausura de sus sesiones, para darle posesión al Presidente de la República, para recibir a jefes de Estado o de Gobierno de otros países, para elegir Contralor General de la República y para decidir sobre la moción de censura que se proponga contra un miembro del Gobierno.

No obstante, en este último caso, en el artículo 135 CP se dispuso que esta última debe ser votada por la mitad más un miembro de cada una de las cámaras en forma separada, previa proposición de la moción de censura por parte de al menos el diez por ciento de los miembros de la respectiva cámara, y que, pronunciada una de estas sobre la moción de censura propuesta, esta inhibe a la otra para pronunciarse sobre la misma.

2.1.1. Las Comisiones Parlamentarias

Para facilitar las funciones del Congreso, cada una de las cámaras (Senado y Cámara de Representantes) se divide en comisiones, sectorizadas por temas o funciones, tanto para abordar la función legislativa, como para el ejercicio del control político, y en tal sentido, ante tales comisiones se tramitan en primer debate los proyectos de ley que formule el Gobierno, especialmente en materia de gasto público (art. 142 CP); los que formulen los propios miembros del Congreso, en temas que no sean de reserva del Gobierno; o los altos funcionarios que están facultados para el efecto (Contralor, Fiscal General, Procurador, etc.), que tengan que ver con sus atribuciones constitucionales.

La Constitución y la Ley establecen la existencia de las siguientes comisiones parlamentarias: **(i) constitucionales de carácter permanente**, que son las encargadas de debatir en primera instancia los proyectos de acto legislativo o de ley que se radiquen ante la secretaría (art. 2, Ley 3 de 1992), y por lo tanto, de ejercer un control previo sobre los mismos; **(ii) comisiones legales, (iii) especiales y (iv) accidentales** (art. 53, Ley 5 de 1992)⁷².

Sin embargo, durante las sesiones extraordinarias que convoque el Gobierno, el Congreso únicamente puede ocuparse de los temas que para el mismo le platee.

2.1.1.1. Comisiones constitucionales permanentes

Con respecto a las primeras; esto es, a las comisiones constitucionales permanentes, actualmente está prevista la existencia de siete en cada una de las dos cámaras:

La Comisión Primera, llamada de asuntos constitucionales, es la encargada del trámite inicial de los proyectos de acto legislativo reformativos de la constitución, leyes

⁷² Sin embargo, en el artículo 1° de la Ley 3 de 1992, la denominación del tipo de comisiones es diferente, al relacionarse, en cambio, como tipos de comisiones, las (i) Comisiones Constitucionales Permanentes, (ii) Comisiones Legales, (iii) Comisiones Accidentales, y (iv) Otras comisiones (sic).

estatutarias; organización territorial; organismos de control; normas generales sobre contratación administrativa; notariado y registro; estructura y organización de la administración nacional central; de los derechos, las garantías y los deberes; rama legislativa; políticas de la paz; propiedad intelectual; variación de la residencia de los altos poderes nacionales; y asuntos étnicos.

La Comisión Segunda, o de asuntos internacionales, encargada del trámite inicial de los proyectos de ley relativos a la política internacional; defensa nacional y fuerza pública; tratados públicos; la carrera diplomática y consular; el comercio exterior e integración económica; política portuaria; relaciones parlamentarias, internacionales y supranacionales, asuntos diplomáticos no reservados constitucionalmente al Gobierno; políticas de fronteras y sobre nacionalidad, extranjeros e migración; leyes de honores y monumentos públicos; servicio militar; zonas francas y de libre comercio; y contratación internacional.

La Comisión Tercera, o de asuntos económicos, encargada del trámite y discusión inicial de los proyectos de ley relativos a la hacienda y crédito público, como los impuestos y contribuciones, exenciones tributarias, régimen monetario, régimen del Banco de la República, monopolios, autorización de empréstitos, mercado de valores, Planeación Nacional, régimen cambiario, financiero, bursátil, de ahorro, y de las aseguradoras.

La Comisión Cuarta, o de asuntos presupuestales, que se encarga del trámite inicial de los proyectos relativos a las leyes orgánicas de presupuesto; del sistema de control fiscal financiero; las relativas a la enajenación y destinación de bienes nacionales; regulación del régimen de propiedad industrial, patentes y marcas; creación, supresión, reforma u organización de establecimientos públicos del orden nacional; control de calidad y precios, y contratación pública.

La Comisión Quinta, encargada del trámite y discusión inicial de los proyectos relativos a asuntos agropecuarios; ecología; medio ambiente y recursos naturales; adjudicación y recuperación de tierras; recursos ictiológicos y asuntos del mar; minas y energía; y corporaciones autónomas regionales.

La Comisión Sexta, encargada del trámite y discusión inicial de los proyectos de ley relativos a comunicaciones y manejo del espectro electromagnético; régimen tarifario y de los servicios públicos; investigación científica y tecnológica; órbita geoestacionaria; sistemas digitales de comunicación e informática; espacio aéreo; obras públicas y transporte; turismo y desarrollo turístico; y educación y cultura.

Finalmente, la Comisión Séptima, encargada del trámite y discusión inicial de los proyectos relativos a la regulación laboral de los servidores públicos y trabajadores particulares; régimen de las organizaciones sindicales; de las sociedades de auxilio mutuo; de la seguridad social; de las cajas de previsión social; de los fondos de prestaciones; de la recreación, deporte y salud; vivienda; economía solidaria; asuntos de la mujer y de la familia.

Todas estas comisiones, como se indicó, están llamadas a ejercer un control inicial y de carácter previo a la aprobación del proyecto que ha de convertirse en Ley (o a su archivo), y por ello juegan un papel muy importante en la definición de los asuntos económicos.

2.1.1.2. Comisiones Legales

Tanto en la Ley 3ª, como en la 5ª, de 1992, se previó la existencia de comisiones de creación y naturaleza legal, llamadas por ello, comisiones legales. Con esa condición, en la Ley 5ª, que es de carácter orgánico (reglamentaria del Congreso de la República) se dispuso la existencia, en primer lugar, de las llamadas “Comisiones Legales” (lo que no implica que

las demás creadas por la misma ley no lo sean), en la Sección Segunda (art. 55): (i) de los Derechos Humanos y Audiencias, (ii) Ética y Estatuto del Congresista, y (iii) de Acreditación Documental.

La Comisión de los Derechos Humanos y Audiencias está conformada por 10 Senadores y 15 Representantes, y tiene a su cargo la defensa de los derechos humanos, especialmente mediante el control político y sobre la gestión de las autoridades encargadas de velar por el respeto de los derechos humanos, diferentes del propio Congreso, a través de la Celebración de audiencias especiales en las que los ciudadanos pueden expresar sus inquietudes y quejas frente al tema.

Por su parte, la Comisión de ética y estatuto del congresista está compuesta por 11 miembros en el Senado y 17 de la Cámara de Representantes y tiene a su cargo las funciones de pronunciarse y resolver los conflictos de interés que en que sus miembros puedan verse incurso, así como sobre las posibles violaciones al régimen de incompatibilidades e inhabilidades de los congresistas, teniendo como referente el Código de Ética expedido por el Congreso.

Finalmente, la Comisión de acreditación documental está conformada por 5 miembros de cada corporación y está llamada a estudiar y verificar los documentos que acrediten las calidades exigidas de quienes aspiran a ocupar cargos de elección en el Congreso.

En segundo lugar, la misma ley previó la existencia de otras comisiones, también llamadas específicamente “legales”, en la Cámara y Senado:

2.1.1.2.1. La Comisión Legal de Cuentas de la Cámara de Representantes

La Comisión Legal de Cuentas de la Cámara de Representantes se integra por nueve miembros y llamada a desempeñar un importante papel en el control del gasto público,

como quiera que tiene a su cargo la revisión inicial de la Cuenta General del Presupuesto y del Tesoro (Ejecución Presupuestal, Balance General Consolidado de la Nación y sus entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, previamente auditado por el Contralor General, e Informe sobre el Estado de la Deuda Pública Consolidada), y proponer su fenecimiento o no a la plenaria de la Cámara de Representantes, mediante un proyecto de resolución que debe ser publicado en la Gaceta del Congreso, y sometido a votación por parte de su plenaria⁷³.

Para el efecto, la Comisión dispone de un plazo de seis meses contados desde la fecha de la presentación de la cuenta por parte del Contralor General, aunque previamente debe otorgar a los responsables un plazo prudencial para que ejerzan su derecho de contradicción, con respecto a los cargos que se le llegare a imputar en el respectivo pliego.

Vencido ese plazo, se debe remitir el proyecto de resolución a la Cámara en pleno para que decida si fenece o no dicha cuenta, y de no hacerlo dentro de ese plazo, se entenderá que la cuenta fue fenecida (aprobada)⁷⁴.

Si del examen practicado por la Comisión Legal de Cuentas se establece que puede atribuírsele responsabilidad al Presidente de la República o a uno o varios de sus Ministros, el proyecto de resolución debe contemplar su envío a la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, para que, así lo estima ésta, se promueva la respectiva moción de censura para el Ministro o Ministros involucrados, lo que supone que el Presidente escapa a esa responsabilidad.

Esta comisión, entonces, está llamada a ejercer control financiero posterior sobre los resultados del Gobierno, aunque mediante un proceso que virtualmente hace imposible que

⁷³ Art.310 de la Ley 5ª de 1992

⁷⁴ Art. 38, Ley 42 de 1993

pueda derivar en responsabilidad para los miembros del Gobierno que resulten comprometidos en gestiones ineficientes o ineficaces. A ellas nos referimos más en detalle en el siguiente apartado.

2.1.1.2.2. La Comisión de Investigaciones o Instrucción de la Cámara de Representantes

La Comisión Legal de Acusaciones de la Cámara de Representantes (art. 308), también denominada en una disposición posterior Comisión de Instrucción de la Cámara de Representantes (art. 327)⁷⁵; tiene a su cargo, como su nombre lo indica, investigar o instruir las acusaciones que se formulen contra los funcionarios sometidos a su fuero, y eventualmente, acusarlos ante el Senado de la República, a pesar de lo cual, también se previó que “la Comisión del Senado” encargada de su trámite, ya en la etapa del enjuiciamiento, también podrá ordenar la práctica de pruebas (art. 349).

La Comisión de Investigaciones, o de Instrucción (como también se le denomina) de la Cámara de Representantes, se conforma por siete representantes investigadores que, además, deben ostentar la calidad de abogados; y tiene como función principal asumir las denuncias formuladas contra el Presidente de la República, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional, del Consejo Superior de la Judicatura, el Fiscal General de la Nación, y los miembros de la Comisión de Aforados, por hechos y omisiones ocurridos durante su desempeño en los cargos (art. 174, A.L. 2/2015, art. 5°).

El representante investigador debe realizar la instrucción del proceso y proyectar y proponer el proyecto de resolución con el que se califique si hay lugar a la acusación ante el Senado, o al archivo del proceso, el cual debe someterse a la plenaria de la Cámara, primero, y luego, del Senado.

⁷⁵ Aunque en el art. 347 se cambia su denominación por la de Comisión de Investigación y Acusación.

Si la Cámara aprueba el proyecto de resolución de preclusión de la investigación, se archivará el expediente, y si no, designará una comisión de su seno para que proyecte la correspondiente resolución de acusación (art. 343, Ley 5 de 1992).

2.1.1.2.3. La Comisión de Instrucción del Senado de la República

A pesar de que la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes tiene a su cargo la investigación e instrucción de los procesos contra funcionarios aforrados, para que en caso de que exista mérito para ello, se les acuse ante el Senado, previa aprobación del respectivo proyecto de resolución de acusación por parte de la plenaria de comisión, y luego, de la Plenaria de la Cámara, lo que supone que, mientras la Cámara investiga, el Senado Juzga; en la Ley 5 de 1992, se dispuso que, si la Cámara aprueba el proyecto de acusación, este se le remita al Presidente de la Comisión de Instrucción del Senado, lo que conlleva, no sólo la extensión de la fase investigativa a la del juicio, sino que las dos cámaras la puedan llevar a cabo, con lo cual el Senado termina ejerciendo como investigador y como juez (art. 344 Ley 5 de 1992), y, en todo caso, en forma redundante.

Si el nuevo instructor encuentra procedente la acusación, debe someter el proyecto de acusación a la plenaria de la comisión, y luego a la del Senado, antes de que este pueda citar a audiencia de juicio al investigado, para que sea, nuevamente la plenaria, por mayoría de dos tercios de los presentes, la que decida sobre la misma, una vez se practiquen las pruebas pedidas por este, se resuelva sobre las recusaciones que formule.

Conforme a lo dispuesto en el art. 175 CP, si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones, o a indignidad por mala conducta, el Senado no podrá imponer otra pena que la de destitución del empleo, o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos, y si se refiere a delitos “comunes”, se limitará a declarar

si encuentra o no procedente que se le siga causa al imputado, pero ante la Corte Suprema de Justicia.

En estas condiciones, resulta virtualmente imposible que se responsabilice penal, disciplinaria o “políticamente” a un funcionario aforado, como lo muestra la historia republicana, en la que sólo ha sido condenado el único dictador reconocido oficialmente como tal que tuvo el país durante el siglo XX: el General Rojas Pinilla.

2.1.1.2.4. Otras comisiones legales

-La Comisión Legal para la Equidad de la Mujer tiene a su cargo la promoción de políticas y acciones en favor de las mujeres, y se integra por miembros de las dos cámaras, quienes sesionan conjuntamente, previa convocatoria de la Mesa Directiva.

-La Comisión Legal de seguimiento a organismos de inteligencia y contrainteligencia, conformada por 8 miembros, a razón de 4 senadores y 4 representantes, está llamada a desarrollar el control y seguimiento político de las actividades de inteligencia y contrainteligencia, por parte de los organismos del Estado encargados de ello.

-La Comisión Especial de Modernización, tiene a su cargo la promoción de procesos de modernización de la función legislativa, y del Congreso, así como el apoyo a las Mesas Directivas de las dos Cámaras y la coordinación de la cooperación internacional.

-Las Comisiones de Acreditación Documental de Senado y Cámara, están compuestas por cinco miembros que son elegidos para un período de cuatro años, y tiene la función de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para tomar posesión en cargos en el Senado y la Cámara de Representantes; para finalizar,

En tercer lugar, la misma Ley previó la existencia de otros dos tipos de comisiones: las especiales y de seguimiento o vigilancia (arts. 62 y 63) y las accidentales (art. 66). Entre las primeras:

2.1.1.3. Comisiones especiales de seguimiento y vigilancia

-Las Comisiones adscritas a organismos nacionales o internacionales.

La Comisión Asesora de Relaciones Exteriores es un cuerpo consultivo del Presidente de la República, y está compuesta por los expresidentes de la República elegidos por voto popular, doce miembros elegidos entre los integrantes de las Comisiones Segundas Constitucionales (cada una elige a tres), y dos miembros designados por el Presidente de la República, para la fijación de políticas públicas en materia de Política Internacional y diplomática, tratados públicos, seguridad exterior, límites terrestres y marítimos, espacio aéreo, mar territorial y plataforma continental, Carrera Diplomática y Consular. 6. Proyectos de Ley sobre materias propias del ramo de Relaciones Exteriores.

-Las Comisiones Especiales de Seguimiento, que son:

-Las Comisiones de Vigilancia de los Organismos de Control Público.

-Las Comisiones de Vigilancia y Control del Organismo (función) Electoral de cada cámara, que tienen como función ejercer vigilancia sobre las funciones electorales que está llamado a cumplir el Congreso.

-Las Comisiones de Vigilancia del Proceso de Descentralización y Ordenamiento Territorial, que están llamadas a evaluar y vigilar la política pública relacionada con el ordenamiento territorial y la estructura político – administrativa del país; y,

-La Comisión Interparlamentaria de Crédito Público, que está integrada por tres miembros de las comisiones constitucionales terceras de cada una de las cámaras, para ejercer control político con respecto a las operaciones de crédito público externo e interno, y sobre sus efectos en la balanza de pagos.

En cuarto lugar, y por último, la Ley 5ª de 1992 previó la existencia otro tipo de comisiones parlamentarias a las que denominó, accidentales y de conciliación.

2.1.1.4. Las Comisiones accidentales y de conciliación

Este tipo de comisiones se integran cuando surgen discrepancias en las cámaras respecto de un proyecto, y se integran por un mismo número de miembros de una y otra cámara para que concilien los textos legales objeto de desacuerdo, por mayoría.

Debido al abuso de este instrumento legislativo que llegó a cobrar inusitada relevancia en sonados casos en los que estas comisiones llegaron inclusive a variar el texto aprobado por las plenarios; a partir de la aprobación del Acto Legislativo 01 de 2003, el texto así conciliado se debe someter a su vez a la aprobación de la respectiva plenaria, y, en caso de que no exista consenso, se considera negado el proyecto.

2.2. Los partidos políticos

Los partidos políticos son estructuras que se constituyen en las instancias de articulación entre la ciudadanía (el electorado) y el Congreso, y dentro de este, en sus sujetos e instituciones principales de ejercicio político, y por tanto, para el control político del gasto público.

Control que, como se ha expuesto, está previsto que se ejerza en forma previa, principalmente en las discusiones que anteceden la aprobación de las leyes de alcance económico, bien sea las que decretan impuestos y contribuciones fiscales, como las que deciden el destino de su recaudo, mediante las leyes anuales de presupuesto; pero también en forma posterior a su ejecución, especialmente al momento de pronunciarse sobre el fenecimiento de la Cuenta General del Presupuesto y del Tesoro, para lo cual juegan un importante papel los informes que sobre la misma le rinde la Contraloría.

De manera que este control se constituye también en una instancia de articulación entre el control objetivo que ejerce la EFS y el subjetivo, a cargo, en un primer nivel, del propio Congreso y en un segundo nivel, del electorado.

¿Por qué nos referimos al electorado y no a la ciudadanía? Pues porque es este, con su decisión de asistir o abstenerse de ir a las urnas, primero, y, segundo, de votar a favor o en contra de un partido o de una gestión gubernamental o de un enfoque político, vertido en unas políticas definidas o apoyadas por esas estructuras; el que en realidad tiene el poder de validarlas o reprobarlas, y en últimas, de incidir en su modificación o permanencia, mediante un instrumento concreto previsto para el efecto: “el voto se constituye en mecanismo mediante el cual se manifiesta la decisión o preferencias de política pública” (Barro, 1999).

Es en ese ejercicio dialéctico en el que resultan determinantes los partidos políticos, como organizaciones conformadas por individuos, con la pretensión de representar colectivamente sus intereses y anhelos, y por tanto, las tendencias de apreciación, eminentemente subjetiva, previa o posterior, a todo mandato político que culminó o ha de ejercerse durante un período determinado. Por eso, la legitimidad de su ejercicio está condicionada por el grado o nivel de representatividad, de esas mayorías, con el que actúen.

Y, aunque con Roll (2002) consideramos que “Un análisis de los partidos políticos colombianos excede esta reflexión o cualquiera investigación que se haya hecho hasta el momento, puesto que dar cuenta de una realidad tan compleja requerirá de un esfuerzo colectivo de estudiosos del tema, que aún está por realizar”; para los efectos de este trabajo, que –no sobra reiterarlo- es sobre las instituciones de control del gasto público, sí que resulta indispensable, al menos, además de analizar el papel que formalmente estas organizaciones están llamadas a desarrollar en torno a dicho control; exponer las principales razones que pueden afectar esa representatividad; o lo que es lo mismo, la legitimidad de su acción.

Acción que, como en el caso de las demás instituciones de control en Colombia, atraviesa una profunda crisis, derivada precisamente de su falta de representatividad, y con ello, de legitimidad, al igual que sucede en muchos países, y que, de la misma forma en que sucede en otros niveles de control, deriva en gran parte del diseño institucional vertido en la Carta Política, como se expuso en el capítulo correspondiente al Control Gubernamental, en el que se demostró que dicho diseño conlleva la virtual imposibilidad de atribuirle responsabilidad política al partido o partidos que posibilitan la elección de un mandatario o gobernante nacional o local, en la medida en que éstos se pueden postular o elegir directamente por firmas o coaliciones; lo que dificulta enormemente atribuirles responsabilidad por sus fallas (o aciertos).

Por eso, asumiendo, también como ROLL, que la crisis de representatividad de los partidos políticos es un fenómeno generalizado y extendido a nivel global, que los ha llevado a constituirse, según Von Beyme, en un especie de "gigantes desconcertados", habría que admitir, como él, que si no existiesen, de todas maneras tendrían que inventarse; precisamente teniendo en cuenta que esa crisis de representatividad es producto de múltiples factores, como su desideologización y la pérdida de interés de la ciudadanía en la política, lo que se traduce en un creciente abstencionismo, y en el surgimiento de los llamados movimientos sociales que canalizan (o pretenden hacerlo) las preocupaciones e iniciativas colectivas, coyunturalmente.

Pero en Latinoamérica, y por supuesto en Colombia, el tema de la representatividad resulta de particular importancia en término de gobernabilidad, pues esta suele moverse entre el ímpetu desarrollista de sus gobiernos, y la búsqueda de apoyo de la sociedad civil, lo que puede desembocar en una democracia limitada, como, según Roll (2002: 18), se verificó, primero en Colombia, y luego, en la región.

En lo que no estamos de acuerdo con Roll es en que sostenga que es “mucho más importante la homogeneidad cultural, étnica, religiosa de una sociedad para determinar la estructura del sistema de partidos que el diseño institucional”; pues, como se ha expuesto a lo largo de este estudio, el diseño institucional colombiano, no solamente juega un papel fundamental en la conformación y funcionamiento de las estructura electorales, o partidistas, sino que milita abiertamente en contra de la consolidación de un verdadero régimen de partidos.

Entre otras, por cuanto impide la atribución precisamente de responsabilidades políticas por la gestión de los gobernantes y de los partidos que estas estructuras llevan al poder, o lo que es lo mismo, que se consolide una saludable dialéctica partidista de ensayo-ajuste de políticas promovidas por partidos alineados en torno a intereses de sectores representativos de la sociedad, alternándose en el poder, como sucedió en la Colombia de los años previos al Frente Nacional, en la que estos se diferenciaban ideológicamente, más o menos en forma clara.

Y, aunque, como se expuso antes, en las democracias representativas, los partidos políticos defienden una ideología que pretende reflejar las preferencias de los ciudadanos, por lo cual se constituirían en el instrumento adecuado para la toma de decisiones públicas. dos factores principales pueden distorsionarlo: el comportamiento de los empleados públicos y la actuación de los grupos de interés (Cuenca y Gonzalez; 2016: 282).

Los primeros pueden alterar la voluntad democrática expresada en las decisiones públicas, por las ventajas propias de sus cargos y sus intereses particulares; y los segundos, por su capacidad para organizarse y constituirse en grupos de presión para influir en las decisiones que adopten los políticos y empleados públicos, si existen beneficios apropiables exclusivamente por sus miembros, “independientemente de los costos, que se repartirán

entre toda la sociedad” (idem: 283).

Esto es particularmente cierto, aunque no exclusivo, del régimen político colombiano, debido al enorme poder de los conglomerados económicos constituídos y reconocidos en el país como verdaderas instituciones informales de control sobre el gasto y la gestión públicas en su beneficio.

Por supuesto, estos grupos deslegitiman completamente a los partidos políticos y a los gobernantes elegidos con su concurso, en cuanto terminan sirviendo al interés particular de tales grupos, antes que a las mayorías ciudadanas que deben representar. Aunque el costo suele también traducirse en términos económicos, como impuesto que dejan de recaudarse, o subvenciones que se pagan sin justa causa, en dinero o en especie (p.ej. baldíos, o exclusividad del espectro electromagnético).

3. LA IMPORTANCIA DEL CICLO POLÍTICO O LA ALTERNANCIA DE LOS PARTIDOS

Recurrentemente se dice que Colombia es la democracia más estable de América Latina, a partir de la organización ininterrumpida de elecciones a lo largo de su historia, que, de una u otra manera, han supuesto la alternancia de los dos partidos tradicionales en el poder. Pero, lo que nos enseña la historia es que esta estabilidad que se predica de su régimen político, ha sido fruto de la hegemonía periódica de uno de esos partidos, o, posteriormente, de su acción mancomunada, como consecuencia de los acuerdos partidistas que derivaron en el Frente Nacional; los que, si bien pusieron fin años de enfrentamientos violentos entre las dos facciones políticas principales, han tenido graves implicaciones políticas y para la legitimidad de su sistema.

Y es que, fue precisamente durante el Frente Nacional ⁷⁶, cuyo objetivo principal fue oficialmente el de “conseguir la paz del país y lograr acabar con los numerosos grupos armados fuera de la ley que operaban en el territorio nacional” (Cruz, 2011), que se quebró abruptamente el poder de diferenciación política y de decisión del electorado, desde la misma institucionalidad (elevándose inclusive a rango constitucional); lo que supuso el fin de la competencia interpartidista por el poder, en favor de una clase política, que a partir de entonces se tornó aún más excluyente, sobre la base de acuerdos que perseguían un interés económico o político particular⁷⁷.

De esta manera se rompió la dialéctica política, o el ciclo político, que tiene por objeto reacomodar las fuerzas frente al poder político, en el cual los mecanismos de distribución, participación y relaciones con el poder pueden variar de manera radical (Osornio, 2001).

¿Existiría entonces, teniendo en cuenta la definición de ciclo político, una alternancia de los partidos en el poder en Colombia? A continuación, una presentación breve, pero indispensable, sobre la historia de los partidos políticos en Colombia para evidenciar sus particularidades, y posteriormente sobre los modelos que serían ideales en el marco de un sistema de partidos que permita la existencia del ciclo político.

Los partidos políticos en Colombia, nacen a mediados del siglo XIX, al contraponerse los patriotas, partidarios de la independencia de España y la conformación de

⁷⁶ El Frente Nacional fue una coalición política concretada en 1958 entre el Partido Liberal y el Partido Conservador de la República de Colombia. A manera de respuesta frente a la llegada de la dictadura militar en 1953, su consolidación en el poder entre 1954 y 1956, y luego de una década de grandes índices de violencia y enfrentamientos políticos radicales, los representantes de ambos partidos, Alberto Lleras Camargo (Partido Liberal) y Laureano Gómez Castro (Partido Conservador), se reunieron para discutir la necesidad de un pacto entre ambos partidos para restaurar la presencia en el poder del Bipartidismo (Banco de la República de Colombia, Biblioteca Virtual, 2015).

⁷⁷ Sartori plantea, que para que un sistema de partidos sea bipartidista, debe existir una competencia de partidos y una posibilidad de alternancia que se encuentra sometida a la incertidumbre política. En cuanto al caso colombiano, vemos como una coalición de los dos partidos tradicionales se posesiona en el poder y se lo alterna por 16 años, en este caso, según la misma clasificación que este autor nos propone, estamos frente a un sistema de partidos hegemónico, como trataremos de mostrarlo más adelante.

la República, a los realistas, partidarios mantener de la obediencia al Rey y de la permanencia de las instituciones coloniales, aunque las diferencias también se dieran en torno a sus preferencias por el federalismo o centralismo, el librecambio o el proteccionismo, e incluso, por razones caudillistas, entre santanderistas y bolivarianos (Ocampo, 2006: 145).

En sus inicios, los dos partidos se diferenciaban filosófica, ideológica y políticamente en forma clara. Por una parte, los liberales eran partidarios de las libertades de enseñanza, de opinión, de comercio y de culto, y por tanto, de la separación e independencia entre Estado e Iglesia. Los conservadores postulaban lo opuesto: el respeto al orden vigente, y en especial a la doctrina y autoridad católica, tal como lo había sido desde el período colonial (Ocampo, 2006: 145).

Durante los siguientes cien años, sin embargo, el instrumento principal de su accionar fue la violencia, lo que llevó a varias guerras con un enorme costo en vidas y para la economía del país, que lo empobrecieron aún más; la más grave de ellas, hacia 1899, denominada de los Mil Días, que consistió en “una pugna entre conservadores y liberales por el poder, (...) el país empobrecido, había destruido sus industrias, las vías de comunicación, la deuda externa e interna eran considerables, la libra esterlina, tipo de cambio de la época, había pasado en 1898 de 15.85 pesos papel hasta llegar a cotizarse en 1903 a 505 pesos” (Marín, 2006: 57).

Pero esa pugnacidad fue más visceral desde sus comienzos, que racional, como lo plantean Sánchez y Merteens (2002: 21) los levantamientos, desde la independencia, no son la expresión de la insubordinación de la conciencia social del pueblo, sino una rebelión instintiva contra las injusticias acumuladas a lo largo de los siglos, producto de la dinámica represión-insurrección.

La guerra trae un período de estabilidad política y de continuidad del partido en el poder, durante el período comprendido entre 1886⁷⁸ y 1930, conocido históricamente como el Gobierno Conservador. Este periodo es denominado de tal manera porque los dirigentes del país fueron conservadores; desde Rafael Núñez, hasta Miguel Abadía Méndez. La distribución del poder en las ramas del poder público era desigual, debido a que el sistema electoral adoptado y las prácticas políticas del país permitían al ejecutivo garantizar el triunfo de los candidatos oficiales utilizando diferentes mecanismos de sistema electoral y diversas formas de coacción y presión sobre votantes, jurados o jueces electorales.

Sólo dos representantes a la Cámara y ningún senador fueron elegidos entre 1888 y 1904 por la oposición liberal, y en estos casos se debía en buena parte a una actitud condescendiente de ciertos sectores del partido de gobierno. La rama judicial estaba sometida al ejecutivo, que nombraba los magistrados de la Corte Suprema y de los tribunales regionales; sólo podía juzgar sobre la inconstitucionalidad de las leyes a petición del Presidente de la República” (BLAA, 2015).

A partir de la década de 1930, ocurren una serie de cambios políticos que darán paso a lo que se conocería como La República Liberal, previa la conformación de un movimiento denominado "Concentración Nacional", de composición bipartidista, que conduciría posteriormente hacia la llamada hegemonía liberal (Tirado, 1997).

“La conjunción política de un gobierno liberal y democrático, y un parlamento homogéneamente liberal, fuertemente influenciado por las ideas socialdemócratas de la época, facilitaron la introducción de figuras como la función social de la propiedad, el derecho de huelga, el derecho de asociación, la intervención del Estado en la economía, el

⁷⁸ Año de la anterior Constitución Política 1886. Constitución que rigió la vida de Colombia desde 1886 hasta 1991 y que consagra el carácter confesional del Estado-nación, una fuerte centralización y presidencialismo.

sufragio universal para los hombres, la reforma a la educación -que le devolvía al Estado colombiano su control fiscalizador sobre la educación, que había perdido desde la Constitución de 1886- y el Concordato, firmado el año siguiente” (Gelvez, 2015).

Pasarían 16 años de la República Liberal, y debido a las divisiones dentro del partido liberal posteriormente se hacen al poder el conservador Mariano Ospina (1949-1950) y luego Laureano Gómez (1950-1953): “Laureano fue elegido Presidente en pleno período de La Violencia, desatada tras el asesinato del liberal radical Jorge Eliécer Gaitán durante el gobierno de Ospina. Actuó como un dictador civil y contribuyó a la intensificación del conflicto, por lo cual fue derrocado por el General Gustavo Rojas, con la ayuda de los conservadores moderados” (Roll, 2002: 282).

Es este ambiente el que llevaría a que en el país se instaurara una dictadura militar: “El ascenso paulatino de los militares en la política, luego del 9 de abril de 1948, llevó finalmente al poder a Gustavo Rojas Pinilla en 1953. El golpe de estado fue anunciado, consentido y propiciado por parte de la élite civil. No obstante, una vez en el poder, Rojas empezó a alejarse de la dirigencia tradicional y de los partidos, y convirtió a su gobierno en una dictadura de carácter más personal e incluso militar” (Atehortua, 2010: 33).

Posterior a la dictadura, se presenta un periodo conocido con el nombre de Frente Nacional. Este régimen finalizó de manera oficial en 1974, pero tuvo la particularidad de “legar onerosos mecanismos de legitimación, producto de la pérdida de fuerza de los partidos en su función de representación (...) de ahí en adelante comienza a vislumbrarse una crisis política” (Meyer & Reyna, 2005: 79), que se llevará consigo en los años siguientes, los partidos políticos tradicionales.

Tras la finalización del Frente Nacional vendrían dos presidentes liberales (López Michelsen y Turbay Ayala), seguido de uno conservador (Betancur), y luego tres

presidentes liberales (Barco, Gaviria y Samper), para finalizar el siglo XX con un presidente conservador (Andrés Pastrana), que no obstante, se postuló como “independiente”.

Durante este periodo “El estado de excepción se convirtió, por lo menos hasta 1991, en un instrumento ordinario de la política gubernamental. He aquí cuatro indicaciones de esta anomalía. 1) La excepción era casi permanente.(...), en los 21 años transcurridos entre 1970 y 1991 Colombia vivió 206 meses bajo estado de excepción, es decir, 17 años, lo cual representa el 82% del tiempo transcurrido.(...) 2) Buena parte de las normas de excepción han sido legalizadas por el Congreso, lo cual ha convertido al Ejecutivo en un legislador de hecho. 3) Hubo períodos en los cuales se impusieron profundas restricciones a las libertades públicas, a través, por ejemplo, de la justicia penal militar para juzgar a los civiles. A finales de 1970 el 30% de los delitos del Código Penal eran competencia de cortes marciales; y, 4) La declaratoria y el manejo de la excepción desvirtuaban el sentido y alcance de las normas constitucionales sobre la materia, debido a la ausencia total de un control político y jurídico” (García, 2008: 94).

Finalmente, después de que se expidiera la Constitución de 1991, se evidencia la poca credibilidad y la crisis por la que atraviesan los partidos tradicionales. Pero con las facilidades que la Carta otorga para un ejercicio político más plural, han sabido mantenerse en el poder hasta el día de hoy.

Los hechos históricos señalados anteriormente son relevantes en la medida en que nos permiten evidenciar que, a pesar de la importancia de la alternancia genuina de los partidos políticos en el poder; el “bipartidismo” fue tóxico para el incipiente sistema de partidos que hasta entonces se tenía, y por lo tanto para la legitimidad de su democracia.

Esta situación “jurídica” se agravaría, además, por efectos de la extensión de su vigencia, una vez expirado el plazo previsto, con lo cual, el sistema bipartidista excluyente estuvo vigente en la práctica en Colombia, hasta la expedición de la constitución de 1991. Este sistema de partidos, según (Sartori, 1980), se caracterizan por la existencia de dos partidos principales [en este caso Liberal y Conservador], que consiguen la práctica totalidad de los escaños en disputa, y por una diferencia mínima entre los dos.

De esta manera, en el caso colombiano, no se ha podido consolidar un verdadero sistema de partidos durante su historia republicana en la medida en que el país ha oscilado entre períodos hegemónicos (Hegemonía Conservadora, y la República Liberal), y el frente-nacionalismo, durante el cual se alternaron en la presidencia, pero compartiendo los privilegios derivados del poder, mediante arreglos burocráticos, con lo cual se imposibilitando políticamente cualquier tipo de controles y contrapesos, favoreciendo las prácticas clientelistas y corruptas.

Y es que, en un sistema de partido de gobierno, conformado por la élite política, como el que se derivó del Frente Nacional, contrario al bipartidista, en el que, según el mismo Sartori (1980) “El gobierno formado por un solo partido y la expectativa de alternancia son, pues, las dos características principales del bipartidismo” por lo que “los dos partidos centran sus esfuerzos en conseguir el voto del electorado situado entre los dos partidos”; conlleva a que ninguna de las diferentes facciones o estructuras políticas que lo integran, se esfuerce por conquistar el voto del electorado, mediante propuestas políticas diferenciables y contrastables, o su desempeño en el gobierno, y por tanto, en una mejora en la postulación de tales políticas o en su ejecución.

Ahora bien; esto no significa que, como lo postula el mismo autor, en un “Sistema de partido hegemónico”, no puedan existir o ser reconocidas otras fuerzas políticas, pues,

“Este tipo de sistema de partidos permite la existencia de otros partidos, pero no permite la competencia política para el ejercicio del poder” (Sartori, 1980: 88).

Por eso no es extraño que, durante la Hegemonía Conservadora y la República Liberal, fueran utilizados diversos medios (tanto legales como ilegales) para la obtención de votos, que aseguraran la mayoría en el poder, a pesar de lo cual, en el contexto del Frente Nacional no se tuvieron en cuenta otras alternativas por fuera del tradicional eje liberal-conservador, y antes bien se reprimiera toda nueva o diferente, como las nacientes iniciativas de izquierda latinoamericana, principalmente el Partido Comunista, cuya participación electoral se permitió sólo porque servía o era útil para legitimar el sistema electoral.

En efecto, aunque estaba previsto que sólo los dos partidos tradicionales se turnarían en la Presidencia, se permitió la existencia de otros partidos y movimientos, regularmente encabezados por un caudillo, que únicamente “sirven para dar una imagen de pluralismo político, pero la igualdad es en realidad inexistente, puesto que no se dan posibilidades de alternancia o rotación en el poder”.

Por eso, afirma el mismo Sartori (1980) que si bien los otros partidos pueden llegar a obtener representación parlamentaria, no pueden llegar nunca a participar en el proceso de decisión sobre las políticas públicas, y tampoco a ejercer un control político sobre la acción del gobierno.

Esto es de particular importancia en cuanto al control fiscal se refiere. Si tenemos en cuenta que, de las hegemonías conservadora y liberal se pasó a un sistema de partidos hegemónico “bipartidista” y excluyente como el del Frente Nacional, y luego, a las coaliciones de Gobierno, también hegemónicas; tendremos una respuesta al por qué los medios de control político son disfuncionales o puramente formales.

Cuando no existe una alternancia en los partidos políticos, ni tampoco la posibilidad de hacerle un contrapeso en el Congreso ni en las demás instituciones del Estado, el Gobierno, no existe en realidad una capacidad para ejercer un control ni anterior ni posterior del gasto público.

Como lo expone Hernández Becerra (2001: 181), en Colombia “los elegidos no responden ante nadie. No existe la responsabilidad política propia del funcionamiento de la democracia en naciones civilizadas. La reelección no depende de la opinión, salvo en Bogotá y otros grandes centros urbanos. Depende, por regla general, de la capacidad económica de las campañas, porque los votos sencillamente se compran”.

Por eso, “en nuestro sistema político no existe en absoluto la noción de responsabilidad política y ello obedece en mucho justamente a la falta de partidos políticos, que en rigor no existen”.

Y si bien la Constitución de 1991 conllevó algunos avances en ese frente, Colombia es aún gobernada de manera a la vez desbalanceada y sin controles, que afecta la eficiencia económica y el crecimiento: “En particular, la división de poderes institucional es inadecuada. Provisiones constitucionales que intentan atrincherar resultados económicos y sociales poco factibles han resultado en leyes distorsionantes en el poder judicial, que han disminuido significativamente las capacidades de formulación de política y de leyes de las otras ramas del gobierno” (Kugler, 2000: 21).

Además, a la exclusión política habría que sumarle la tendencia a gobernar y a sofocar todo intento de participación política diferente mediante la coacción como forma de reacción ante la falta de representatividad para resolver institucionalmente las tensiones

derivadas de las crecientes demandas populares y la falta de identidad de las estructuras partidarias con esas demandas.

Eso explica que, desde la década de los 70 hasta la expedición de la Constitución del 91, el Estado de Sitio, como forma de ejercicio político, fuese permanente, lo que terminaría propiciando el desvanecimiento de la frontera entre lo legal y lo ilegal y el salto hacia el no-derecho, no sólo de funcionarios del Estado sino también de algunos particulares (García, 2008).

Ejemplo de ello, lo constituyen los múltiples decretos expedidos en virtud de declaratorias de Estados de excepción que se hicieron y se siguen convirtiendo en ley, entonces, como ahora, aunque los mecanismos de control frente a los motivos en los que estas se fundamentan, se pretendan más severos⁷⁹. Mecanismo mediante el cual el Presidente de la República tiene una capacidad de acción casi absoluta de disposición del gasto público por una vía diferente a la regular.

Finalmente, en cuanto a este sistema se refiere, el autor señala que “el partido hegemónico tiene la voluntad de cooptar aquellos pequeños partidos con más fuerza potencial y, si ello no es posible, los reprime o limita con barreras electorales (...) e incluso falseamiento de los resultados electorales” (García, 2008: 99).

Durante la Hegemonía Conservadora, no era inusual que los conservadores pudieran ejercer su Derecho al voto tres o cuatro veces, mientras que los liberales tenían suerte si podían votar una vez. A ello se suma que los conteos de votos estaban a cargo del partido

⁷⁹ No solo de forma, sino de fondo. Durante muchos años, el control de constitucionalidad que hacía la Corte era de forma, más que de fondo. Esto cambiaría cuando el grupo guerrillero M-19 se toma el Palacio de Justicia el 6 de noviembre de 1985. Frente a la negativa del poder ejecutivo de negociar con este grupo, se produce una masacre en la que mueren el Presidente de la Corte Suprema de Justicia Alfonso Reyes Echandía y otros 12 magistrados. Este hecho marcará un punto de inflexión en las relaciones del ejecutivo con la rama judicial, cuyo control se hará mucho más minucioso, y más de fondo (Sánchez, 2014).

en el poder (de ahí que se acuñara la célebre frase de “el que escruta elije”), que contrastaba con la imposibilidad de verificación de los resultados. Además, muchas veces, para impedir que los simpatizantes del partido contrario llegaran a las urnas, se hacían uso de medios violentos (que sería una de las causas del período conocido como La Violencia).

Con posterioridad a la expedición de la Constitución de 1991 se establece un sistema de partidos multipartidista. Veamos si las características que plantea Sartori coinciden con las características del sistema después de 1991. Hay dos sistemas de partidos multipartidistas, el sistema multipartidista limitado o moderado y el sistema multipartidista polarizado o extremo; la diferencia principal radica en el número de partidos importantes dentro del sistema, son de tres a cinco o de seis en adelante respectivamente. Colombia a partir de la Carta del 91 se puede enmarcar en la primera clasificación.

Entre sus características se encuentra que “el gobierno acostumbra a ser de coalición”. El partido que gana las elecciones en 1998 se llama Gran Alianza por el cambio y es, efectivamente, una coalición integrada por el partido conservador. El Partido Político Primero Colombia pasa a ser, en 2006, un conglomerado de los disidentes de los partidos tradicionales para la formación de un nuevo partido con el fin de ganar las elecciones. Y finalmente, en el año 2014, Juan Manuel Santos, alcanza la presidencia por segunda vez, gracias a la coalición denominada Unidad Nacional.

Otra característica de este sistema de partidos es su destino ideológico en el que “se produce (...) una competencia electoral centripeta, puesto que la tendencia es buscar el voto del electorado situado entre las dos posibles coaliciones” (Matas Dalmases, 2005).

La competencia de partidos es necesaria para garantizar la democracia, pero con la finalidad de obtener escaños o cargos en el gobierno se puede renunciar a la competencia política ideológica, lo que supone que los partidos pueden desprenderse fácilmente de sus

ideologías y concepciones políticas, de su ética y sus principios, para, a cambio de favores, conceder gracias a los detentadores del poder. En ese orden de ideas, los partidos pasarían a ser “grupos de líderes que compiten por la posibilidad de ocupar puestos gubernamentales (...) en un contexto donde todos los partidos comparten recursos y todos ellos subsisten” (Katz & Mair, 2004: 24).

Para concluir, lo primero que debemos respondernos es si ha existido o no alternancia de partidos y por tanto un verdadero régimen de partidos en Colombia: la respuesta es no. Es dicente el simple hecho de que por largos períodos de tiempo, el Gobierno estuvo en manos de uno u otro partido, con exclusión, por vía armada, del otro, durante las hegemonías. Pero también luego, durante el Frente Nacional, en el que se instituyó la exclusión de partidos diferentes, lo que de suyo descarta la alternancia de los partidos o ciclo político legítimo, pues no hay un reacomodo de las fuerzas políticas.

Esta condición histórica ha impedido a su vez un verdadero control político, tanto posterior como previo, de las políticas públicas y sobre la destinación y ejecución de los fondos públicos. Situación que se ha visto agravada desde la expedición de la Constitución de 1991, que permite, y aún promueve, la postulación de gobernantes, territoriales y nacional, mediante coaliciones partidistas, que no son otra cosa que empresas electorales basadas en acuerdos burocráticos o clientelistas. O peor aún: mediante firmas, lo que, no sólo impide la consolidación de un régimen de partidos aglutinados en torno a ideas y políticas; sino que estos respondan por sus yerros, pero manteniendo incólumes estructuras electorales de los grupos que las conforman.

Con un riesgo todavía mayor: “la diferenciación entre una cúpula y el resto del cuerpo social puede crear una burbuja que termine aislando la representación y convirtiéndola en mera protección de los intereses particulares de los grupo de poder” e

incentivar el comportamiento patrimonialista de los partidos políticos al considerar como propios los bienes públicos (Landeros, 2013: 202).

Un escenario cada vez más complejo en el que se comprometen recursos públicos en el mantenimiento de esas maquinarias que deben competir a su vez por invertir grandes montos de dinero en prebendas y campañas electorales.

Por último, que no exista un ciclo político, ni partidos consolidados, no sólo impide que el Legislativo ejerza control político sobre el Presidente, sino que le permite a éste politizar instituciones claves de control, incluyendo la rama judicial⁸⁰.

4. MEDIOS DE CONTROL PARLAMENTARIO

4.1. El debate presupuestario

En apartados anteriores se expuso que, de acuerdo con el diseño institucional colombiano, el Gobierno controla el gasto público, en la medida en que tiene a su cargo la función de preparar el proyecto de ley de presupuesto anual, para ser llevado a debate por parte del Congreso (art. 346 CP), que, de todas maneras, no puede aumentar ninguna de las partidas propuestas, ni incluir una nueva, sin la aceptación expresa del propio Gobierno (art. 351 CP).

En ese caso, el Congreso podría negarse indefinidamente a aprobar el proyecto de presupuesto, pero de hacerlo así, sobrevendría la llamada dictadura fiscal, en la medida en que la misma Carta previo que en esta circunstancia, regirá el que haya presentado el Gobierno, y que, de todas maneras, si este no lo presenta, dentro del plazo previsto para el

⁸⁰ Actualmente la rama judicial se encuentra afectada por un alto nivel de politización, es decir, que sus miembros, especialmente los de las altas cortes que llegan a sus cargos apoyados por sus respectivas organizaciones, responden a los intereses de su grupo político específico. Lo anterior, se debe principalmente a las fallas de diseño institucional sobre la manera de elegir a estos funcionarios, que, según se expuso en el capítulo correspondiente a ese nivel de control, ponen en manos de la clase política su elección. El artículo 126 de la Constitución prohíbe que un funcionario nombre a los familiares cercanos de quien lo nombró, pero no prohíbe específicamente nombrar a sus allegados. Lo anterior permite una la práctica de carruseles de favores, que son negativos en cualquier democracia, pues afectan la igualdad en el acceso a los cargos públicos y deterioran la calidad de los servicios estatales al posibilitar que individuos accedan a altos cargos por amiguismo y no por mérito

efecto, regirá el de la vigencia anterior, caso en el cual este puede reducir gastos o suprimir empleos.

A pesar de ello, en el trámite, discusión y aprobación del proyecto de ley de presupuesto, es el Congreso el que tiene la obligación de cumplir con los principios presupuestales definidos en la Ley Orgánica del Presupuesto, y no el Gobierno, que es el que prepara el proyecto, y es el que tiene el control último sobre las diferentes partidas, según se ha visto.

Habría que señalar, sin embargo, que el cumplimiento de estos principios, fundamentales para garantizar la salud fiscal del Estado, se ha matizado por la Corte, a partir de lo dispuesto en la misma Carta, con lo cual esos principios dejan de serlo, y se tornan en apenas recomendaciones o meras guías, en todo caso, no obligatorias.

Es el caso del Principio de Equilibrio Presupuestal; por obvias razones, uno de los más importantes para ese fin. En efecto, aunque el inciso primero del artículo 347 de la Constitución Política dispone que “Si los ingresos legalmente autorizados no fueren suficientes para atender los gastos proyectados, el gobierno propondrá, por separado, ante las mismas comisiones que estudian el proyecto de ley del presupuesto, la creación de nuevas rentas o la modificación de las existentes para financiar el monto de gastos contemplados”, en el inciso segundo se estableció que “El presupuesto podrá aprobarse sin que se hubiere perfeccionado el proyecto de ley referente a los recursos adicionales, cuyo trámite podrá continuar su curso en el período legislativo siguiente”.

Esto implica que constitucionalmente, ya no es de obligatorio cumplimiento el Principio de Equilibrio Presupuestal, como, además lo ha entendido la Corte Constitucional, que en sentencia C-478 de agosto 6 de 1992, con ponencia de Eduardo Cifuentes Muñoz, y refiriéndose a dicha norma, señaló que introdujo una “flexibilidad que

indudablemente representa un avance en la técnica legislativa presupuestal, (que) desvirtúa sin embargo el antiguo principio de la paridad de ingresos y gastos en materia presupuestal”.

En cualquier caso, son más quienes dudan de la eficacia de las instituciones que buscan el equilibrio financiero, pues a pesar de que muchas legislaciones las contemplan, en la mayoría de países el déficit persiste (Poterba, 1996).

En nuestro medio, Restrepo (2012) señala en el mismo sentido que, aún el equilibrio presupuestal meramente formal que consagraba la Constitución colombiana, anterior a la de 1991, fue modificado por el artículo 347 de la nueva Carta Política, con el cual se ha derogado el viejo principio del equilibrio presupuestal, que exigía que el monto de las apropiaciones solicitadas no excediera el de los ingresos estimados.

El mismo Restrepo, aunque justifica la eliminación de dicho principio, entre otras razones, porque “de conformidad con los postulados de la hacienda pública moderna el déficit puede ser buscado explícitamente por las autoridades como un instrumento anti cíclico cuando se afronten situaciones recesivas en la economía”, considera que es muy cuestionable la forma en que quedó redactada la eliminación, concluyendo que, a partir de lo dispuesto en ella, “Una pregunta obvia surge: ¿qué sucede si la ley referente a los recursos adicionales no se aprueba finalmente, mientras que se ha aprobado ya la ejecución de un presupuesto deficitario?”.

Según él, “este riesgo está cubierto por el artículo 30 de la ley 179 de 1994 (incorporada al EOP), al disponer que mientras no se apruebe el proyecto de ley sobre recursos adicionales, el gobierno suspenderá las apropiaciones que no cuenten con financiación”.

En efecto, dice la referida disposición que si el presupuesto ha sido aprobado sin que se haya expedido el proyecto de ley sobre los recursos adicionales según lo dispuesto en el artículo 347 de la Constitución Política, “el gobierno suspenderá mediante decreto, las apropiaciones que no cuenten con financiación, hasta tanto se produzca una decisión final del congreso”.

Por otra parte, el artículo 34 de la misma Ley establece que, en todo caso, en cualquier mes del año fiscal, el Gobierno Nacional puede reducir o aplazar total o parcialmente las apropiaciones presupuestales, siempre que el Ministerio de Hacienda considere que el recaudo del año va a ser inferior al total de los gastos que deban pagarse con cargo a tales recursos; o cuando no se aprueben los nuevos recursos por parte del Congreso, o fueren insuficientes, o cuando no se hagan efectivos los empréstitos para conjugarlos, e inclusive, si “la coherencia macroeconómica así lo exige”.

De esta manera, queda claro que es el Gobierno, en cabeza del Ministerio de Hacienda, el que tiene control sobre el proyecto y trámite de la Ley de Presupuesto, y aún después de aprobada, en los supuestos señalados, con lo cual el principio de soberanía presupuestaria queda en entredicho.

Por supuesto, esta no es una solución exclusiva de la institucionalidad colombiana. Desde hace mucho tiempo la discusión, y, consecuentemente, regulación institucional, ha girado en torno a qué hacer si el órgano de representación popular se niega a aprobar la ley de presupuesto, y ha oscilado entre otorgar un poder preeminente al Gobierno, o al Congreso.

Laband, citado por Mijangos (1995), consideraba que la solución no está en ninguno de los dos extremos previos al Constitucionalismo; entre el liberalismo parlamentario y la monarquía absolutista, que estuvieron vigentes hasta su consolidación, y que, por el

contrario, asumiendo el carácter formal de la ley del presupuesto, que se constituye, por tanto, en fundamento legal de los ingresos y gasto públicos, la no aprobación de la ley presupuestal no debe conllevar una parálisis de la acción ni de los fondos del Estado, por lo cual, en ese caso, el Gobierno, tiene que estar facultado para ejecutar el gasto, bajo su responsabilidad.

La misma autora destaca el gran aporte de Laband en la definición de esta polémica, recurriendo a los antecedentes históricos del conflicto suscitado entre la el rey Guillermo I y la Cámara de Diputados (Landtag), cuando esta última, dominada por los liberales, rechazó su proyecto de gastos de guerra, a pesar de la insistencia de la Corona, ante lo cual este la disolvió. Al ser convocadas nuevas elecciones, los liberales obtienen nuevamente un triunfo arrollador, con lo cual el conflicto parecía no tener salida.

Ante esto, el rey nombró como jefe de gobierno a Otto von Bismarck, en septiembre de 1862, con el objetivo de que sacara adelante la reforma militar, quien para el efecto impulsa y logra aprobar de manera inconstitucional la aprobación del presupuesto, clausurando además las sesiones del Parlamento.

El conflicto se resolvió entonces a favor de la Corona, debido a la derrota de Austria frente a Prusia, que obligó al parlamento a aprobar en bloque los presupuestos de los años siguientes.

Eso explica –dice- que, cuando Laband escribe en 1871 su *Das Budgetrecht* tenía, teniendo en mente el conflicto constitucional entre la Corona y la Cámara baja, se mostrara a favor de la Corona señalando que el Parlamento no tenía un derecho ilimitado en la aprobación de los gastos públicos, entre otras razones, por la necesidad de evitar a toda costa la paralización de la actividad administrativa del Estado.

Para sustentarlo elaboró su teoría dualista de la ley, según la cual existen dos clases de leyes: 1) las leyes en sentido material que se expresan como normas jurídicas o reglas de derecho, emanadas del Poder Legislativo y que afectan la esfera de los derechos individuales, y 2) las leyes en sentido formal, que únicamente expresan la constatación o cumplimiento de un acuerdo entre y el Parlamento, aunque materialmente no correspondan a una manifestación de la voluntad del Estado en forma de regla de derecho, o norma jurídica. Por tanto, estas últimas no afectan la esfera de los derechos individuales, sino que interesan exclusivamente al funcionamiento interno del aparato administrativo.

Sin duda, a esta segunda categoría correspondería la Ley de Presupuesto colombiana, pues su regulación institucional, constitucional y legal, le otorgan un papel de preeminencia al Gobierno; a pesar de lo cual no es posible obviar que, al ser este instrumento, como en la mayoría de los sistemas presupuestarios, la columna vertebral de la actividad económica, su naturaleza es compleja, en cuanto en su formulación y trámite se concentran fenómenos de diversa naturaleza, como los políticos, sociológicos, económicos y jurídicos.

Así lo reconoce, al revelar la relación doble y directa entre la política presupuestal y, por tanto, el nivel de gastos del Gobierno, y el mercado, dado que buena parte del presupuesto se provee a través de la compra de bienes y servicios en el mercado. Por lo tanto, el nivel de gasto del gobierno afecta directamente la demanda de bienes y servicios del mismo Gobierno y de los hogares, lo que a su vez termina incidiendo en los niveles de recaudo de impuestos (Musgrave R. , 1954).

De ahí la importancia de que su formulación y discusión sean transparentes, mediante el establecimiento de una serie de tres tipos básicos de reglas y regulaciones (“*rules and regulations*”): (i) las metas económicas del presupuesto de acuerdo con las

normas que lo regulan; (ii) los procedimientos de votación, los cuales regulan la preparación y aprobación por parte del legislativo, y; (iii) las reglas que buscan la transparencia del presupuesto. Para asegurar esta última es clave el fortalecimiento de su control y vigilancia por parte de agencias no vinculadas al gobierno (Alesina & Perotti, 1996).

Sin embargo, ni la búsqueda de transparencia, ni la del equilibrio, deben llevar a la rigidez del proceso, por lo que, en vez de sobre regulación, se requiere que su trámite se someta a una serie de principios: los principios presupuestarios; aunque algunos de ellos se constituyan en la práctica, apenas en decálogo de buenas intenciones (Rebolledo, 2003).

Así lo considera también Sundelson (1935), quien señala que, dada la cambiante realidad que antecede su aprobación (el contexto económico y político), este debe sujetarse a unos principios para alcanzar los objetivos planteados, antes que a unas reglas fijas, aunque preservando las relativas a su trámite y aprobación, regularmente elevadas a rango constitucional.

Pos esta razón es importante que esos postulados se cumplan desde la misma formulación del Presupuesto: para asegurar un mayor impacto en la concreción de las políticas públicas (World Bank, 2005).

Tales principios rectores, no sobra recordarlo, se remontan al nacimiento mismo del Estado de Derecho, momento en el cual se verificó la constitucionalización o consagración en la ley de leyes, de una serie de reglas de competencia entre los diferentes órganos entre los que se dividió el poder público (instituciones), a partir de las cuales se erigió como uno de sus pilares, el Principio de Legalidad, según el cual únicamente mediante ley, aprobada por el órgano de representación popular, se puede autorizar la captación de los ingresos y la

realización de los gastos del Estado, lo que explica que el mismo principio sea común a otras ramas del Derecho, como el Derecho Tributario.

Este se traduce en la práctica precisamente en uno de los pilares del Estado de Derecho, elevado, por tanto, a canon constitucional en la mayoría de países: no puede haber imposición de contribuciones, ni éstas ser destinadas a su gasto, sin la aprobación previa de los representantes de los ciudadanos que las han de soportar (García D. , 1998).

A partir de entonces, se fueron sumando otros principios por la misma dinámica económica y política de los Estados, como el de Anualidad, que nace en Inglaterra en el siglo XVII, y cuya razón de ser fue que se pudiera mantener un control regular de la hacienda por parte del Parlamento (*idem*).

Otro de los principios estelares de la presupuestación sería el ya citado Principio de Equilibrio, que para la hacienda clásica se constituiría prácticamente en axioma, al punto de justificar el establecimiento a su vez, de regulaciones específicas para el efecto, comúnmente denominadas por ello, leyes de disciplina fiscal.

La más común a la mayoría de sistemas, es la regla clásica de impedirle al Legislativo que incluya o aumente partidas de gasto en el Presupuesto, sin la autorización del Gobierno. Pero tales reglas, si bien pueden jugar un papel importante en la reducción del déficit, pueden también afectar su flexibilidad, a la vez que aumentan su complejidad, y con ello, la transparencia en su trámite (Alesina A. , 2000).

Otras reglas usuales de disciplina fiscal son aquellas que contemplan limitar el endeudamiento máximo y las que pretenden obligar a que los presupuestos sean consistentes con un programa macroeconómico previamente definido (Alesina, 1999).

Pero no son sólo estos efectos los que llevan a la flexibilización de este Principio, con ocasión de la primera guerra mundial, sino la realidad del momento, en la que la

necesidad de recursos supera con creces su disponibilidad. A partir de entonces –señala García-, el déficit manejado responsable y técnicamente en forma transitoria, según las circunstancias, se constituye en una herramienta más del gobierno, por lo cual la doctrina moderna se inclina más por una economía equilibrada del presupuesto nacional, que por un equilibrio contable del mismo, teniendo, eso sí, el buen cuidado, de evitar los presupuestos “artificialmente” equilibrados.

Por su parte, Villegas postula que el objetivo de equilibrio financiero debe ceder ante el objetivo del equilibrio económico, y que los presupuestos de gastos se sustituyan por presupuestos funcionales, revelando la inconveniencia de que estos sean anuales, porque van en contravía de una planeación adecuada, e impiden combatir adecuadamente las crisis asociadas a los ciclos (Villegas, 2002).

En la búsqueda del equilibrio, sin embargo, está la causa de uno de los males que aquejan la presupuestación en algunos países, particularmente en Colombia: la inflexibilidad presupuestal.

Al respecto, Echeverri (2004) sostiene que este problema tiene su origen, entre otros, en la asignación de partidas, mediante leyes, con las cuales se les asigna destinaciones específicas a rentas nuevas o existentes. Especialmente cuando, como suele suceder, esto se hace sin un análisis de las distorsiones económicas y presupuestales asociadas a ello. Dentro de estas destaca el caso de las rentas parafiscales, varias de las cuales tienen como beneficiarios a entidades privadas o mixtas que no se integran al proyecto de ley de presupuesto, lo que lo que impide que se evalúe su conveniencia (o monto) por parte del Congreso, y por tanto, si se mantienen o no. Además, promueve que sus beneficiarios acudan al cabildeo para defender tales rentas, en vez de someterse al debate abierto y democrático.

Pero este fenómeno –dice- no sólo compromete la capacidad del gobierno, sino la de los representantes elegidos para llevar a cabo sus planes de gobierno, y sobre todo, para definir las prioridades de gasto y asignar los recursos de acuerdo con estas prioridades. Así mismo, la inflexibilidad presupuestaria compromete la estabilidad macroeconómica, por cuanto dificulta el adecuar las magnitudes fiscales en función de las diferentes coyunturas y perspectivas macro, redundan en mayores compromisos de gasto hacia el futuro y, por ende, presionan el aumento persistente de la deuda pública.

Por último, la gran cantidad de rentas de destinación específica, obligaciones de transferencias y fondos especiales para gastos específicos, genera una considerable complejidad en el presupuesto; da lugar a la superposición de funciones, y dificulta establecer con claridad las prioridades de las políticas públicas.

El mismo Echeverry distingue tres grupos de “inflexibilidades”. El primero se origina en normas que determinan un gasto de obligatorio cumplimiento (inflexibilidades en el gasto); el segundo está constituido por aquellos en los que se ata alguna fuente a un uso específico (inflexibilidades del ingreso o Rentas de Destinación Específica); y el tercero se refiere a “otras inflexibilidades”, como las derivadas de la parafiscalidad y las exenciones tributarias, los cuales, aunque tengan un costo fiscal elevado, se encuentran por fuera del presupuesto.

Finalmente, Echeverry advierte sobre otra modalidad, más reciente, de inflexibilidad, que puede comprometer la sostenibilidad fiscal del Estado: las vigencias futuras. Un ejemplo, fue el salvamento del sistema financiero posterior a la crisis de 1999, cuyo costo se estimó en 6% del PIB, o COP \$13 Billones que se harían efectivas a lo largo de los siguientes 9 años. En cada año fiscal estas vigencias contabilizaron como “inversión”, reduciendo el presupuesto del Estado en este tipo de gastos. La propuesta

obvia que se ha hecho desde hace varios años es que se contabilicen como parte del cupo de endeudamiento (Echeverri et. al., 2004).

No obstante, paradójicamente, el mayor riesgo de afectación a los recursos públicos, se encuentra por fuera del Presupuesto, a pesar de lo cual puede afectar muy significativamente las finanzas del Estado: las llamadas operaciones extrapresupuestales y el gasto oculto.

Jul (2006) centra su preocupación con respecto a las operaciones extrapresupuestales (*off-budget*), frente a las cuales propone que en el proyecto de presupuesto se incluyan las transferencias y actividades cuasifiscales, y aquellas asociadas a acuerdos políticos que no se transparentan regularmente en el proceso presupuestal (*back door*).

El gasto “oculto”, dice, es aquél que se financia con impuestos o gravámenes incorporados al presupuesto, pero que han sido autorizados por leyes (o normas) que no se revelan en el proceso presupuestal, o que adoptan diversas formas. En Colombia, son múltiples los ejemplos de ese tipo de gasto, como las exenciones de impuestos o gravámenes con nombre propio, a pesar de lo cual suelen “camuflarse” como minoraciones técnicas en cualquiera de las categoría de deducciones: (i) ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional; (ii) costos y deducciones, o (iii) rentas exentas; en vez de revelarse como lo que en realidad son: descuentos tributarios.

Por eso, la importancia de una Regla de Responsabilidad Fiscal (*Fiscal Responsibility Law*) estriba en servir de marco jurídico que asegure la consistencia macroeconómica, la transparencia en el manejo fiscal y la credibilidad en la política económica que sea capaz de proveer un horizonte de planeación intemporal para las políticas públicas.

Su diseño debe propender por evitar la sobre o infra estimación de ingresos y gastos, el uso de reservas y la contabilidad creativa, no obstante lo cual debe evitarse la sobre regulación porque esta puede incentivar las transacciones por fuera del proceso presupuestal.

En ese sentido, si bien la introducción en la Constitución de 1991, de la obligación de que en el proyecto de presupuesto se preserve la consistencia macroeconómica, habría representado un importante avance (Hommes, 1996); todavía falta mucho por hacer para aumentar su transparencia. Por ejemplo, obligando al Gobierno a que incluya el costo de la parafiscalidad, y el de las exenciones, entre otros muchos.

Otra estrategia consistiría en redefinir los principios que deben orientar el proceso presupuestal, pues, si bien el EOP actualmente vigente recoge en su sección II, artículos 12 a 21, nueve principios presupuestarios clásicos como universalidad, anualidad, unidad de caja, especialización y coherencia macroeconómica; también recoge otros como los de planificación, inembargabilidad y homeóstasis presupuestal, cuya validez es muy dudosa, tal y como están definidos, o su naturaleza de principios presupuestarios es discutible. Situación ante la cual lo recomendable sería la inclusión de los principios de presupuesto bruto, sostenibilidad y transparencia (Viñuela, 2003).

En cualquier caso, el proceso presupuestal tiene que empezar a transparentarse. A hacerse de cara a la ciudadanía. A dejar de ser un diálogo esotérico del Gobierno, consigo mismo, embebido de formalismo y de insularidad. Por eso, la tendencia actual es hacia la expansión del poder del Legislativo para modificar las políticas impositivas y de gasto que se le propone, a la vez que se amplía su horizonte temporal, atendiendo marcos de mediano plazo y más efectivos controles sobre su ejecución por parte de las autoridades auditoras (Schick, 2005).

Paralelamente, un creciente número de países está adoptando los marcos del presupuesto a mediano plazo para ayudar a capturar los costos completos de las actividades y proyectos, y, a partir de allí, mejorar los programas, perfeccionar las prioridades entre ellos, y brindar cierta clase de disciplina global sobre el uso de los recursos. Otros países han ido más allá, aceptando que la disciplina financiera real, en términos de resultados más que de insumos, requiere reestructurar el modelo de manejo del presupuesto subyacente y cambiar las relaciones con respecto a la rendición de cuentas. Sin embargo, el hecho de que sea difícil encontrar mercados emergentes que hayan hecho rápidos progresos en cualquiera de estas direcciones indica que han tenido importantes problemas de implementación (Diamond, 2005).

No obstante, si la prioridad de todos los gobiernos es aumentar el nivel de vida o bienestar de la población (lo que es imposible de lograr en una economía que no crezca), por sobre el mero crecimiento de la economía, los presupuestos deben ser orientados a ese logro. Para el efecto, diversos estudios de instituciones y analistas económicos, como la European Commission (2004), el European Central Bank (2001), la OECD (2004), así como Hemming (2002), Tanzi y Shuknecht (2003), entre otros, plantean la necesidad de orientar la actividad y recursos del sector público a objetivos específicos, de manera que sea posible evaluar la relación entre estos y los logros alcanzados, para de esta manera contribuir a aumentar, no solo la eficiencia del sector público, sino la mejora de la tasa de crecimiento de la economía en su conjunto. Por eso, resulta igualmente importante y necesaria la rendición de cuentas de los gestores sobre el destino de esos recursos, y la evaluación imparcial sobre el grado de cumplimiento de tales objetivos (Ruiz, 2006).

Además, dado que el sector público, y en particular del Gobierno (aunque su composición varía por las características propias de cada nación), constituye una parte

importante de la economía; la información sobre el presupuesto y su ejecución, constituyen elementos de gran relevancia para medir su impacto, por la magnitud y calidad de la información que brindan. Esta importancia se ve realzada en el caso de los servicios de educación y salud que suelen ser brindados en mayor proporción por unidades del gobierno (López C. N., 2003).

Para el efecto, el presupuesto debe revelar las fuentes y la asignación de recursos (usos) que se prevé ejecutar en un periodo determinado, para el logro de los objetivos en materia económica y social, clasificándolos de manera tal que permitan analizar, no solo su incidencia económica y social, sino también la determinación de responsabilidades, y aspectos relativos a la gestión, estimando qué actividades deberán llevarse a cabo y los recursos necesarios para su ajuste (López, 2003).

Lo mismo es predicable frente a los gobiernos subnacionales: los presupuestos deben transparentarse, al menos en cuanto a quienes proponen los gastos, los recursos destinados a ellos y las fuentes que los han de financiar, pues, como lo plantea el profesor Lago (2014: 17) los ciudadanos suelen tener “una percepción borrosa de las responsabilidades políticas de los gobernantes en materia tributaria, de quién decide qué ingresos tributarios suben o bajan y qué presupuesto se beneficia de las subidas o bajadas de ingresos o gastos públicos”. Pero muy especialmente, en tratándose de ese nivel de gobierno, lo que dificulta la atribución de responsabilidad política y económica por sus actos u omisiones.

Así las cosas, consideramos que, por ahora, estos pueden constituirse en los objetivos hacia los cuales se deben encausar las múltiples reformas que hay que acometer en busca de la Gobernanza multinivel del gasto público.

4.2. La Citación de altos funcionarios

El Congreso de la República, a través de cualquiera de sus comisiones permanentes puede emplazar a personas naturales o jurídicas, para que comparezcan a declarar oralmente o por escrito sobre hechos objeto de indagación que estén adelantando (art. 137 CP).

En caso de que se nieguen a comparecer, está dispuesto que sea la Corte Constitucional, la que, después de oírlos, resuelva sobre la solicitud de comparecencia, a partir de lo cual puede ser obligada.

Sobre esta última posibilidad, ante la renuencia a comparecer de diversos funcionarios nacionales y locales, la Corte Constitucional reiteró que para que pueda asumir la competencia que le señala el artículo 137 de la Constitución, “no basta que se realice una segunda citación, sino que es necesaria la aprobación por la comisión respectiva, de una proposición donde se insista en hacer el llamado al citado, luego de que este se haya excusado” (Auto 103 de 2010, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo).

Teóricamente, en el caso de los ministros y altos cargos del Gobierno, una vez realizados los debates, la respectiva comisión podría iniciar el trámite para una moción de censura en su contra, aunque, por lo engorroso del trámite, nunca ha prosperado ninguna a lo largo de nuestra historia republicana, con lo cual, el debate parlamentario sobre las políticas o gestión del Gobierno, queda reducido a un poder de citación sin mayor alcance rectificatorio, y menos sancionatorio.

4.3. La Moción de censura

Además de la facultad para citar y requerir a los ministros, superintendentes y directores de departamentos administrativos para que concurran a sus sesiones, las cámaras

pueden proponer moción de censura contra dichos funcionarios en los casos en que no concurren, o cuando sus explicaciones y justificaciones no sean satisfactorias, en cuyo caso se requiere que esta sea propuesta por el voto afirmativo de la mitad más uno de los integrantes de la cámara que la haya propuesto (art. 135 CP).

Igual procedimiento está previsto para el caso en que no se fenezca la Cuenta General del Presupuesto y del Tesoro, cuyo examen inicial le compete a la Comisión Legal de Cuentas.

Pero este mecanismo de control político, propio de los regímenes políticos parlamentarios, y por tanto, completamente ajeno a un régimen presidencialista como el colombiano, no se ha concretado nunca en la historia política del país, debido en gran parte a los vínculos que generan los arreglos informales mediante los cuales se garantiza la llamada “gobernabilidad” en el país, y que no son otra cosa que la clientelización de las relaciones Gobierno-Congreso, como se expuso previamente.

CAPITULO VI

EL CONTROL CIUDADANO DEL GASTO PÚBLICO

“Quien no está preso de la necesidad, está preso del miedo: unos no duermen por la ansiedad de tener las cosas que no tienen, y otros no duermen por el pánico de perder las cosas que tienen”.

Eduardo Galeano

En la pirámide de poderes públicos, el poder ciudadano o popular representa la cúspide, en términos de legitimidad, en cuanto los demás poderes derivan y se fundamentan en el consenso de la mayoría. Y eso es porque, como se expuso en el capítulo I, el Estado demoliberal emana de la voluntad popular como no acuerdo de voluntades. Un contrato social entre gobernantes e individuos libres e iguales ante la ley para buscar bienes comunes: la libertad, la felicidad, la seguridad, la justicia. En últimas, el bienestar y prosperidad para la mayoría.

Por eso, la forma en que se concreta esa voluntad mayoritaria, es mediante el sufragio universal, como expresión de la soberanía popular mediante el cual los ciudadanos calificados para el efecto, expresan su opinión con respecto a un Gobierno que se propone como opción, o frente a uno ya culminado, por lo que, desde este punto de vista, el Control Ciudadano es tanto el punto de cierre de un ciclo político económico, como de comienzo de uno nuevo.

En contraste, en la pirámide del control multinivel del gasto público, estratificada por niveles de poder público, el Control Ciudadano del Gasto Público⁸¹, aunque también representado en la cúspide, se constituye literalmente en el último, tanto desde un punto de vista temporal, pues está llamado a ejercerse posteriormente y luego de haberse verificado

⁸¹ Que va de más a menos: desde el poder de disposición y ejecución directa sobre los recursos públicos, en sus fases de planeación, ejecución y ejercicio del primer nivel de control, como lo más; pasando por los siguientes y sucesivos niveles de control externo, judicial y parlamentario, en donde la base, por tanto, representa el poder gubernamental, y es en ese sentido, mayor; hasta llegar al último y más mediato nivel: el ciudadano, por su relación mediata y menor, con el gasto y su verificación. En términos de legitimidad, no obstante, la relación se invierte, pues, cuanto mayor sea el control ciudadano sobre el gasto y gestión pública, mayor su legitimidad, en la medida en que este representa a los ciudadanos, de quienes deriva, y a quien se debe, todo poder público en un sistema democrático.

los controles gubernamental, fiscal externo, y político, cada uno de ellos, sucesivamente fundamentado en el anterior; como del nivel de poder dispositivo real y de verificación directa que ejerce con respecto a la gestión y recursos públicos.

Esto es así por tratarse de un control siempre mediado por otros niveles de poder, o por representantes elegidos en su nombre, que además se ejerce en forma desconcentrada o diluida (por parte de muchos individuos), y, periódicamente, esto es, con el mayor intervalo de tiempo para su ejercicio: con cada proceso electoral.

Esto significa que el control ciudadano, en cuanto a los Gobiernos nacionales o locales culminados, es el último que se cumple con respecto a ese particular Gobierno, cuando los ciudadanos, o más exactamente, los electores deciden en las urnas validar esa gestión avalando con su voto su continuidad, o reemplazándolo con otros candidatos; y por tanto, punto de partida del nuevo Gobierno, cuyas propuestas sedujeron al electorado, iniciando, en todo caso, un nuevo ciclo político presupuestal.

La segunda característica de este nivel de control es que se constituye en el segundo nivel de control subjetivo sobre la gestión y el gasto público, después del control político radicado en el Congreso, también de carácter subjetivo, y por ello tiene como uno de sus fundamentos la llamada opinión ciudadana, formada principalmente a partir del debate parlamentario, o control propiamente político sobre la acción del Gobierno, y los demás mecanismos de control que está llamado a ejercer el órgano de representación popular, a través de los partidos políticos; que son las principales instituciones de representación ciudadana y por tanto claves en este nivel de control. Pero también por parte de los medios masivos de comunicación, en especial, de los formadores de opinión y analistas de la acción del Gobierno.

Y, al igual que en el caso de los demás niveles de control previamente estudiados, este también se ejerce a nivel micro, o sobre la gestión fiscal, y a nivel macro, o sobre las políticas y la gestión agregada del Gobierno y de los partidos políticos.

Por supuesto, el verdadero alcance de este nivel de control está en relación directa con el nivel de Estado Social de Derecho que registra el país, medido objetivamente en sus indicadores de desarrollo (o de subdesarrollo), social y político, que, sobra decirlo, no dependen, o por lo menos, no exclusivamente, de que cuente o no con elecciones periódicas, como lo muestran los cercanos casos de Venezuela, Cuba o Nicaragua, sino del nivel de ciudadanía; esto es, de inclusión social y económica, pero especialmente, de inclusión política, o lo que es lo mismo, de Desarrollo, alcanzado para la mayoría de sus ciudadanos, como se expuso en el Capítulo I.

En este sentido, Vieira (1998: 21) señala que, si bien la ciudadanía se conforma por los derechos cívicos y políticos, o de primera generación, conquistados en el siglo XVIII (libertad, igualdad, desplazamiento, derecho a la vida, seguridad, etc.), también lo está por los derechos sociales, o de segunda generación, alcanzados a lo largo del siglo XIX (libertad de asociación y de reunión, de organización política y sindical, a la participación política y electoral, el sufragio universal, etc., por ello llamados también derechos individuales ejercidos colectivamente); y los reconocidos a comienzos del Siglo XX o de tercera generación (derecho al trabajo, a la salud, a la educación, a la jubilación, al seguro de paro, en fin, de la garantía de acceso a los medios de vida y al bienestar social). Derechos, todos ellos, que tornan reales los derechos formales, llevándolo del simple postulado normativo a opción concreta para la mayoría de ciudadanos.

No basta entonces, que los Derechos, civiles y políticos estén formalmente reconocidos (o consagrados, como suele decirse en el país) en el texto de la Constitución

para reconocer la existencia de una ciudadanía como institución actuante y, presupuesto de hecho de cualquier democracia; si estos no tiene una expresión fáctica.

De la misma manera que la democracia supone la existencia de un Estado de Derecho real, en sentido político y no sólo jurídico; es decir, de un estado de instituciones (que no de individuos), balanceadas en sus cuotas de poder, y no marcadamente cargado este a favor de uno de ellos, pero además recíproca y efectivamente controladas; no puede predicarse la existencia de una ciudadanía, en términos igualmente políticos, por la mera existencia de un electorado, si esta no tiene la opción concreta de refrendar la acción de un Gobierno, o de expresar su opinión con respecto al que se le proponga.

Y es que, como lo proclamara Thomas Paine (1791: 64) desde finales del siglo XVIII, “Una constitución no es algo de nombre solamente, sino de hecho. No es un ideal sino una realidad. Y si no se produce en forma visible no es nada. Una constitución es una cosa antecedente a un gobierno, y un gobierno es solo la creación de una Constitución. La constitución de un país no es un acto de gobierno, sino el pueblo que constituye un gobierno”.

Sin embargo, como se expuso en el capítulo I, a diferencia de los Estados –Nación; en los países subdesarrollados, el surgimiento de la ciudadanía, depende en gran parte de la voluntad política de su élite para encauzar el ejercicio del poder, esto es, la acción del Estado y los recursos públicos a la consolidación de una ciudadanía.

Es por ello que, como lo plantea el mismo Vieira, a partir de Diniz (1996), “la ciudadanía ocupa un lugar central en la búsqueda de un nuevo paradigma que deberá superar las limitaciones del Estado tecnocrático y del Estado liberal” para así integrarse a la gobernabilidad y gestión de gobierno, o gobernanza (Vieira, 1998).

La primera de ellas, esto es, “La gobernabilidad se refiere, en principio, a las condiciones sistémicas más generales sobre las cuales se da el ejercicio del poder en una sociedad, tales como las características del régimen político (democrático o autoritario), la forma de gobierno (parlamentarismo o presidencialismo), las relaciones entre los poderes, los sistemas de partidos (pluripartidismo o bipartidismo), el sistema de intermediación de intereses (corporativista o pluralista), etc.”.

En cuanto a la segunda, esto es, “La gestión de gobierno (“gobernanza”) tiene que ver con la capacidad para gobernar, en sentido amplio, vale decir la capacidad de acción estatal en la implementación de las políticas y en la consecución de las metas colectivas. Se refiere al conjunto de mecanismos y procedimientos para lidiar con la dimensión participativa y plural de la sociedad. Sin abandonar los instrumentos de control y supervisión, el Estado se torna más flexible, capaz de descentralizar funciones, transferir responsabilidades y ampliar el universo de actores participantes”.

En este sentido, si bien es importante el reconocimiento de mecanismos de participación ciudadana y su integración con los otros niveles de poder público, para mejorar la acción colectiva de las instituciones públicas, de manera que se complementen, esto es, para construir una sociedad mejor y con mayor calidad de vida, pero también como garantía de un Desarrollo sostenible (Leis, 2001); es más importante que estos trasciendan la esfera de lo retórico y se tornen reales, lo que en buena parte depende de la forma en que se diseñen y de la voluntad política para permitir que se concreten.

Especialmente tratándose del “control” ciudadano (y ya se verá el limitado alcance que tiene este concepto en este nivel de poder) sobre la gestión y el gasto público, teniendo en cuenta su carácter (i) subjetivo (en la medida que depende fundamentalmente de la opinión personal de cada ciudadano, y no de su confrontación con normas de Derecho

Positivo); (ii) mediato (tanto por el hecho de que en ningún caso conlleva un poder dispositivo directo e inmediato de recursos, ni tampoco de control o vigilancia directa sobre la gestión y políticas públicas, estas últimas –además– sometidas a su “escrutinio” apenas en cada elección; como por el hecho de estar, siempre mediado, por representantes o partidos elegidos para que representen su interés, o por los órganos de control estatales); y (iii) diluido, en la medida en que está radicado en muchas personas, con diversos intereses y motivaciones en su ejercicio.

Al igual que en los capítulos previos, a continuación se describen los principales medios de control ciudadano, que, como en el caso de los otros niveles, determinan además sus sujetos (activos y pasivos); su objeto, y, su alcance, a partir de su regulación constitucional y legal, advirtiendo que, por razones de espacio y pertinencia, este apartado se centrará en tales mecanismos e instituciones formalmente llamadas a ejercer, de alguna manera, control sobre el gasto público, entendido en su sentido revisión, y no tanto en su grado de legitimidad.

1. MEDIOS Y SUJETOS DEL CONTROL CIUDADANO

Es ya un lugar común afirmar que la Constitución de 1991 representa un verdadero hito democrático en la historia colombiana, por la gran cantidad de “mecanismos” de “participación” ciudadana que quedaron finalmente recogidos en su profuso texto. Y en buena medida lo fue, como se reconoce en diversos escenarios políticos y académicos. Sobre su verdadero alcance, el consenso no es igual.

Para avanzar en su análisis, es indispensable referirnos, brevemente, a las circunstancias que le antecedieron: Un retrato muy aproximado de la situación nos lo ofrece Novoa García (2011), para quien fueron determinantes tres momentos y circunstancias en el proceso de reforma institucional, a saber:

1) El nivel de violencia alcanzado previamente, superando inclusive los tradicionales niveles de violencia política, ahora completamente desbordado por los enormes recursos de los narcotraficantes, y su ataque directo a las instituciones, que vive uno de sus peores momentos con el asesinato de cuatro candidatos presidenciales de diversas tendencias políticas⁸²; que además coincide con el agotamiento del mecanismo de Estado de Sitio, con el que se le había hecho frente hasta entonces⁸³.

2) El desprestigio total del Congreso que lleva a que estudiantes universitarios, en medio de la protesta por el asesinato de Luis Carlos Galán, planteen que se le consulte a la ciudadanía, mediante una papeleta adicional (llamada “séptima papeleta”), en los próximos comicios electorales, la convocatoria de una Asamblea Constituyente o Constitucional⁸⁴. Si bien, inicialmente la Registraduría, como autoridad electoral, se niega a contabilizarlos, estos fueron contabilizados y estimados en más de dos millones, lo que terminaría justificando su convocatoria.

3) Los acuerdos de paz (armisticio) suscritos entre el gobierno y grupos guerrilleros que permitieron que se asociara la convocatoria de la constituyente como un gran movimiento a favor de la paz (Novoa García, 2011).

En estas circunstancias, el Presidente Virgilio Barco expide el Decreto Legislativo N° 927 del 3 de mayo de 1990, mediante el cual le ordena a la organización electoral contabilizar los votos depositados en la fecha de las elecciones presidenciales de 1990, que apoyaban la convocatoria a una Asamblea Constitucional, el cual sería objeto de revisión

⁸² Precedido, con pocos años de diferencia, de la toma sangrienta del Palacio de Justicia, y el aniquilamiento por parte de la guerrilla del M-19. Y del Ejército, de la casi totalidad de la cúpula judicial.

⁸³ El autor fundamenta esta conclusión en el libro, Colombia: Violencia y Democracia. Informe presentado al Ministerio de Gobierno por la Comisión de Estudios sobre la Violencia. Universidad Nacional de Colombia. Centro Editorial, Bogotá, 1987.

⁸⁴ Aunque sobre su denominación formal no hubo acuerdo en esa época, ni nunca lo habrá, comenzando por lo irregular del proceso de su convocatoria, que no estaba expresamente previsto en la Constitución para entonces vigente, y por haber sido reglamentado por el Gobierno de entonces, por lo cual no podía ser ni constituyente (primigenia, después de una revolución triunfante), ni constitucional, justamente por irregular.

por parte de la Corte Suprema de Justicia, hasta entonces encargada del control de constitucionalidad, que en histórica sentencia del 9 de junio de 1990, manifestó:

“La Nación Constituyente, no por razón de autorizaciones de naturaleza jurídica que la hayan habilitado para actuar sino por la misma fuerza y efectividad de su poder político, goza de la mayor autonomía para adoptar las decisiones que a bien tenga en relación con su estructura política fundamental”. De esta manera, y *“Por primera vez, desde la instauración del Frente Nacional fue posible una apelación al pueblo, mediante un decreto de Estado de Sitio, pues los mecanismos contemplados en ese pacto lo impedían”* (ídem).

De esta manera, a partir de 1991, y, como consecuencia de una de sus más graves crisis institucionales, Colombia da un giro en su modelo político al autodefinirse como un “Estado social de derecho” (así, con d minúscula) y como tal, establecer expresamente como Principio el de dirigir todo su accionar a la realización del interés general. En otras palabras, esto significa, al menos en la letra, que el Estado, o más exactamente, su Gobierno, debe (las normas son expresión de un deber ser, y la norma de normas lo sería más) enfocar su acción hacia la materialización de los derechos consagrados en la constitución y la ley, avanzando, desde un Estado de Derecho⁸⁵, a uno de Derechos, o social, como se postuló en su “carta de navegación”.

Así las cosas, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, proclamada como pluralista y participativa, se verifica un cambio de modelo de los mecanismos de participación ciudadana, hasta entonces prácticamente limitados al voto, hacia otros medios de participación colectiva, o ciudadanos, al igual que individuales, aunque, como se verá a continuación, con una marcada tendencia hacia el control de gestión y ejecución, o a nivel

⁸⁵ Aunque ya se vio, con Kelsen, que todo Estado lo es por definición.

micro; que, como gesto de los nuevos tiempos, fueron objeto de reconocimiento expreso en el texto constitucional⁸⁶, precisamente porque la nueva fórmula política del Estado quedaría vacía de contenido real de no haberlo hecho⁸⁷.

Es así como se incluyen nuevos mecanismos que se sumarían a los ya existentes del voto, el referendo y el plebiscito, vistos como la expresión por excelencia de la democracia participativa, que permitieran a la ciudadanía, además de ejercer su “sagrado” Derecho de elegir y ser elegidos, limitar las prácticas que los pudieran afectar.

Este proceso se verifica paralelamente al de profundización de descentralización administrativa y de delegación de funciones en los llamados colaboradores del Estado, o privatización del sector público que caracteriza el período neoliberal en el que se inscribe la reforma.

Se inicia entonces, un proceso en el cual el Estado central delega funciones, no sólo en sus entes territoriales (principalmente salud y educación), sino también a agentes del mercado, lo que a la vez conlleva un traslado, al menos en parte, también de su función fiscalizadora (en el sentido de vigilancia), hacia la comunidad, justificado siempre con el argumento de la búsqueda continua de una mayor eficiencia en la acción estatal.

Como lo advierte la Contraloría, “La participación ciudadana se encuentra ligada al proceso de descentralización por su potencialidad en la generación de eficacia, en el desarrollo de proyectos y en la prestación de servicios sociales, al estar los funcionarios y políticos locales “mucho más dispuestos a la valorización pública que los gobiernos

⁸⁶ La Constitución Política de 1991, consagra, como formas de participación democrática (i) el voto (sic); (ii) el plebiscito, (iii) el referendo, (iv) la consulta popular, (v) el cabildo abierto, (vi) la revocatoria del mandato, (vii) la acción de tutela, y (viii) las acciones populares; aunque difiere su reglamentación al Legislador.

⁸⁷ A partir de 1991 Colombia deja de definirse como un Estado de derecho, centralizado y representativo y se define como un “Estado social de derecho”, pluralista y participativo, organizado como República unitaria pero descentralizado.

nacionales y ser más responsables ante la comunidades” (Contraloría Delegada para la Participación Ciudadana, 2006: 25).

En otras palabras, la descentralización –según se predica- no se concibe como un simple traslado de funciones a los entes territoriales y a los agentes del mercado, sino como una forma de empoderamiento de las comunidades para incidir, en forma previa (mecanismos de consulta previa) pero también posterior (veedurías ciudadanas y otros), sobre la gestión de los recursos y proyectos que les puedan afectar o en los que tengan algún tipo interés, (que no necesariamente es económico).

Es en este nuevo contexto en el que se plantea la necesidad institucional de crear nuevos medios de control y ampliar la función fiscalizadora a los directos beneficiarios (o afectados), por la acción estatal; radicada hasta entonces en cabeza de los organismos de control.

Así, la “*accountability*” horizontal se fortalece por la doble vía del establecimiento de nuevos canales de información que de alguna manera suplen los problemas de la asimetría en la información de la entidades estatales; tanto de las ejecutoras, como de aquellas encargadas del control fiscal.

Pero, sobre todo, al obligar a los agentes públicos y privados a responderle a la ciudadanía, previa y posteriormente a la gestión realizada, en razón de la *Accountability*, que se refiere “no sólo a la premisa de la rendición de cuentas, sino también a la definición de los objetos sobre los cuales han de rendirse esas cuentas” (Contraloría Delegada para la Participación ciudadana , 2006, p. 32).

De esta manera confluyen en un mismo momento histórico un nuevo modelo de administración estatal, mucho más complejo, y con más actores; con la implementación de nuevos mecanismo de participación y control sobre la gestión y el gasto públicos, todo lo

cual desemboca en la necesidad de replantear el papel de los entes de control fiscal, tanto interno como externo.

2. CONCEPTO DE MECANISMOS DE CONTROL CIUDADANO

En el artículo 103 CP se establecieron como mecanismos de “participación del pueblo en ejercicio de su soberanía (sic)”, el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato, y que la ley los reglamentaría.

Adicionalmente se dispuso que el Estado debe contribuir a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía “con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan”.

Respecto de esta última, en el Título X, denominado De los organismos de control, se reiteró que la “ley organizará las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados” (art. 270 CP).

A partir de la normatividad transcrita, se infiere que, al igual que en los otros niveles de control del gasto público (administrativo, externo, judicial y parlamentario), los mecanismos de participación del pueblo, o participación ciudadana, pueden verificarse también a nivel amplio, sobre las políticas públicas, y la gestión agregada del Gobierno, para validarlas, y, a nivel micro o sobre la gestión.

Así lo reconoce la CGR al considerar por control ciudadano la “modalidad de participación ciudadana que permite a los ciudadanos y a las organizaciones de la sociedad

civil incidir en los asuntos públicos, sean estos desarrollados por organizaciones estatales o privadas, con el propósito de incrementar la integralidad y la rendición de cuentas a la sociedad en el manejo de la gestión pública y sustraer a esta de la apropiación privada”, que se materializa en “actividades ciudadanas de vigilancia, fiscalización, seguimiento, evaluación, crítica, deliberación pública y sanción social” (Contraloría Delegada para la Participación ciudadana, 2006: 181).

No obstante, al igual que en el caso de los demás niveles de control, el alcance del Control Ciudadano, también se ha fijado mediante leyes, y por vía jurisprudencial, aunque la discusión se verifique en torno a su verdadero alcance, que, como en los demás niveles, depende de la voluntad política estatal, para encausarla y concretarla, pues, como lo ha reconocido la propia Corte: “En efecto, mal podría pensarse en la efectividad de la señalada norma constitucional, si el Estado no dota a la sociedad civil organizada de mecanismos e instrumentos. Es pues, necesario, que promocióne las asociaciones cívicas y comunitarias, a que hace alusión el artículo 103 superior, con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública” (Sentencia C-180 de 1994).

A continuación se describirán los principales mecanismos, desde lo micro, a lo macro, y con ellos, los sujetos de “control” ciudadano, para determinar su alcance, especialmente de aquellos referidos al control del gasto y la gestión pública.

3. MEDIOS DE CONTROL CIUDADANO A NIVEL MICRO

3.1. Las Veedurías y Corporaciones Ciudadanas

En Colombia las veedurías ciudadanas tienen fundamento constitucional en lo dispuesto en el artículo 103, ya citado, y 270, mediante los cuales se le asignó

expresamente al Congreso la función de reglamentar los mecanismos de participación ciudadana en el control y vigilancia de la gestión pública (Colombia, 2015).

Atribuciones que serían desarrolladas mediante la Ley 134 de 1994, relativa a “los mecanismos de participación del pueblo” (sic), con la que el Congreso pretendió en principio regular: la iniciativa popular legislativa y normativa; el referendo; las consultas populares, en el orden nacional, departamental, distrital, municipal y local; la revocatoria del mandato; el plebiscito; el cabildo abierto, y, las veedurías ciudadanas, respecto a las cuales se dispuso, no mucho más de lo previsto en la propia Constitución (art. 270): “Las organizaciones civiles podrán constituir veedurías ciudadanas o juntas de vigilancia a nivel nacional y en todos los niveles territoriales, con el fin de vigilar la gestión pública, los resultados de la misma y la prestación de los servicios públicos” (art. 100).

Por otra parte, a pesar de lo dispuesto en las normas citadas, y, más específicamente en el artículo 152 CP, en cuanto a la atribución exclusiva en cabeza del Congreso, para “reglamentar” estos mecanismos, en el artículo 101 de la misma Ley se decidió revestir “al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para que en el término de dos (2) meses, contados a partir de la promulgación de la presente ley, expida normas con fuerza de ley que desarrollen las materias a las cuales se hace referencia en los artículos 99 y 100 de la presente ley”, dejando en manos del Presidente su reglamentación.

Como era de esperarse, sometida a control por parte de la Corte Constitucional, esta declaró inexecutable el artículo 101, al considerar inaceptable que se degradara (y ese fue el término usado) a rango de decreto ley, la reglamentación de tales mecanismos, por la delegación al presidente de esa responsabilidad, como antes se expuso (Sentencia C-180 de 1994).

Según la Corte, “Tal definición comporta franco desconocimiento de las normas constitucionales mencionadas, a cuyo amparo, el Constituyente inequívocamente quiso vigorizar el significado y alcance del principio democrático y, en consonancia, promover la expansión de las prácticas de participación ciudadana a los procesos de toma de decisiones que tienen lugar en campos de tanta trascendencia para la definición del destino colectivo, como el mismo electoral”.

Además, la Corte insistió en “enfaticar la inusitada trascendencia que la ampliación cuantitativa de los canales de participación y el fortalecimiento de su práctica en los planos familiar, social, económico, cultural y administrativo, tiene para la consolidación de un modelo de verdadera democracia participativa, sobre el cual se estructura la actual configuración constitucional del Estado Colombiano”⁸⁸, resaltando así el cambio de un modelo de democracia representativa, a una participativa.

En vista de la declaratoria, el Congreso asume su papel y reglamenta el funcionamiento y atribuciones de las veedurías ciudadanas, mediante la Ley 563 de 2000, que, sometida de nuevo a control, por parte de la Corte Constitucional, decide, “en el nombre del Pueblo” declararla nuevamente inexequible, mediante Sentencia C-1338 de 2000.

En esencia, a juicio de la Corte, “el Congreso Nacional al expedir a través de trámite ordinario la Ley 563 de 2000, mediante la cual se reglamentan integralmente las veedurías ciudadanas, desconoció el artículo 152 superior que le obligaba a adoptarla mediante trámite estatutario, sin tener en cuenta tampoco, la jurisprudencia constitucional sentada ad

⁸⁸ En la misma sentencia la Corte se refirió a “La trascendencia que tiene la regulación de los mecanismos de participación en planos distintos del político o electoral ha sido previa e inequívocamente decidida por el Constituyente. Este no restringió en el artículo 152, literal d) de la Carta la reserva de ley estatutaria para los mecanismos políticos. En ningún campo, sea social, administrativo, económico o cultural, tales mecanismos o instituciones son del resorte de la ley ordinaria. Todos lo son de rango estatutario, de manera única y exclusiva”.

hoc en torno de esta exigencia constitucional”, indicando además, en forma aparentemente contradictoria que “según la jurisprudencia constitucional, en estos casos el vicio se deriva de que el Congreso no tenía competencia funcional para verter esos contenidos normativos en esa forma particular, y por eso las leyes así expedidas son inexequibles a pesar de que en el trámite surtido para su expedición, se hubieran observado cumplidamente todos los requisitos formales exigidos para ello”.

Finalmente, en forma también contradictoria la Corte dispuso que, no obstante la referida declaratoria, y los efectos derivados de la misma, estos “de ninguna manera privan a los ciudadanos del derecho de ejercer control sobre la gestión pública. Aunque, mientras el Congreso no expida la correspondiente ley estatutaria, dicho ejercicio no podrá llevarse a cabo a través del mecanismo de las veedurías ciudadanas”, postergando nuevamente su entrada en vigencia.

En estas condiciones, el Congreso intenta por tercera vez reglamentar el mecanismo de las veedurías ciudadanas mediante la Ley 850 de 2003, en cuyo artículo primero se definieron como “el mecanismo democrático de representación que le permite a los ciudadanos o a las diferentes organizaciones comunitarias, ejercer vigilancia sobre la gestión pública, respecto a las autoridades, administrativas, políticas, judiciales, electorales, legislativas y órganos de control, así como de las entidades públicas o privadas, organizaciones no gubernamentales de carácter nacional o internacional que operen en el país, encargadas de la ejecución de un programa, proyecto, contrato o de la prestación de un servicio público”. (Congreso de la Republica de Colombia, 2003).

Adicionalmente se dispuso que “Dicha vigilancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 270 de la Constitución Política y el artículo 100 de la Ley 134 de 1994, se

ejercherà en aquellos ámbitos, aspectos y niveles en los que en forma total o parcial, se empleen los recursos públicos, con sujeción a lo dispuesto en la presente ley”.

De entrada, esta definición evidencia fallas en la concepción inicial del mecanismo, pues, aunque las veedurías se concibieron como un mecanismo de vigilancia sobre la gestión pública, en la que se empleen recursos públicos; esto es, como un mecanismo de control micro, su ámbito se extiende a las “autoridades” políticas, judiciales, electorales, legislativas y a los órganos de control; y, -de nuevo- a las entidades públicas o privadas, organizaciones no gubernamentales de carácter nacional o internacional que operen en el país, a condición de que estén “encargadas de la ejecución de un programa, proyecto, contrato o de la prestación de un servicio público”.

En todo caso, sometida por tercera vez la nueva Ley a examen previo por parte de la Corte Constitucional, por tratarse de una Ley Estatutaria, esta –finalmente- reconoce su exequibilidad, mediante Sentencia C-292 de 2003; es decir, doce años después del establecimiento formal del mecanismo.

Cabe señalar que, dada su naturaleza y conformación, se dispuso que la labor de las veedurías ciudadanas se rigiera por una serie de principios rectores, consagrados en el Título II de la ley 850 del 2003, a los que debe obedecer su accionar.

Entre los más relevantes se previeron los de: 1) Democratización, según el cual el funcionamiento y conformación de estas corporaciones ciudadanas debe ser democrático, y todos sus miembros gozan de iguales derechos y obligaciones; 2) Autonomía, conforme al cual sus actuaciones obedecen a la libre voluntad de los ciudadanos que las conforman, y son autónomas respecto a las entidades públicas y los entes de control, con respecto a los cuales actúan; 3) Transparencia, como una garantía para la eficacia de las actividades de control ciudadano, según el cual se garantiza el acceso a los documentos e información de

interés para la gestión de fiscalización que desarrollan; 4) Responsabilidad, según el cual el control social depende únicamente de la iniciativa particular y busca ser un medio para garantizar la correcta actuación de la administración pública, por lo que, quienes los desempeñen deben ser responsables en su ejercicio y frente al resto de la ciudadanía; y, 4) Eficacia, un compromiso para las corporaciones ciudadanas y la administración para lograr los fines del Estado social de derecho.

En cuanto a sus objetivos y funciones, regulados en forma separada, no obstante su similitud, fueron tan amplios, como inconsecuentes con los mecanismos dispuestos para su concreción, cuando no francamente imposibles de llevar a la práctica.

En efecto, como objetivos de estas se señalaron los de, a) Fortalecer los mecanismos de control contra la corrupción en la gestión pública y la contratación estatal; b) Fortalecer los procesos de participación ciudadana y comunitaria en la toma de decisiones, en la gestión de los asuntos que les atañen y en el seguimiento y control de los proyectos de inversión; c) Apoyar las labores de las personerías municipales en la promoción y fortalecimiento de los procesos de participación ciudadana y comunitaria; d) Velar por los intereses de las comunidades como beneficiarios de la acción pública; e) Propender por el cumplimiento de los principios constitucionales que rigen la función pública; f) Entablar una relación constante entre los particulares y la administración por ser este un elemento esencial para evitar los abusos de poder y la paralización excluyente de los gobernantes (sic); g) Democratizar la administración pública; y, h) Promocionar el liderazgo y la participación ciudadana (sic).

En cuanto a sus funciones, se previeron las de a) Vigilar los procesos de planeación, para que conforme a la Constitución y la ley se dé participación a la comunidad; b) Vigilar que en la asignación de los presupuestos se prevean prioritariamente la solución de

necesidades básicas insatisfechas según criterios de celeridad, equidad, y eficacia; c) Vigilar porque el proceso de contratación se realice de acuerdo con los criterios legales; d) Vigilar y fiscalizar la ejecución y calidad técnica de las obras, programas e inversiones en el correspondiente nivel territorial; e) Recibir los informes, observaciones y sugerencias que presenten los ciudadanos y organizaciones en relación con las obras o programas que son objeto de veeduría; f) Solicitar a interventores, supervisores, contratistas, ejecutores, autoridades contratantes y demás autoridades concernientes, los informes, presupuestos, fichas técnicas y demás documentos que permitan conocer el cumplimiento de los respectivos programas, contratos o proyectos; g) Comunicar a la ciudadanía, mediante asambleas generales o en reuniones, los avances de los procesos de control o vigilancia que estén desarrollando; h) Remitir a las autoridades correspondientes los informes que se desprendan de la función de control y vigilancia en relación con los asuntos que son objeto de veeduría; y, i) Denunciar ante las autoridades competentes los hechos o actuaciones irregulares de los funcionarios públicos.

Todo un universo de objetivos y de funciones, a ejercer con respecto a un universo de entes y organismos públicos y privados, nacionales e internacionales, etc.

Ahora bien; según se señaló en la ley, “para lograr de manera ágil y oportuna sus objetivos y el cumplimiento de sus funciones” -amplísimas -se reitera-; se les dotó de cuatro tipo de acciones o Instrumentos de Acción (como literalmente se les denomina):

- a) Intervenir en audiencias públicas en los casos y términos contemplados en la ley;
- b) Denunciar ante las autoridades competentes las actuaciones, hechos y omisiones de los servidores públicos y de los particulares que ejerzan funciones públicas, que constituyan delitos, contravenciones, irregularidades o faltas en materia de contratación

estatal y en general en el ejercicio de funciones administrativas o en la prestación de servicios públicos;

c) Utilizar los demás recursos, procedimientos e instrumentos que leyes especiales consagren para tal efecto;

d) Solicitar a la Contraloría General de la República, mediante oficio, el control excepcional establecido en el artículo 26, literal b) de la Ley 42 de 1993.

De esta manera, en concreto, el poder de las veedurías quedó en la práctica reducido a: (i) una de las modalidades del Derecho de Petición, reconocido en la Constitución: solicitar copias e informes de actuaciones públicas relacionadas con el gasto público; (ii) intervenir en audiencias públicas, que precisamente por serlo, conllevan ese derecho; (iii) utilizar “los demás” recursos previstos en la ley que leyes especiales “consagren para el efecto” (?); y (iv) denunciar ante las autoridades competentes hechos irregulares o ilegales para que sean estas las que los investiguen. Algo que, más que un derecho, se encuentra constitucionalmente establecido como una obligación, no sólo en cabeza de los funcionarios públicos, sino de los particulares:

Según se dispuso en el Artículo 67 CP, toda persona debe denunciar a la autoridad los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio.

Si el que conoce es servidor público y conoce de la comisión de uno que deba investigarse de oficio, está en la obligación de iniciar sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello, o, en caso contrario, poner el hecho en conocimiento ante la autoridad competente.

Así, en últimas, los instrumentos de acción se reducen al ejercicio del Derecho de Petición, y de denunciar, antes las autoridades competentes, en especial, ante los (estos sí) organismos de control, los hechos presuntamente irregulares. Por tanto, antes que

instrumento o mecanismo de control real, y ni siquiera de vigilancia; éstas de hecho se constituyen, a lo sumo, en un medios de coadyuvancia o de apoyo a la función de los organismos de control, y en consecuencia su accionar y posibilidades reales de control siempre estarán mediadas por estas, con lo que queda en evidencia que se trata de un control mediato e indirecto.

Así también lo consideró la Corte Constitucional en la sentencia de revisión de tutelas T-690 de 2007, al indicar que “La institución de las veedurías ciudadanas es uno de los elementos que fortalecen y amplían el campo de acción de la democracia participativa, dentro del modelo propuesto por la Constitución Política de 1991. Estas organizaciones son una expresión del propósito planteado en el artículo 270 constitucional, en el sentido de que la participación ciudadana contribuya al control de la gestión pública que se cumpla en los distintos niveles de la administración” (Sentencia T-690, 2007).

Pero, este ámbito de acción de las veedurías ciudadanas, suficientemente amplio, como se planteó antes, se amplió aún más en el artículo 5° de la ley 850 de 2003, en el que se dispuso que están facultadas para ejercer vigilancia en todos los niveles de la administración pública –municipal, departamental y nacional- así como sobre sus organismos descentralizados, al igual que sobre los particulares que desarrollen funciones públicas, con lo que su jurisdicción no la determina la naturaleza de la entidad; esto es, que sea pública o privada, o del nivel central o del descentralizado, sino la función que ejerce.

De todas maneras, lo que sí representa un avance y sea quizás el mayor logro de esta ley, es que se haya dispuesto que las veedurías tienen la posibilidad de solicitar a la Contraloría General de la República, mediante oficio, el ejercicio del control excepcional. Esto es, sobre la gestión de entes que en principio no son sus sujetos de control, como las entidades descentralizadas del Orden Territorial (departamentos, distritos y municipios),

con lo que se pretendió, de alguna manera, buscar una mayor independencia del órgano de control territorial, cuando quiera que esta se pueda ver comprometida por razón de los vínculos entre los diferentes poderes regionales.

Pero sin duda, el mayor avance en un país como Colombia, radica en que estas organizaciones se hayan habilitado para denunciar, como entes; en abstracto, y no como personalmente, delitos y hechos irregulares relacionados con la gestión pública.

Con respecto al otro instrumento de acción, esto es, el Derecho de Petición (de información sobre procesos en curso o culminados, o de documentos), se pronunció la Honorable Corte Constitucional mediante sentencia T-142 de 2012, en la que se interpretó que, al ser el Derecho de Petición el principal instrumento de acción de las veedurías ciudadanas en ejercicio de su función fiscalizadora, como se expuso previamente, “la Corte Constitucional ha establecido que el derecho de petición que la ley reconoce a las veedurías ciudadanas, tiene un mayor alcance que el que ejercen las personas particulares, por lo que están en la capacidad de obtener mayor información que los ciudadanos individualmente considerados” (Sentencia T-146, 2012).

De todas maneras, el Congreso, previendo abusos que pudieran derivarse de la utilización de estos instrumentos, o, más exactamente, según se ha visto, derechos o facultades, que podrían obstaculizar la labor de esas corporaciones ciudadanas, o de las mismas administraciones, les impuso algunos límites, entre los que se destacan su organización de forma democrática y el establecimiento de impedimentos para ser veedores (art. 19).

Queda claro entonces que, en la práctica, el ejercicio de estas organizaciones siempre está mediado por una autoridad, por lo que su alcance depende de la voluntad del órgano de control para actuar, y, también, hay que decirlo, de las limitaciones económicas

que afecta a la mayoría y ha llevado a muchas de ellas a su desaparición (El Herald, 2013).

El segundo gran problema, deriva de la falta de cultura y de aceptación de cualquier forma de control, en un país con una larga tradición de corrupción y amplias zonas bajo el dominio de grupos ilegales, en muchos casos armados y con amplio dominio territorial. Las amenazas en contra de veedores se han convertido en una constante en Colombia. En 2013 se radicaron 90 denuncias por amenazas de muerte a veedores. La amenaza contra los veedores es real y latente, como se informa periódicamente a los diversos medios de comunicación nacionales.

Para Ávila (2012: 3) “El segundo factor es la debilidad de la organización social local. El proceso de descentralización administrativa derivada de la Constitución de 1991 no logró crear una organización social estable y fuerte, además de que gran parte los procesos más representativos había sido eliminada durante las décadas de los setenta y ochenta, debido a la persecución por parte de algunos agentes estatales y grupos paramilitares. Esta ausencia de organizaciones sociales se tradujo en dos situaciones: por un lado, en la desaparición de la veeduría y el control ciudadano de los gastos de los gobiernos municipales y regionales, en su gestión y, sobre todo, en sus acciones frente a la interlocución con la ciudadanía; por otro, la ausencia de organizaciones consolidadas, en algunos casos por su eliminación, impidió la apertura dentro de la élite dominante”.

En conclusión, si bien el reconocimiento a nivel constitucional, legal y jurisprudencial de este importante mecanismo de coadyuvancia del control fiscal, implica un avance, aunque modesto en términos de democratizar el control de la gestión pública, su alcance ha sido limitado en gran parte por la configuración mafiosa de gran parte de los poderes locales, por lo que es necesario fortalecerlo a partir de reformas legales, y también

sociales, que permitan un ejercicio más cercano y efectivo de control, no sólo sobre la gestión administrativa, sino especialmente gubernamental, en especial, sobre sus facultades de planeación y de definición de las políticas públicas; obviamente sin perjuicio de la vigilancia de dicha gestión, y particularmente, sobre la contratación pública.

3.2. Las acciones populares

Una de las innovaciones de la Constitución de 1991, fue la inclusión y reconocimiento explícito, por primera vez, de derechos colectivos, o de tercera generación, en cabeza de la ciudadanía, y con ellos, de sus respectivos mecanismos de protección.

En efecto, en el Capítulo III, fueron previstos como Derechos Colectivos y del Ambiente, (i) el control de calidad de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como a la información en su comercialización, disponiéndose la responsabilidad cuando estos atenten contra la salud, la seguridad y “el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios”, por parte del Estado, a través de sus superintendencias, y, de las organizaciones de consumidores y usuarios (art. 78); (ii) El derecho a gozar de un medioambiente sano, mediante la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo, a través de consultas (art. 79); (iii) El derecho a la conservación de los recursos naturales (art. 80); (iv) Derecho a que se impida la fabricación, importación, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, y a que no se introduzcan al territorio nacional residuos nucleares ni desechos tóxicos (art. 81); y (v) Derecho al espacio público y de su uso común.

En cuanto a los mecanismos de protección de esos derechos se previeron (i) las acciones populares, precisamente para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicas, la moral

administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza; las acciones de grupo relacionadas con los daños ocasionados “a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares”; y (iii) “los demás recursos, acciones, y procedimientos necesarios” en defensa de la integridad del orden jurídico y “la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas”.

Estos derechos fueron desarrollados mediante la Ley 472 de 1998, en cuyo art. 4, además de listarse nuevamente los derechos e intereses colectivos, se dispuso que, también tendrían esa condición, “los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia” (Colombia, Congreso de la Republica de Colombia, 1998).

Para la protección de tales derechos colectivos fueron previstos dos mecanismos: Las acciones populares y las acciones de grupo.

Aunque ambas acciones tienen como finalidad la protección de los derechos objetivos referidos, no proceden ante las mismas situaciones: Las acciones de grupo buscan reparar económicamente los perjuicios sufridos por un grupo o colectivo de ciudadanos, no menor de veinte personas; que se hayan originado por la misma causa (art. 46)⁸⁹.

En contraste, las acciones populares tienen una finalidad preventiva: evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible (Congreso de la República de Colombia, 1998, art. 2).

⁸⁹ “La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios”.

Teniendo en cuenta la finalidad indemnizatoria de la acción de grupo, y, por tanto, que esta no está directamente relacionada con las actividades de control ciudadano, nos enfocaremos en las principales características y alcance de las acciones populares.

Como ya se ha expuesto, las acciones populares se introducen al sistema legal colombiano con el artículo 88 constitucional. Sin embargo, su reglamentación y desarrollo se verifica en forma posterior, con la expedición de la Ley 472 de 1998, cuyo alcance fue precisado posteriormente mediante sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

Las acciones populares proceden contra particulares y contra el Estado, siempre que se utilicen para detener o prevenir acciones u omisiones que amenacen derechos colectivos. Con la intención de garantizar y agilizar el trámite de las acciones populares, y, para una mejor protección de los derechos colectivos, la ley le concede algunos privilegios procesales, como el no requerir, como presupuesto para demandar, el agotamiento previo de la vía administrativa (gubernativa) y, además, no estar sujeta a término de caducidad, mientras la amenaza o daño continúen.

Además, la ley consagra que el ejercicio de la acción popular no limita ni restringe la atribución por otros medios, de responsabilidad penal, civil, y disciplinaria de los funcionarios públicos comprometidos (Quinche, 2012: 323). Es decir, la acción se contempla como un medio para detener la amenaza a los derechos colectivos a causa de una acción u omisión de un tercero o del Estado, pero además, permite que se acuda a otros tipos de acciones que tienen como finalidad amonestar al causante de la amenaza a los derechos colectivos, si este es servidor público.

Su gran avance es que las organizaciones cívicas, y organizaciones no gubernamentales, fueron señaladas taxativamente como titulares de la acción popular, y

además de ellas, “Las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, siempre que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos no se haya originado en su acción u omisión” (art. 3) (Colombia, Congreso de la Republica de Colombia, 1998).

Adicionalmente, las veedurías ciudadanas, por estar habilitadas para ejercer control ciudadano en interés general o colectivo, se encuentran también facultadas para hacer uso de este mecanismo.

Y, si bien, al contrario de estas, las acciones populares, no se diseñaron específicamente para realizar actividades de fiscalización, tanto la ley como la Constitución, sí que permiten su uso para detener o reparar acciones u omisiones que puedan afectar el patrimonio público.

Las acciones populares, son una figura común a casi todos los países del continente americano, y al igual que en Colombia, se han utilizado como un mecanismo de protección de derechos colectivos o para vigilar a la administración pública.

En México, las acciones populares, “tienen el mismo significado que en Colombia, con la diferencia de que la ley mexicana sólo otorga legitimación para ejercer este tipo de acciones a la Procuraduría Federal del Consumidor y no así, a los grupos de consumidores directamente afectados” (Granados, 2010: 23). Es decir que, en Colombia, el mecanismo es más garantista, al permitir que los ciudadanos en general, lo utilicen directamente ante un juez. Además, los organismos de control no pierden la capacidad de representar a la ciudadanía o de presentar acciones de forma autónoma, siempre que la vulneración no sea consecuencia de su acción u omisión.

En México, las acciones de grupo tienen una fundamentación distinta de la que se tuvo en cuenta en Colombia: “El supuesto fundamental del que parte el ejercicio de estas

acciones de grupo consiste en que, con motivo de la adquisición de un bien o de la contratación de un servicio, un número considerable de consumidores con el mismo daño o perjuicio, que puede provenir de uno o varios proveedores, puedan solicitar la reparación o indemnización por los perjuicios causados” (Granados, 2010: 29).

Por tanto, la misma figura, tal como fue consagrada en la Constitución colombiana, se revistió de mayores garantías, pues no sólo tiene por objeto la defensa de los derechos particulares de los consumidores, sino que también pretende, en general, la de los derechos colectivos reconocidos como tales en la misma Constitución; esto es, los relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos; la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen como tales en ella.

En Guatemala, existen dos tipos de acciones colectivas: una llamada pública, que se ocupa únicamente de temas de salud, y consiste en “denunciar ante las autoridades competentes del Ministerio de Salud la comisión de actos que puedan ser constitutivos de infracciones en contra de la salud”. Y la otra, llamada acción popular, “para reclamar ante un tribunal en contra de una obra nueva que cause daño público. Similar disposición contiene el Código Civil de Nicaragua” (idem, pág. 30). Además, las acciones populares, también pueden ser usadas para demandar la constitucionalidad de las normas jurídicas.

En España, con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2001, se crearon los mecanismos para proteger el derecho colectivo – que afectan a una comunidad uniforme – y los llamados derechos difusos –aquellos en los que resulta difícil determinar a quién afectan– habilitando directamente a colectivos y ciudadanos afectados para interponer los recursos en ella previstos. No obstante, la conceptualización es difusa, y ambos hacen parte de los derechos colectivos, definidos por oposición a los derechos individuales (Granados, 2010:

34). Este tipo de acciones se limita a resguardar los derechos de los consumidores y de los usuarios.

3.3. Marchitamiento de las acciones populares

La Ley 472 de 1998, mediante la cual se reglamentaron los derechos y las acciones colectivas, marca un hito en la historia jurídica y política del país al alcanzar el máximo nivel de reconocimiento normativo de los derechos colectivos. Lastimosamente, con posterioridad a la expedición de la ley, la postura del Estado colombiano frente a tales derechos parece haberse vuelto regresiva.

En efecto, una vez aprobada y puesta en práctica, el Estado colombiano se percató de la incidencia que tiene la protección de los derechos colectivos en el presupuesto nacional y el desgaste institucional que implica para las diferentes ramas del poder público, particularmente para el mismo Gobierno. Por esta razón, las tendencias regresivas en la aplicación de la normativa sobre la acción popular, no se hicieron esperar. A continuación mencionaremos las más significativas y alarmantes.

En contra de lo expresamente consagrado en el artículo décimo de la Ley 72 de 1998, algunos jueces exigieron el previo agotamiento de la vía gubernativa para acceder al estudio de las acciones populares, lo cual, según se ha advertido desde la academia, “se contraponen a la garantía de amparo judicial, [que] impide un real acceso a la justicia que no permite la materialización de los derechos edificados en la Constitución en caso de vulneración o amenaza”⁹⁰ (Universidad del Rosario, 2008).

Otra de las tendencias negativas detectadas en los funcionarios judiciales de la jurisdicción administrativa, consiste en declarar improcedentes las acciones populares,

⁹⁰ En la presente cita, los editores hacen referencia a El derecho de acción en la Constitución Brasileña, del brasileño Luiz Maroni Guilherme.

cuando existe una denuncia previa. Con esa medida se busca evitar la procedencia de procesos paralelos, que sobrecarguen a los jueces. Y, si bien la medida ha permitido aligerar el número de procesos en curso, incide directamente en forma negativa en la protección de los derechos colectivos, al constituirse, de hecho, en un obstáculo procesal para las denuncias, excluyendo del trámite procesal la presentación de nuevos hechos, pruebas o argumentos (Universidad del Rosario, 2008).

Conforme a la constitución y la Ley, lo más conveniente sería aceptar todas las denuncias y unificarlas en un único proceso, garantizando la participación ciudadana y la eficacia de los jueces.

Por parte del Legislativo, también se han verificado intentos por limitar o menguar la efectividad de los mecanismos colectivos de control. El primer punto de debate en el Congreso, gira entorno a la legitimación por activa para hacer uso de las acciones populares, es decir, sobre quiénes pueden presentar ante los jueces las acciones; que en pocas palabras se reduce a “cualquier persona: natural, jurídica, nacional o extranjera, pública o privada” (Universidad del Rosario, 2008).

La nueva propuesta del legislativo, es limitar la legitimación activa a las personas directamente afectadas, o a quienes tengan un vínculo social o territorial con las personas afectadas.

Esta propuesta desmorona el Principio de Solidaridad que es ni más ni menos que la base de las acciones colectivas, y mengua por tanto el fundamento de la participación ciudadana. Afortunadamente hoy en día se mantiene la regulación original, donde el Principio de Solidaridad entre los ciudadanos, los legitima para defender los derechos colectivos de otros.

Diferente suerte corrieron los incentivos económicos para los actores, consagrados en los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998, que consagraban un incentivo, en caso de que estas acciones prosperaran, entre 10 y 150 salarios mínimos para quienes las formularan. Tratándose de demandas por violación a la moralidad administrativa, la Ley preveía que, en caso de recuperación de dineros, los demandantes recibieran el 15 % de las sumas recuperadas.

A partir de la expedición de la Ley 1425 de 2010 esos incentivos fueron eliminados, generándose un intenso debate entre aquellos que consideran que esto desincentiva la defensa de los Derechos Colectivos, y más específicamente, del patrimonio público, y aquellos que consideran que la Defensa de dichos intereses se pervierte si en vez de obedecer a un interés altruista, se mercantiliza por el pago de recompensas.

Para Londoño y Torres (2012) “En el año de vigencia de esta ley se percibe una disminución dramática en el ejercicio de acciones populares y una total desmotivación de las organizaciones y grupos que trabajaban en derechos colectivos. No se ha realizado una labor de respuesta al problema por parte de la Defensoría del Pueblo o la Procuraduría, con lo cual la descongestión de los despachos judiciales en materia de acciones populares (que era el resultado deseado por el Gobierno) se logró, pero las vulneraciones a estos derechos continúan creciendo y la impunidad también”.

De nuestra parte, estamos más del lado de quienes sostienen lo contrario: si, la afectación del patrimonio público y los Derechos Colectivos suele tener como causa justamente el interés económico particular, individual y subjetivo, no puede ser que se pretenda contrarrestar con la exaltación de otro interés económico particular, y peor aún, económico, pues esto, de alguna manera, termina pervirtiendo la finalidad del mecanismo colectivo de defensa.

En conclusión, de los dos mecanismos de participación ciudadana previstos en la Constitución, para coadyuvar el ejercicio de los organismos de control de la gestión pública, a nivel micro; es este último el que mayor potencial tiene, precisamente en cuanto se plantea directamente ante los jueces, esto es, sin necesidad de que medie la acción de dichos organismos; por lo cual su efectividad está directamente ligada a la voluntad política, principalmente, del Consejo de Estado, para que se concrete.

4. CONTROL CIUDADANO A NIVEL AGREGADO O MACRO

Cuando nos referimos al control ciudadano del gasto público, lo hacemos para referirnos al control, con sentido de evaluación (que no dispositivo ni de vigilancia), que está llamada a ejercer la ciudadanía, o más exactamente, el electorado, para expresar su apoyo o rechazo a la gestión agregada de un Gobierno, o de un partido; o a sus políticas, o propuestas; pero especialmente, para escoger a sus gobernantes, y a quienes, en su representación, están llamados a controlar su acción: los congresistas.

Este nivel de control tiene como fundamento la llamada opinión pública, fundada principalmente a partir de los llamados debates de control político y las posiciones de los partidos expresadas en los mismos, respecto de esa gestión y políticas, pero también de los medios masivos; en especial de los columnistas o formadores de opinión, y se expresa y concreta mediante su principal instrumento: el voto.

A continuación, nos referiremos inicialmente a los llamados mecanismos de participación y de consulta del electorado, con carácter concreto, y luego, a los comicios electorales, para determinar sus sujetos y alcance.

4.1. El referendo a las políticas públicas

Por mandato constitucional, el Congreso de la Republica expidió la Ley 134 de 1994, “Por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana”, reglamentando, entre ellas, el referendo, enunciado doblemente en la Constitución como un mecanismo de ejercicio y control político (art. 40) y de participación democrática (art. 103).

En la definición legal del referendo se señalaron como sus objetivos los de aprobar o rechazar proyectos normativos, y “derogar normas” vigentes (art. 3), aunque, eso si, excluyendo en forma expresa aquellas de mayor afectación para la ciudadanía, como los asuntos que sean de iniciativa del Gobierno (y ya se vio previamente que todos los asuntos importantes o que comportan gasto público, lo son), las de presupuesto, fiscales y tributarias; las que regulen las relaciones internacionales, las aprobatorias de amnistías e indultos, y las destinadas a la preservación del orden público.

En efecto, en el artículo 170 constitucional se dispuso que “Un número de ciudadanos equivalente a la décima parte del censo electoral, podrá solicitar ante la organización electoral la convocación de un referendo para la derogatoria de una ley. La ley quedará derogada si así lo determina la mitad más uno de los votantes que concurran al acto de consulta, siempre y cuando participe en éste una cuarta parte de los ciudadanos que componen el censo electoral”.

No obstante, al momento de desarrollarse este mecanismo de participación, mediante el artículo 3° de la Ley de Mecanismos de Participación (Ley 134 de 1994), se señalaron dos tipos de referendo al disponerse que este “Es la convocatoria que se hace al pueblo para que apruebe o rechace un proyecto de norma jurídica o derogue o no una norma ya vigente”.

Así pues, en la ley estatutaria sobre mecanismos de participación, se consagraron de manera autónoma dos tipos de referendo: En primer lugar, en el artículo 4 se estableció el referendo derogatorio como aquél al que se someten los Actos Legislativos, Leyes, Ordenanzas, Acuerdos o Resoluciones Locales, o, políticas públicas, “en alguna de sus partes o en su integridad, a consideración del pueblo para que éste decida si lo deroga o no”.

Por lo tanto, este tipo de referendo se aplica únicamente a leyes preexistentes, o que se encuentran vigentes; es decir, leyes que ya han nacido a la vida jurídica, por lo que el objetivo del referendo, es dejar dicho texto, parcial o totalmente, sin aplicación o consecuencia jurídica alguna.

De otro lado, y, mucho más acorde con su naturaleza jurídica, en el artículo quinto se definió el referendo aprobatorio, como el mecanismo mediante el cual se somete un proyecto de *norma jurídica* “a consideración del pueblo para que éste decida si lo aprueba o lo rechaza, total o parcialmente”.

4.1.1. El Referendo en la historia de Colombia

Durante la historia de Colombia, en diversas ocasiones y por diferentes motivos, se ha hecho uso del mecanismo del referendo, y aunque la historia reciente del país revela la ineficacia de esta figura, debe resaltarse su papel fundamental durante los inicios de la república. Entre 1810 y 1812 se realizaron en todo el Reino de la Nueva Granada convocatorias para declarar la independencia de forma parcial o total del Reino de España, llamadas Cabildos Abiertos⁹¹.

⁹¹ Su nombre se debe a que toda la comunidad participa, a diferencia del cabildo cerrado; donde solo intervienen funcionarios de la corona.

“En sentido moderno aquellos cabildos abiertos fueron eventos plebiscitarios y auténticos referendos constitucionales. En el alba de la república el cabildo abierto fue el instrumento que galvanizó la voluntad popular para proclamar la autodeterminación política y para elaborar los instrumentos jurídicos fundacionales de la institucionalidad de un nuevo Estado” (Hernandez, 2003).

Otro ejemplo de ejercicio del mecanismo del referendo en los albores de la nueva Colombia tuvo lugar cuando, “El 23 de junio de 1822 se proclamó públicamente la adhesión de Providencia a la República de Colombia. San Andrés hizo otro tanto el 21 de julio. De acuerdo con los usos del Derecho Internacional los isleños efectuaron un referendo territorial” (Hernandez, 2003).

A partir de ese momento; una vez constituida la República, se utilizan los referendos, ya no por iniciativa popular, sino por llamado del gobierno. Esto es, en forma mediada.

En 1885 el gobierno de Rafael Núñez, con el propósito de legitimar su Constitución, redactada por los ganadores de la guerra entre liberales y conservadores, somete a votación de los representantes de las municipalidades, aunque no del pueblo, el texto aprobado anteriormente por el llamado Consejo de Delegatarios.

Como era de esperarse, las municipalidades, o, más precisamente, los delegados de las mismas, designados por el mismo Núñez, aprobaron la nueva carta mayoritariamente: de las 619 que votaron, lo hicieron afirmativamente 605, y 14 negativamente. De esta manera, se le imprimió un cierto toque de legitimidad al proceso, “sobre la base de la ficción jurídica de que había sido «aprobado por el pueblo colombiano», lo que además “sirvió de límite a las discusiones posteriores” (Melo, 1989) y de pórtico de la nueva carta política.

Fue así como el preámbulo de la Constitución se redactó en los siguientes términos: “En nombre de Dios, fuente suprema de toda autoridad, los Delegatarios de los Estados Colombianos de Antioquía, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá, Santander y Tolima, reunidos en Consejo Nacional Constituyente; vista la aprobación que impartieron las Municipalidades de Colombia a las bases de Constitución expedidas el día 1º de diciembre de 1885; y con el fin de afianzar la unidad nacional y asegurar los bienes de la justicia, la libertad y la paz, hemos venido en decretar, como decretamos, la siguiente: Constitución Política de Colombia”.

Casi un siglo después, durante el gobierno de Virgilio Barco, y, con la intención de legitimar la eventual e inminente firma de un acuerdo de paz con el grupo guerrillero M-19, se propuso realizar un referendo, al que, sin embargo, por presiones del ala política del narcotráfico, principalmente influenciada por Pablo Escobar, se logra introducir en el texto a refrendar una disposición para prohibir la extradición de nacionales, lo que lleva finalmente al Gobierno a renunciar al proyecto (Ungar y Cardona, 2006).

En 1990, paradójicamente haciendo uso de las facultades derivadas del Estado de Sitio, mediante decreto, el mismo presidente Virgilio Barco, ordenó contar los votos de la ciudadanía a favor de convocar una asamblea constituyente. Estos votos, promovidos en la campaña denominada “la séptima papeleta”, por estudiantes de distintas universidades del país, fueron más adelante los que legitimarían, el llamado a la conformación de la constituyente de 1991.

“La Corte Suprema de Justicia respaldó el decreto y al elegido César Gaviria Trujillo le quedó el mandato de hacerla realidad. Por eso, también bajo el amparo del Estado de Sitio, Gaviria ordenó a la Registraduría realizar elecciones para una

Constituyente” (El Espectador, 2013). Finalmente, la Constituyente se integra el 9 de diciembre de 1990.

Una vez promulgada la Constitución de 1991, solo se ha realizado una convocatoria a referendo, en el año 2003, bajo el mandato del presidente Álvaro Uribe, y que él mismo denominó “Contra la corrupción y la politiquería”. Esta propuesta surtió los debates en el Congreso y la revisión constitucional con éxito. “Entre otros asuntos su idea era imponer el sistema unicameral en Colombia, suprimir las Contralorías departamentales, aumentar el régimen de inhabilidades de los congresistas y reestructurar el sistema de regalías” (Ungar, 2006). Sin embargo, el referendo resultó un fracaso para el Gobierno, pues no logró superar los umbrales que le exigía la ley a pesar de varios intentos posteriores.

Durante su segundo periodo, Álvaro Uribe pretendió realizar un segundo referendo para lograr su tercer periodo presidencial, pero en esta ocasión no pasó la revisión previa por parte de la Corte Constitucional.

Podemos concluir varias cosas al revisar la historia de los referendos en Colombia: la primera, es que estrictamente hablando, en Colombia solo se ha realizado un referendo, esto es, el llevado a cabo en 2003, pues en las demás ocasiones nos encontramos con casos donde si bien el llamado constituyente primario se ha pronunciado, no cumple con todos los requisitos para poder ser considerado en realidad como referendo; la segunda, pero no menos importante, es que se encuentran dos tendencias frente al referendo.

La primera tendencia, corresponde a aquellos procesos que se han realizado por iniciativas populares y han gozado de un relativo éxito, entre los cuales encontramos: los cabildos independentistas, el referendo territorial de San Andrés y la Séptima papeleta.

Otra conclusión es que el mecanismo se ha activado en momentos de crisis de gobernabilidad o institucional (periodos de ineficacia estatal): Las invasiones napoleónicas

y el descontento por el abuso o mal manejo de los impuestos de la corona española, desembocaron en los Cabildos; la falta de presencia del gobierno de la Gran Colombia en San Andrés, sumado a las invasiones francesas de 1918, dejaron como resultado el referendo territorial de 1822⁹², y para el caso de la séptima papeleta, pesó la ineficacia del gobierno para conjurar la violencia y su falta de legitimidad debido al narcotráfico, el paramilitarismo y las guerrillas.

La segunda tendencia histórica, son los referendos que buscan legitimar políticas del Estado. Los fracasos del gobierno de Barco, de Pastrana⁹³, el doble fracaso de Uribe, son una muestra de la debilidad institucional frente al electorado, pues cuentan con poca legitimidad.

Este segundo tipo de referendo, se caracteriza por sus fracasos, pues al no provenir de iniciativas populares, no cuentan con el respaldo del pueblo en la votación y son más susceptibles a sucumbir frente a la influencia de los corruptos o el desinterés de los políticos.

Si bien los referendos en Colombia se han utilizado más como un mecanismo de control social, y de respuesta en momentos de crisis, en la práctica han terminado desdibujándose pues, bien sea por falta de cultura política, o por desconocimiento sobre sus fines, o simplemente por falta de claridad con respecto a su objetivo específico; no son pocos quienes los asumen como un mecanismo para expresar su frustración frente al gobierno, antes que como un medio para validar una política, como lo refleja el hecho de la baja participación en los mismos.

⁹² En 1918 se producen la invasión francesa a San Andrés, y luego de tres años de gobierno su delegado muere, y ante el descontento y vacío de poder, el pueblo isleño realiza un referendo para unirse a la república.

⁹³ En marzo del año 2000 el entonces presidente Pastrana anunció que presentaría un proyecto de referendo para revocar a todo el congreso, sin embargo; nunca sucedió.

No podemos pasar por alto que el referendo tiene un objetivo de carácter participativo más que de control. No obstante, existen dos razones para destacar su papel como mecanismo de control ciudadano: La primera, como ya se ha dicho, y como lo refleja el análisis histórico presentado, es la evidente utilización del referendo como mecanismo de control social y como medio de expresión del descontento social para impulsar cambios en la estructura estatal, no obstante lo cual algunos han terminado en el rechazo del proyecto del ejecutivo.

La segunda razón, la encontramos en su misma naturaleza, cuando se utiliza el referendo como mecanismo previo, con lo cual podríamos estar frente a una modalidad de control previo; sobre proyectos de ley o actos modificatorios de la Constitución.

También puede ser usado, al menos en teoría, para rechazar una ley vigente por su impacto negativo, y, nuevamente en teoría, permitiría ejercer control sobre la función legislativa del Congreso, en cuyo caso estaríamos frente a una modalidad de control posterior.

Lastimosamente, aunque el referendo es una herramienta de participación, legitimación y control muy poderosa, su alcance en Colombia ha sido en extremo limitado, especialmente en cuanto al gasto público en la medida en que este tema está expresamente excluido como objeto del mecanismo.

Desde su introducción al sistema jurídico colombiano, sólo se ha realizado un referendo, que se tradujo en la práctica en una expresión de rechazo a la política del gobierno de entonces, antes que en un verdadero ejercicio de reflexión y expresión de la voluntad mayoritaria con respecto a temas de interés general.

Además, habiéndose concebido como un mecanismo optativo para el Gobierno, es previsible que este opte por el mecanismo regular de su aprobación en el Congreso, quedando en la práctica condicionado a los intereses del Gobierno de turno.

Pero, aun suponiendo que el Ejecutivo esté dispuesto a someter un proyecto o política clave al control de la ciudadanía, los altísimos niveles históricos de abstención que se registran en el país, también conspiran contra el mecanismo, pues se requiere que concurren a las urnas más de la cuarta parte de censo electoral, y que de estos, la mitad más uno de los votantes lo aprueban.

En el caso de los referendos por iniciativa popular, los problemas son los mismos, pero agravados por la carencia de recursos, con lo cual se ven limitadas aún más sus posibilidades de éxito.

Por ello, la tradición apolítica y abstencionista en las urnas de los colombianos, y la escasa disposición política del Ejecutivo a someter sus proyectos al engorroso trámite del referendo, limitan seriamente su eficacia y alcance, y más aún, como mecanismo de control sobre las políticas públicas. Esta limitación es tan evidente que se necesitaron 12 años para que el mecanismo fuera reglamentado por el Congreso, y, en los 11 años siguientes, solo se ha usado una vez; sin que lograra alcanzarse el umbral mínimo deliberativo.

4.1.2. El paradigmático referendo de 2003 “contra la corrupción y la politiquería”

Como se expuso antes, el referendo puede versar sobre temas muy variados, con excepción de aquellos que afectan más directamente a los ciudadanos, como los impuestos y el gasto público, los cuales se encuentran expresamente excluidos de la figura, en la Constitución.

Apoyado en el arrollador resultado de las elecciones en su favor, durante el primer mandato del presidente Álvaro Uribe, se planteó, en 2003, consultar la opinión de los ciudadanos con respecto a quince variadísimos asuntos, algunos de ellos de gran complejidad técnica, o política. Cabe aclarar que en la (Sentencia C-551, 2003) los magistrados que se oponían al referendo se refirieron a la naturaleza y contenido de las preguntas, determinando “que las preguntas deben ser simples y no complejas ni compuestas, pues de lo contrario el elector se vería enfrentado a dificultades para decidir qué es lo que realmente desea votar, o si por el contrario desea abstenerse de hacerlo (...)”, para finalmente decidir que la redacción de las preguntas fue “capciosa o tendenciosa y que al tener un contenido inductivo conculca el derecho de votar libremente el temario”.

Por vía de ejemplo, en la primera pregunta, se propuso consultar la opinión de la ciudadanía en torno a la posibilidad de endurecer las penas para los funcionarios y personas que cometieran delitos contra el patrimonio público, lo que se acompañaría con la prohibición para acceder a cargos públicos o de elección popular⁹⁴.

De otro lado, en la pregunta número 8 se buscó introducir la prohibición constitucional de asignar y pagar pensiones mayores a 25 salarios mínimos, sin perjuicio de los derechos adquiridos.

Esta propuesta, muy del estilo de la pretensión eficientista del Gobierno de la época, buscaba, según se dijo, reducir los gastos estatales, y los beneficios pensionales de los altos funcionarios del Estado, no obstante lo cual, paralelamente, y sin que mediara ninguna consulta al respecto, se aumentó exponencialmente el gasto público con el incremento sustancial del pie de fuerza, que necesariamente terminaría por traducirse en el del gasto

⁹⁴ Está fue la única pregunta que logro superar los topes constitucionales, logrando un 25.11 % del margen electoral equivalente a 6.293.807 de votos.

pensional de sus miembros, en el corto y mediano plazo, por gozar éstos de un régimen especial, dejando al descubierto una de las grandes debilidades de un mecanismo, en principio, democrático: la posibilidad de manipulación del objeto de consulta, debido a las asimetrías de información.

Las preguntas número 9 y 14 tenían por objeto consultar a los ciudadanos sobre la posibilidad de “reducir los costos de funcionamiento suprimiendo las contralorías departamentales y las de los grandes municipios, así como la congelación de los gastos de funcionamiento por 2 años”. Oficialmente se adujo como razón de la propuesta la ineficacia de las contralorías territoriales, sometidas desde su creación a las presiones políticas y poderes regionales en su dirección, conformación y funcionamiento. Y si bien esta propuesta podría haber conllevado un importante avance institucional, en la medida en que evita los conflictos de competencia con la Contraloría General de la República, que infortunadamente tienden a resolverse negativamente; una reforma de esa envergadura supone, como es apenas lógico, una readecuación de la institucionalidad estatal, y por tanto, un escenario de discusión diferente al de un profuso y confuso referendo.

En opinión de otros, la reforma, por el contrario, tal como se justificó (en un presunto ahorro fiscal), implicaba un retroceso en el proceso constitucional de descentralización, pues, de ser aprobada se retornaría al modelo centralista, anterior a la constitución, al limitarse la capacidad de control de los dineros públicos por parte de los respectivos departamentos y municipios (Escobar, 2003).

En la pregunta número 7 se propuso introducir una nueva causal de pérdida de investidura para los funcionarios de elección popular, referida al uso de dineros irregulares en la campaña o por fraude electoral, teniendo en cuenta que la disposición vigente hasta entonces, esto es, el artículo 183 constitucional, no consagraba originalmente las nuevas

causales de pérdida de investidura y éstas se aplicaban únicamente a los congresistas, excluyendo a los elegidos a nivel departamental o municipal.

Paralelamente, en el artículo 11 se propuso prohibir la financiación con recursos estatales de las campañas políticas, pero a costa de disminuir en la práctica las posibilidades de participación política de las minorías, que no cuentan con la capacidad para financiar una campaña política.

Por último, en las preguntas 12 y 13 se propuso invertir los dineros públicos que se ahorraran por la eliminación o reducción de las contralorías, en entidades educativas y de salud, además de aumentar los porcentajes correspondientes a la educación provenientes de las regalías, con un claro tono populista.

Y ese es precisamente el mayor riesgo de un mecanismo que se pretende hacer ver como democrático: la manipulación del electorado, bien sea por la forma en que se hacen las preguntas; o por la temática que le interesa consultar al Gobierno o Congreso de turno, o por la circunstancias de favorabilidad de la “opinión pública” hacia el Gobierno, sin mencionar el mayor riesgo del mecanismo en sí, con abstracción de los antes citados: el riesgo de legitimidad derivado de dejar en manos de solo el 25% del electorado, decisiones que pueden afectar muy gravemente la institucionalidad, lo que desconoce la filosofía del mecanismo, encaminado, por el contrario, a aumentar el grado de legitimidad de las decisiones que afectan a la mayoría.

Ese fue el caso de la convocatoria a aprobar una nueva reforma constitucional que permitiera un tercer período presidencial del presidente Uribe, mediante la Ley 1354 de 2009⁹⁵.

En la Sentencia C-141 de 2010, la Corte, además de advertir múltiples y muy serios vicios de trámite, “los cuales tuvieron lugar en el curso de la iniciativa ciudadana y durante el procedimiento legislativo que culminó con la expedición de la Ley 1354 de 2009, [y que], suponen el desconocimiento de importantes principios constitucionales y de los procedimientos formales previstos por la Constitución y la ley para la convocatoria de un referendo de iniciativa popular reformativo de la Constitución”, determinó que este mecanismo en todo caso tiene una serie de limitantes temáticas y formales:

En esta importantísima sentencia, la Corte comenzó por determinar la diferencia entre el poder constituyente originario, que, según lo expresó, “(i) tiene por objetivo el establecimiento de una Constitución, (ii) está radicado en el pueblo y (iii) comporta un ejercicio pleno del poder político, “lo que explica que sus actos son fundacionales, pues por medio de ellos se establece el orden jurídico, por lo que dichos actos escapan al control jurisdiccional”; diferenciándolo del “poder constituyente derivado, secundario o de reforma” que es aquél “que se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado para modificar una Constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma, de donde se desprende que se trata de un poder establecido por la Constitución y que se ejerce bajo las condiciones fijadas por ella misma, de manera que, aunque es poder constituyente, se encuentra instituido por la Constitución, por lo que es derivado y limitado, así como sujeto a controles”.

⁹⁵ Referendo por medio del cual el ex presidente Álvaro Uribe pretendía hacerse reelegir por segunda vez. Pues aprobar este tendría graves implicaciones, pues estaría en detrimento de los principios básicos del Estado Social de Derecho y la democracia.

Sobre el porcentaje requerido para su aprobación la Corte indicó que “en los estados contemporáneos la voz del pueblo no puede ser apropiada por un solo grupo de ciudadanos, así sea mayoritario, sino que surge de los procedimientos que garantizan una manifestación de esa pluralidad”, aclarando que “El proceso democrático, si auténtica y verdaderamente lo es, requiere de la instauración y del mantenimiento de unas reglas que encaucen las manifestaciones de la voluntad popular, impidan que una mayoría se atribuya la vocería excluyente del pueblo e incorporen a las minorías en el proceso político, pues son parte del pueblo y también están asistidas por el derecho a servirse de esas reglas comunes que constituyen el presupuesto de la igualdad con la que todos, ya pertenezcan a la mayoría o las minorías, concurren a los certámenes democráticos”.

Finalmente la Corte indicó que, como constituyentes derivados, los ciudadanos convocados a referendo no pueden sustituir la Constitución, pues eso es algo exclusivo del poder constituyente, y que una tercera elección presidencial implicaría una verdadera sustitución de la Constitución de 1991; con lo que decidió declarar la inexecutable de la referida Ley, con las notorias pero explicables salvamentos de voto de los magistrados Pretelt y Mauricio González; ambos designados por el mismo Presidente Uribe, cerrándole de esta manera las puertas a su perpetuación en el poder, fundado en su “popularidad”.

4.2 El plebiscito

En el artículo 7^a de la ley 134 de 1994, se definió el plebiscito como “el pronunciamiento del pueblo convocado por el Presidente de la República, mediante el cual [se] apoya o rechaza una determinada decisión del Ejecutivo.

Sin embargo, en la misma ley se dispuso que “cuando dentro del mes siguiente a la fecha en que el Presidente haya informado sobre su intención de realizar un plebiscito,

ninguna de las dos Cámaras, por la mayoría de asistentes, haya manifestado su rechazo, el Presidente podrá convocarlo”; lo que implica que si una, o ambas cámaras, rechazan el mecanismo, este no se podría convocar.

Igualmente se dispuso que este no puede versar sobre la duración del periodo constitucional del mandato presidencial, ni utilizarse para modificar la Constitución. Este mecanismo de consulta popular se ha utilizado en el país únicamente en dos ocasiones: paradójicamente por parte una Junta Militar que reemplazo al único dictador oficial que tuvo el país en el siglo XX: el General Rojas Pinilla, la cual expidió un decreto (el 0247 de 1957) denominado "sobre plebiscito para una reforma constitucional" mediante el cual (segunda paradoja) convocó para el primer domingo del mes de diciembre de 1957 a los varones y mujeres colombianos, mayores de 21 años, para que expresaran su aprobación o improbación a un "texto indivisible" formulado en catorce artículos para reformar la Constitución de 1886.

El segundo, se produjo, en el gobierno del presidente Virgilio Barco se propuso, quien mediante Decreto 927 de 1990, y, contrariando lo dispuesto en el art. 13 de la, hasta entonces vigente, Constitución de 1991, facultó a la Registraduría para que contabilizara los votos que se depositaran en las elecciones presidenciales, mediante los cuales se expresara el apoyo o rechazo a la posibilidad de convocar una asamblea encargada de reformar la Constitución.

En las dos ocasiones, la convocatoria se utilizó como mecanismo para legitimar decisiones abiertamente inconstitucionales, aunque, según los gobiernos de turno, convenientes, que es lo que ha caracterizado este tipo de mecanismos en la historia republicana del país.

4.3. La revocatoria del mandato

La revocatoria del mandato es otro de los mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía, previsto en el art. 103 CP, y desarrollado mediante la Ley 131 de 1994, “por la cual se reglamente el voto programático”. En este sentido, se constituye en realidad en una extensión o modalidad especial de otro de los mecanismos de participación: el voto; ya no para elegir a un gobernador o alcalde para que ejecute un programa de gobierno, sino para revocarle el mandato inherente a su cargo público por su incumplimiento, como una forma de sancionar su incumplimiento con el electorado.

Así se previó en el art. 1° de dicha ley, en el que se indicó que el voto programático es el mecanismo de participación mediante el cual los ciudadanos que votan para elegir gobernadores y alcaldes, imponen como mandato al elegido el cumplimiento del programa de gobierno que haya presentado en la inscripción de su candidatura.

El mecanismo fue previsto como complemento de la elección popular de alcaldes y gobernadores, que establecida a partir de la expedición del Acto Legislativo 01 del 9 de enero de 1986 mediante el cual se dispuso que: “Todos los ciudadanos eligen directamente Presidente de la República, Senadores, Representantes, Diputados, Consejeros Intendenciales y Comisariales, Alcaldes y Concejales Municipales y del Distrito Especial”, estos últimos para períodos de dos años, ampliado luego, con la expedición de la Constitución de 1991, a tres años, y posteriormente a cuatro años, mediante el Acto Legislativo 02 de 2002.

Hasta entonces, los alcaldes eran designados discrecionalmente por el gobernador del departamento, quien a su vez era designado por el Presidente de la República.

Las dos instituciones: elección popular de alcaldes, y posibilidad de revocar su mandato, son por tanto, nuevas, en el sistema institucional colombiano, y en teoría deberían

representar un importante avance institucional con respecto al sistema previo, no obstante lo cual, en la práctica, el balance sobre las mismas no es necesariamente favorable:

Por el contrario, como lo plantea (Avila, 2012), en el entorno de violencia que se vive en el país, “con la llegada de grupos armados ilegales no hubo un cambio de las élites políticas; si bien algunas desaparecieron o cayeron en desgracia, la gran mayoría de las locales y regionales negociaron y se consolidaron con la llegada paramilitar. Esta alianza, con diferentes explicaciones, tiene como principal factor de comprensión el establecimiento de la elección popular de alcaldes y gobernadores, proceso democratizador que empezó a finales de la década los ochenta y que en un principio permitió la creación de espacios políticos para terceras fuerzas, movimientos sociales y políticos y nuevos liderazgos sociales”.

Eso explicaría que la resistencia de los grupos políticos tradicionales “pidieran ayuda a grupos paramilitares para eliminar a la oposición. Así, mediante la presencia de actores armados ilegales o la fragmentación del monopolio de la violencia se crearon microestados mafiosos, además de autoritarios, donde las actuaciones de instituciones y agentes del Estado no se diferencian claramente de las acciones del crimen organizado” (Avila, 2012: 4).

Por otra parte, además de la consolidación de poderes locales mafiosos, ligados a grupos ilegales, los requisitos de procedencia del mecanismo de revocatoria (solicitud mediante firmas que representen al menos el 40% de los votos depositados por el alcalde, y participación superior al 55% de los votos válidos depositados en la respectiva elección), han derivado en que, como en el caso de otros instrumentos de participación “del pueblo en ejercicio de su soberanía”, estos queden relegados a su simple consagración normativa: están contemplados en la norma, pero sin posibilidades reales de concretarse. De hecho,

según la Registraduría, de 37 convocatorias a revocar el mandato de gobernantes locales elegidos en los comisiones de 2011, ninguna había prosperado.

En conclusión, si bien este mecanismo de participación podría conllevar el ejercicio de una forma de control sobre la gestión gubernamental del gasto público, en la práctica su efectividad y alcance son extremadamente limitados.

4.4 La iniciativa popular legislativa y normativa

Este es otro de los mecanismos de participación popular en el ejercicio político previstos doblemente (arts. 40 y 103) en la Constitución, y desarrollado mediante la Ley 134 de 1994, conforme a la cual, esta consiste en “el derecho político de un grupo de ciudadanos de presentar Proyecto de Acto legislativo y de ley ante el Congreso de la República, de Ordenanza ante las Asambleas Departamentales, de Acuerdo ante los Concejos Municipales o Distritales y de Resolución ante las Juntas Administradoras Locales, y demás resoluciones de las corporaciones de las entidades territoriales, de acuerdo con las leyes que las reglamentan, según el caso, para que sean debatidos y posteriormente aprobados, modificados o negados por la corporación pública correspondiente.

La misma ley estableció que esta debe ser promovida por al menos el cinco por ciento del respectivo censo electoral (art. 28), lo que en un país con los altísimos niveles de abstención que se registran en el país, históricamente cercanos al 60%, parece, de entrada, imposible.

En cuanto a los temas vedados, se dispuso en la misma norma que, no pueden ser materia de iniciativa popular: 1) Las materias que sean de iniciativa exclusiva del Gobierno, de los gobernadores o de los alcaldes, según lo establecido en los artículos 154, 300, 313,

315, 322 y 336 de la Constitución Política; 2) Las normas presupuestales, fiscales o tributarias. 3) Las relaciones internacionales; 4) La concesión de amnistías o indultos; y 5) Los actos que tengan por objeto la preservación y el restablecimiento del orden público.

En síntesis, se trata de otro mecanismo reconocido en la CP, pero con muy pocas posibilidades de concreción.

4.5. La consulta popular

La consulta popular, según se definió, es otro de los mecanismos de participación previstos doblemente en la Constitución (arts. 40 y 103); mediante el cual, el Gobierno Nacional o territorial, formula una pregunta de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local, para que éste se pronuncie formalmente al respecto.

Al igual que los otros, busca legitimar decisiones o posiciones de las respectivas autoridades nacionales, departamentales y locales, previa consulta al Senado, en el caso del Gobierno Nacional, o del respectivo órgano de representación popular, en los demás casos; aunque mediante la misma no puede reformarse la Constitución, salvo que esta se haga expresamente con ese propósito, pero en ese evento, por parte del Congreso, mediante ley debidamente sancionada por el Presidente de la República (art. 58).

Por ello, el gran riesgo de este, como de los demás mecanismos de “democracia directa” (que no lo son, por estar siempre mediados), es que se utilicen demagógicamente, o con un alcance absolutamente restringido, como lo indicó la Misión de Observación Electoral, en el que concluyó que Colombia está en mora de estrenar su democracia participativa ya que el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato y las iniciativas legislativas-normativas no han sido efectivos. Por vía de ejemplo, de 224

gobernadores electos en veinte años, apenas se intentó la revocatoria de dos, pero ninguna supero ni siquiera la etapa de recolección de firmas (MOE, 2012: 12).

4.6 El voto

El voto fue previsto como el primer mecanismo de participación “del pueblo en ejercicio de su soberanía”, en el precitado art. 103 CP, que hace parte del Título IV, De la Participación democrática y de los partidos políticos; a pesar de lo cual, y a diferencia de los demás, no fue desarrollado, en Ley 134 de 1994, mediante la cual precisamente se regularon los mecanismos de participación ciudadana.

Por el contrario, el Capítulo 2 del mismo Título, se refiere a la conformación, financiación y reconocimiento de los partidos políticos, de lo que se infiere que los integrantes de la llamada Asamblea Nacional Constituyente consideraron en su momento que ese poder soberano del pueblo se ejerce inescindiblemente a través de tales organizaciones, en el seno del Congreso de la República, que, en teoría representan en un mayor o menor grado, sus intereses.

Independientemente de esa definición, si se parte del supuesto de que la democracia es el gobierno del pueblo, el voto es el mecanismo mediante el cual esta se concreta, por lo que su institución más importantes es el electorado, esto es, la porción del pueblo habilitada jurídicamente para expresarse en las votaciones, con respecto a las opciones que se le formulen, especialmente para efectos de elegir, a través de los partidos políticos, a sus representantes en el Congreso, y también, en el caso colombiano, directamente a sus gobernantes.

Por tanto, el voto está llamado a ser (en el mundo del deber ser, que es el jurídico) el mecanismo de control y a la vez de balanceo del poder ciudadano (máxima instancia del

nivel de legitimidad), con respecto al Congreso, y, a través de este, sobre el Gobierno, y los demás órganos del Estado, de manera que de su efectividad depende en buena parte la legitimidad de todo el sistema político.

Para el efecto, en la Constitución fueron previstos, en un título separado, el Título XI, “De las elecciones y de la organización electoral”, los mecanismos “Del sufragio y las elecciones”.

En cuanto al primero, se señaló que “el voto es un derecho y un deber ciudadano”, aspecto este último que ha sido objeto de discusión entre quienes pretenden que el ejercicio de ese Derecho se imponga, o que sea coaccionado, estableciendo su obligatoriedad y sanciones en caso de que no se cumpla ese “deber” para con la “democracia”; y quienes consideran que ningún Derecho lo es, si es coaccionado, por lo que dejaría de serlo para convertirse en obligación; y que lo que en realidad pretenden los defensores de la obligatoriedad, es legitimar un sistema político en evidente crisis de representatividad, posición que compartimos plenamente, particularmente porque justamente la abstención electoral es un importante instrumento de expresión de insatisfacción frente al sistema en su conjunto, o a uno o varios candidatos en particular⁹⁶.

Por eso no sorprende que la idea de la obligatoriedad haya sido promovida por dos de los más caracterizados representantes del actual sistema político, paradójicamente los senadores liberales (del Partido Liberal) Horacio Serpa y Viviane Morales, en el último proceso de acto reformativo de la Constitución, denominado de equilibrio de poderes, llamando a su iniciativa, también paradójicamente, “voto pedagógico por tres periodos electorales”, siguiendo una inveterada tradición legislativa colombiana, según la cual el

⁹⁶ Un Derecho es básicamente una opción concreta de hacer o no hacer algo, libre y conscientemente, que es su segunda condición para que lo sea. No un simple enunciado; una fórmula retórica.

miedo a la sanción es pedagógico. O sea, “educar” a los individuos, no para que decidan racionalmente, esto es, libre y conscientemente, sino por miedo. Tal como se “educa” a las fieras.

En todo caso, la propuesta no fue aprobada, por lo cual se mantiene la obligación en cabeza del Estado de velar “porque se ejerza sin ningún tipo de coacción y en forma secreta por los ciudadanos” (art. 258).

La que si fue aprobada y representa un avance importante en materia electoral, al menos a nivel normativo, fue una modalidad de voto castigo, con la aprobación del Acto Legislativo 1 de 2009, mediante la cual se dispuso la obligación de repetir las elecciones que se realicen para elegir miembros de una corporación pública (Congreso, asambleas departamentales y consejos municipales), gobernador, alcalde o la primera vuelta en las elecciones presidenciales, cuando del total de votos válidos, los votos en blanco constituyan la mayoría.

Este mecanismo se concreta, a través de una importante limitación: “Tratándose de elecciones unipersonales no podrán presentarse los mismos candidatos, mientras en las de corporaciones públicas no se podrán presentar a las nuevas elecciones las listas que no hayan alcanzado el umbral”.

Sin duda, al menos políticamente, esto representa un avance importante en la medida en que le confiere la opción al electorado (y esa es precisamente la función de un Estado democrático: entregarle más opciones concretas a sus ciudadanos para que estos opten consciente y libremente por alguna) de expresar su rechazo a fórmulas electorales que en la práctica no representan ninguna opción de mejora; sobre todo en un país caracterizado por ser extremadamente cerrado en el ejercicio político, por el contrario,

reservado a un pequeño grupo de familias: una “democracia hereditaria”, como la denomina (Novoa, 2014).

De los 28 presidentes del siglo XX, sin contar la junta militar, nueve tenían vínculo de consanguinidad con algún antecesor en el cargo y los que no, dieron lugar a la formación de nuevas castas (Santos, Laureano Gómez, Gustavo Rojas y Julio Cesar Turbay). Lo más cercano a una “monarquía democrática”, en la que el poder pasa de unas familias a otras, emparentadas entre sí, pero siempre a través de procedimientos electorales.

El problema es que, como lo indica el mismo Novoa (2014) “Todo esto conduce a que el acceso a los más importantes cargos del Estado y el control de la alta gerencia pública se ejerza por círculos cerrados y por una élite de poder que impide comprender la complejidad de la realidad nacional” y “conduce a que prevalezcan los puntos de vista de un sólo sector social y obligan a preguntarse sobre si hay o no una representación equilibrada de los intereses existentes en la sociedad colombiana”.

Ese fue el caso en las elecciones presidenciales de 1994, en las que se “enfrentaron” dos de los más caracterizados representantes de las rancias castas políticas colombianas por la Presidencia de la República: el liberal Ernesto Samper, y el conservador Andrés Pastrana. Ninguno de ellos visto como una opción real y diferente de manejo del Estado, lo que llevó a una histórica abstención del 66%. Una verdadera abstención activa en respuesta a ese sistema cerrado, que sin embargo no fue vista así por esas mismas élites.

De hecho, la fórmula presidencial de 2014 fue conformada nuevamente por dos representantes de esas mismas castas políticas: Juan Manuel Santos, quien había participado como ministro en todos los gobiernos que le antecedieron, y además estaba unido en parentesco (primo) con el vicepresidente del gobierno anterior, Francisco Santos, ambos miembros de la dinastía Santos, entre cuyos antepasados había un Presidente. Y

como su vicepresidente, Germán Vargas Lleras, nieto a su vez del expresidente Carlos Lleras, y quien se ha perfilado y comportando como el directo sucesor de Santos.

Por eso, si bien el voto en blanco como mecanismo de castigo selectivo puede ser un importante instrumento de renovación de la representación, también lo debería ser el porcentaje de abstención, pues esta puede reflejar un rechazo al sistema en su conjunto, y desvelar un problema recurrente de los sistemas políticos en el mundo: la crisis de representatividad.

En este capítulo no haremos mención nuevamente a la crisis de representatividad de los partidos políticos colombianos, mencionada en el anterior, pero sí al alcance del voto como medio de control sobre los mismos. En otras palabras, independientemente de consideraciones sociológicas o políticas sobre su verdadero papel, y, en razón del tema que es central en este estudio, en esta capítulo se hará referencia al voto ciudadano como el principal medio de control sobre el Congreso, al incidir directamente en su conformación, a través de los partidos políticos.

De esta manera, el control ciudadano se constituye en el último y más remoto nivel de control del gasto público, pero en el máximo de legitimidad, por comprometer a toda la sociedad, y se concreta en las elecciones a las que periódicamente se convoca al electorado.

Esto es, el conjunto de sujetos habilitados jurídica y políticamente para expresar su particular y subjetiva opinión, a través del voto, sobre la orientación, políticas y reputación de un gobierno o partido, como muestra de apoyo por parte de la mayoría, que le imprime así, legitimidad.

Por tanto, este se constituye en el mecanismo principal de legitimación del sistema político, y último nivel de control subjetivo sobre la gestión y gasto público, que, como en el caso de sus demás instituciones, resulta ser *sui generis* en el caso colombiano, pues, está

diseñado, desde la propia Constitución, que debería garantizarla, para dificultar o inclusive impedir que ese electorado cumpla con esa sagrada función, fundamento de cualquier sistema que se pretenda democrático, en razón de cuatro condiciones determinantes:

En primer lugar, al establecer, en el art. 260 CP del mismo Título IX, que “Los ciudadanos eligen en forma directa Presidente y Vicepresidente de la República, senadores, representantes, gobernadores, diputados, alcaldes, concejales municipales y distritales, miembros de las juntas administradoras locales, y en su oportunidad, los miembros de la Asamblea Constituyente y las demás autoridades o funcionarios que la Constitución señale”.

Norma que se complementa con lo dispuesto en el artículo 190 CP, conforme al cual, el Presidente de la República es elegido, “de manera secreta y directa” para un período de cuatro años, “por la mitad más uno de los votos”, en primera vuelta, o, de no lograr esta mayoría, en segunda vuelta “en la que sólo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las más altas votaciones”, lo que invita a la conformación de “coaliciones” a través de acuerdos que implican el intercambio de intereses.

En segundo lugar, al establecer (art. 261) que “La elección del Presidente y Vicepresidente no podrá coincidir con otra elección”, porque las deslinda completamente de los partidos y grupos que las promueven.

En tercer lugar, al disponerse (art. 262) que, además de los partidos políticos; los “movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos que decidan participar en procesos de elección popular”, pueden inscribir “candidatos y listas únicas”, para que participen en las elecciones, para lo cual podrán además “optar por el mecanismo de voto preferente”, y que, “En tal caso, el elector podrá señalar el candidato de su preferencia entre los nombres de la lista que aparezcan en la tarjeta electoral”.

Por último, al establecer que “Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica que sumados hayan obtenido una votación de hasta el quince por ciento (15%) de los votos válidos de la respectiva circunscripción, podrán presentar lista de candidatos en coalición para corporaciones públicas”.

Estas cuatro normas se constituyen en el núcleo del sistema político colombiano y de ella derivan las principales características de su singular democracia:

1) Presidencialismo exacerbado pero sin ninguna posibilidad de atribución de responsabilidad política. Que el Presidente sea elegido directamente por “el pueblo”, y, además, que se pueda postular por firmas, por parte de un “grupo significativo de ciudadanos”; significa que se vota por él como persona, imprimiéndole al ejercicio de su cargo ese carácter personalista con el que se ejerce en Colombia; más cercano al de un monarca, que al de un gerente.

Adicionalmente, la elección personalizada y directa del Presidente, completamente deslindada de un partido político, esto es, de una organización que busca el poder para concretar un ideario político, y por tanto, con vocación de permanencia; impide por completo responsabilizarlo por sus éxitos o fracasos, en las siguientes elecciones.

Peor aún, permite que las estructuras de poder, nacional y territorial, permanezcan intactas, aunque su gestión sea un desastre.

2) Impide la necesaria competencia y alternancia entre partidos, y más precisamente, entre distintas formas de concepción y de gestión de lo público, y por esa vía, su mejora; lo que además impide la consolidación de un verdadero régimen de partidos, como supuesto fundamental de todo sistema democrático, por definición un sistema de instituciones (que no de individuos) recíprocamente balanceados y controlados;

3) Promueve y profundiza la mercantilización y clientelización del Estado, como formas de ejercicio de lo público: la conformación de microempresas y consorcios electorales para un proceso electoral particular;

4) Impide el empoderamiento del electorado que en estas condiciones, y por el contrario, no ve claramente que puede incidir en la transformación de sus condiciones de vida, a través de su voto, deslegitimando todo el sistema político.

En otras palabras, y en conclusión, la elección directa y por firmas o coaliciones electorales, de quienes concentran la mayor porción de poder de disposición sobre los recursos públicos, envenena el régimen político colombiano, en cuanto impide al electorado ejercer control, mediante su voto, tanto sobre sus gobernantes, como sobre los partidos y grupos políticos con cuyo apoyo se eligen y que además están llamados a ejercer un control más directo sobre el mismo, a través del Congreso u órganos territoriales de control político.

En cáncer de la democracia colombiana fue previsto en su misma norma fundacional: la absoluta irresponsabilidad política de sus gobernantes, garantizada desde su Constitución Política.

4.7 El “castigo” electoral al mal Gobierno (políticas o gestión)

El castigo electoral o voto castigo se enmarca en la “*Rational Choise Theory*” (teoría de la elección racional), donde se integran los conceptos de costo beneficio al análisis de la democracia. “Este modelo, [está] inspirado en los trabajos del economista Anthony Downs, quien considera, según dice Roche (2008), que el votante se comporta de forma racional votando a partir de una sentencia de beneficio-costos particular” (Aguilar, 2010).

Precisamente, para el adecuado análisis del voto castigo en el marco del control fiscal, resulta ilustrativa la teoría de Gramacho (2004: 2) quien propone una definición de la “teoría del voto económico”, entendida esta como “una función de castigo-recompensa usada por los individuos para evaluar el desempeño de sus gobiernos basándose en la percepción que tienen sobre el comportamiento pasado y futuro de la economía nacional”.

Por ello, la política económica, señala el mismo autor, es de interés general porque suele tener mayor saliencia, esto es, suele estar siempre presente en la agenda de los medios de comunicación y a menudo afecta la vida de los ciudadanos con independencia de su edad, género, nivel educativo o económico.

(Downs, 1992) va más allá en su intento por “desnudar” el concepto de democracia, al plantear que la principal motivación, tanto del Gobierno, como del elector, al momento de definir por quien votar, es su propio y particular interés, especialmente el económico, aunque –aclara- no siempre, ni en toda circunstancia.

Como economista plantea que el ciudadano, o individuo con capacidad de elegir, se comportará como cualquier agente del mercado, buscando maximizar su beneficio (renta) con el menor costo y riesgo posible (Downs, 1992: 96).

A esta conclusión arriba a partir de algunas definiciones y axiomas: 1) “En la división del trabajo, el gobierno es el agente que tiene el poder de coerción sobre todos los otros agentes de la sociedad; es el punto en que se concentra el poder «último» en un área determinada”; 2) “Cada partido político es un equipo de hombres que sólo desean sus cargos para gozar de la renta, el prestigio y el poder que supone la dirección del aparato gubernamental”; 3) “El partido (o la coalición) ganador tiene el control total de la acción gubernamental hasta la elección siguiente”; 4) “El poder económico de los gobiernos es ilimitado. Pueden nacionalizar cualquier cosa, pasar cualquier cosa a manos privadas o

adoptar cualquier medida intermedia entre estos dos extremos”; y, 5) “En el modelo, cada agente (sea un individuo, un partido, o una coalición privada) se comporta racionalmente en todo momento; es decir, persigue sus fines con el mínimo empleo de recursos escasos y sólo emprende acciones en las que el ingreso marginal excede el coste marginal”.

“A partir de estas definiciones y axiomas –concluye Downs- puede obtenerse una hipótesis central: En una democracia los partidos políticos formulan su política estrictamente como medio para obtener votos. No pretenden conseguir sus cargos para realizar determinadas políticas preconcebidas o de servir a los intereses de cualquier grupo particular, sino que ejecutan políticas y sirven a grupos de intereses para conservar sus puestos. Por lo tanto, su función social (que consiste en elaborar y realizar políticas mientras se encuentran en el poder) es un subproducto de sus motivaciones privadas (que buscan obtener la renta, el poder y el prestigio que supone gobernar). En una democracia, esta hipótesis supone que el gobierno siempre actúa para maximizar su caudal de votos; es un empresario que vende política a cambio de votos en lugar de productos a cambio de dinero. Además, debe competir con otros partidos para obtener esos votos, igual que dos o más oligopolios que compiten para vender en un mercado. Que el gobierno maximice o no el bienestar social (suponiendo que este proceso sea definible) depende de cómo la competencia influye sobre su comportamiento (Downs, 1992).

Por supuesto habría que advertir –nuevamente- que, las hipótesis y conclusiones de Downs; éstas últimas un tanto crudas, por lo acertadas; parten de rasgos comunes, y por lo tanto, son únicamente predicables, de sistemas definidos como democracias o políticamente desarrollados; no de sistemas políticos apenas en desarrollo, en comunidades de mercados altamente imperfectos, en los que ni siquiera hay concurrencia de partidos o grupos políticos en cierta igualdad de condiciones, compitiendo por el favor del voto ciudadano.

Y es que, como lo plantea Lipse (1992: 119) “Tal vez la generalización más extendida que vincula los sistemas políticos con otros aspectos de la sociedad haya sido que la democracia se relaciona con el grado de desarrollo económico. Esto significa, concretamente, que cuanto más próspera es una nación, mayores son sus posibilidades de mantener la democracia”. Por eso –dice- “Los hombres han afirmado, desde Aristóteles hasta el presente, que sólo en una sociedad próspera, en la que vivan relativamente pocos ciudadanos en condiciones de auténtica pobreza, podría darse una situación en la que la masa de la población participase inteligentemente en la política y desarrollase el autocontrol preciso para no dejarse arrastrar por demagogos irresponsables. Una sociedad dividida entre una gran masa empobrecida y una pequeña élite favorecida desembocaría en una oligarquía (gobierno dictatorial del pequeño estrato superior) o en una tiranía (dictadura con base popular)”.

Ninguna mejor descripción para el caso del subdesarrollado país y sistema político colombiano:

- 1) La concentración de poder económico y político en muy pocas manos;
- 2) Poder ilimitado e irresponsable del Gobierno;
- 3) Grupos de intereses individuales compitiendo por cuotas burocráticas y de poder para alcanzar mayores beneficios económicos;
- 4) Consagración puramente formal y demagógica de derechos y acciones “democráticas”, sin posibilidades de concreción;
- 5) Populismo y la demagogia como recursos para captar el voto de las mayorías, en un entorno de medios masivos que actúan como cajas de resonancia de los intereses de sus pocos y poderosos dueños;

6) Individuos con muy bajos niveles educativos y económicos, fácilmente manipulables por esos medios, o dispuestos a negociar su voto.

Como lo advirtiera el mismo Downs (1992: 100), “En esencia, dada la distribución desigual de la riqueza y la renta en la sociedad, la desigualdad de influencia política es una consecuencia necesaria de la información imperfecta. Cuando el conocimiento es imperfecto, la acción política efectiva exige los recursos económicos necesarios para hacer frente a los costes de información. Por lo tanto, quienes poseen esos recursos pueden tener un peso mayor que su peso político proporcional. Este resultado no es consecuencia de la irracionalidad o la deshonestidad. Por el contrario, a falta de una información perfecta, es una respuesta bastante racional en una democracia, como lo es también la sumisión de los gobiernos a las exigencias de los grupos de presión”.

En cualquier caso, con independencia de la calidad de la democracia de la que se predique, el voto se constituye en un instrumento de control subjetivo sobre el Gobierno, fundamentado la opinión de los ciudadanos habilitados para sufragar, sobre su desempeño pasado o esperado. Por esta razón está determinado en gran parte por la información y el conocimiento previo que moldean esa opinión, y, consecuentemente, por su nivel de racionalidad. Primero, a nivel individual, pero también, en forma agregada, como electorado, independientemente de que los partidos estén o no arraigados en la sociedad.

Por eso, en un contexto político limitado como el colombiano, recursos como la abstención activa; el voto en blanco militante; y especialmente, el voto de castigo, se suelen concretar como recursos únicos y personales de acción política frente al sistema, antes que colectiva y dirigida.

Pero, antes de remitirnos al caso colombiano, resulta ilustrativo señalar algunos casos de voto de castigo que se han presentado en otros países, y que ilustran muy bien esta realidad.

Nos referimos en primer lugar al caso de México, en donde, la opinión pública tuvo una percepción muy negativa con respecto al estado de la economía nacional en derivada de la crisis económica por la que atravesó el país en 1994: “En el primer trimestre de 1995 el PIB cayó 9 puntos y la inflación llegó al 45%. En la siguiente elección nacional en julio de 1997, el PRI perdió 11 puntos con respecto a la elección anterior de 1994 —que se sumaron a los 11 puntos que había perdido entre 1991 y 1994— y no alcanzó la mayoría en la Cámara de Diputados”. Posteriormente, como consecuencia de la crisis de 2008 y 2009 que afectó al país, que llevó a una caída en el PIB de 10 puntos y una inflación anualizada de 18%, “en la elección de 2009 la votación por el PAN bajó casi 5 puntos con respecto a la elección anterior y el partido perdió 63 curules en la Cámara de Diputados” (Beltrán, 2015).

En España podemos destacar dos episodios que también son ilustrativos del voto de castigo. En primer lugar, el caso del Presidente Aznar en las elecciones de 2004; y en segundo lugar, el caso de Podemos como alternativa política.

En el primer caso, en medio de un entorno económico favorable, ciudadanos españoles claramente le pasaron cobraron al Presidente Aznar una de sus más caracterizadas políticas: el apoyo a la invasión de Irak por parte de Estados Unidos; depositando a cambio, su voto mayoritariamente a favor del candidato del PSOE.

La prensa registraría que “Los españoles han castigado con dureza al PP por la gestión de la crisis y le han pasado la factura aplazada de la Guerra de Irak, presente en el atentado de Madrid (El Mundo, 2004).

En el segundo caso, aunque el movimiento Podemos, le resta progresivamente electores a los partidos tradicionales (el PP y el PSOE), “se deduce que buena parte de su voto no es ideológico, sino de rechazo de otras opciones o de utilidad y práctico para provocar un cambio y castigar a los partidos tradicionales, al margen de que se compartan o no sus posiciones ideológicas. Se completa esa deducción con el pesimismo sobre la valoración de la situación política y económica” (El País, 2015).

A esta conclusión se arriba a partir de un sondeo elaborado por el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), que permite inferir que “el partido de Pablo Iglesias es visto por la mayoría de los ciudadanos como un partido situado en el extremo de la escala entre izquierda y derecha [Figura No. 1] —le dan una ubicación media de 2,2, siendo 1 la posición más a la izquierda y 10 la posición más a la derecha—; y, sin embargo, logra la mayor parte de sus votos del resto del espectro” (El País, 2015).

Gráfica 2
El voto y los partidos políticos

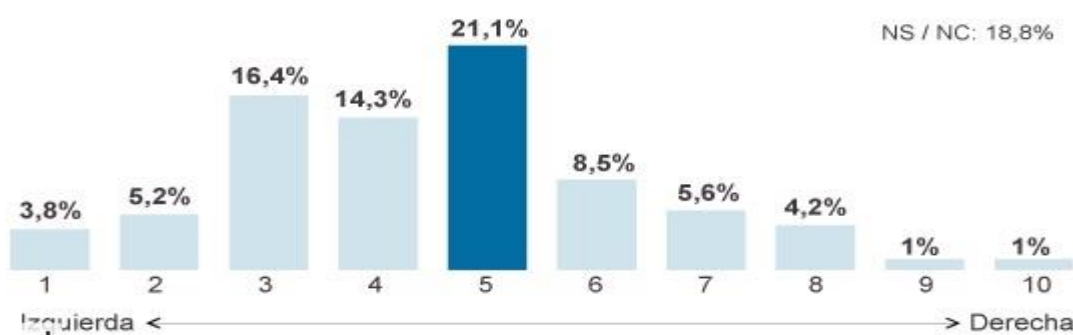


Figura No. 1. Fuente: CIS

Los casos expuestos revelan entonces, una realidad inocultable: el voto sanción sí es posible y existe. Al menos en esas latitudes, en las que a los candidatos de partidos

tradicionales, identificados como responsables de políticas literalmente impopulares, les fue pasada una costosa factura de responsabilidad política, que los relevó del poder.

En Colombia, el diseño institucional vertido en el texto constitucional, hace que sea virtualmente imposible el ejercicio de este importantísimo instrumento democrático. De hecho, el más importante instrumento de expresión masiva de la opinión ciudadana en apoyo o rechazo de un gobierno o partido, no tiene, hoy en día, ninguna posibilidad de concretarse (tampoco en el pasado).

En efecto, si bien durante la mayor parte de su historia republicana se había definido el suyo como un sistema bipartidista en consideración a “la preponderancia de los partidos Liberal y Conservador y a la precariedad o inexistencia real de otros partidos o movimientos políticos, específicamente hasta las últimas dos décadas del siglo pasado”, este “está siendo desplazado por un multipartidismo que ha surgido como consecuencia de la atomización de los partidos tradicionales y de la creación de nuevos partidos y movimientos políticos”, que se caracterizan por ser “inestables, desarticulados, efímeros y volátiles, por lo que podría ser poco consistente una absoluta y definitiva clasificación del sistema de partidos como multipartidista” (Giraldo, 2007: 132).

Esta realidad tiene como uno de sus antecedentes inmediatos la expedición de la Constitución de 1991 mediante la cual se quiebra el sistema bipartidista en el que “dos partidos están en condiciones de igual competencia por la mayoría de escaños y uno de estos dos partidos logra conseguir una mayoría suficiente para formar el gobierno, pero la alternancia o rotación en el poder es una expectativa creíble o posibilidad latente” (Sartori, Partidos y sistemas de partidos, 1980), para dar paso a un sistema multipartidista, o más exactamente, atomizado, en el que más de dos partidos, o facciones con intereses políticos,

compiten por los escaños, mediante estructuras conformadas para ese propósito, antes que por afinidad de ideologías.

En cualquier caso, lo cierto es lo novedoso del sistema de partidos en Colombia (20 años o menos), y que, actualmente estos no se encuentran, como en el pasado, fuertemente arraigados en la sociedad.

A continuación se presenta un cuadro con los resultados de las elecciones, desde 1990 hasta 2014, en el que se muestra, como prueba, la clara atomización del partido liberal, el crecimiento del único partido identificado como de izquierda, o no oficialista (en realidad una amalgama amplia de movimientos y grupos políticos, étnicos y sociales), a la par que el de las facciones marcadamente caudillistas, y el notable crecimiento del voto en blanco en los procesos electorales.

Tabla No. 4

Presidenciales en Colombia desde 1991							
Año	1990	1994	1998	2002	2006	2010	2014
Partido Liberal	2.891.808	3.733.366	5.658.518	3.514.779	1.404.235		
Conservador		3.576.781*	6.114.752*				
Polo democrático				680.245	2.613.157		
Partido Primero Colombia				5.862.655	7.397.835		
Partido de la Unidad Nacional						9.028.943	7.839.342
Partido verde						3.587.975	
Centro Democrático							6.917.001
Voto en blanco	77.727	65.116	372.749	122.240	226.297	445.440	618.75
Total de votos escrutados	5.821.331	6.047.566	10.664.155	11.249.734	11.864.410	13.337.658	15.818.214

Fuente de las cifras: Registraduría Nacional del Estado Civil

*Los votos se aducen al partido conservador como integrante de La Nueva Fuerza Democrática (1994) y la Gran Alianza por el cambio (1998).

Hay tres momentos significativos en la reciente historia económica de Colombia que se pueden relacionar con el voto de castigo a las malas políticas. En primer lugar, en 1994 el gobierno de Ernesto Samper, emprende “El plan de desarrollo denominado “El salto social” [que] pretendió consolidar las propuestas hechas por su antecesor Cesar Gaviria Trujillo. (...) Esta etapa se denomina estabilización. El ideal fundamental de este

segundo periodo era estabilizar la economía para poder, en la tercera, comenzar a crecer” (Castaño, 2002: 11).

La aplicación de estas políticas, entre ellas “La reducción de la inflación se lograría según el plan de gobierno mediante un “pacto social” de precios y salarios. Esto se pretendía lograr teniendo como base para los reajustes salariales la inflación anterior; así, para 1995, por ejemplo se había impuesto la meta del 18%, meta que no se logró precisamente porque no se respetó el pacto. El aumento salarial correspondió al 18%, y la inflación a principios del mes de diciembre de 1995 ya estaba por el 19.5%, a pesar de lo cual se planteó para 1996 el 17 % de reajuste salarial, es decir, que para 1996 se perdieron tres puntos del salario real de los trabajadores colombianos” (Castaño, 2002).

De esta manera la política gubernamental profundiza las condiciones de desigualdad existentes, generando un descontento que se refleja en las elecciones de 1998, en las que, el partido liberal (que llevaba 12 años en el poder), es derrotado por un “partido no tradicional”, formado a la carrera con ese propósito para desmarcarse de los tradicionales, llevando al poder a Andrés Pastrana con una coalición que integraba a su base del Partido Conservador, denominado “partido de gobierno” por su adhesión permanente al grupo ganador, en medio de una abstención alarmante, y del crecimiento del voto en blanco.

Un segundo momento se registra en las elecciones de 2002, en las que se elige como presidente a Álvaro Uribe Vélez, cuando, además de la crisis económica, se le cobra a los gobiernos anteriores, especialmente al de Andrés Pastrana, la política de solución negociada del conflicto armado interno, en especial, el fracaso de las negociaciones con la guerrilla de las FARC en el Caguán; para lo cual nuevamente el candidato se presenta como fórmula de un partido hecho expresamente para el efecto, denominado Primero Colombia, a

pesar de lo cual, se postula por otro “partido”, también conformado expresamente para esas elecciones.

Es claro, entonces, que actualmente no existe en Colombia un régimen de partidos políticos que, de alguna manera representen el interés colectivo, y por el contrario, es evidente la tendencia a conformarlos como verdaderas empresas electorales para acceder al poder político, y de esta manera a beneficios económicos, aumentando en gran medida uno de los vicios que caracteriza la política colombiana: El clientelismo político, entendido “como el conjunto de relaciones de intercambio de prestaciones y contraprestaciones entre quienes a falta de recursos, garantizan su fidelidad política a terceros debido a su poder político, económico y social”, y que por ello se constituye como “una de las pruebas de la dinámica continuista, toda vez que ha resistido todos los intentos de neutralización, encontrando siempre la manera de seguir siendo el elemento fundamental del sistema político colombiano” (Roll, 2002: 61).

Fenómeno más notorio a nivel municipal y regional, derivado de la fragmentación regional, debido a las condiciones del territorio colombiano, que “no sólo influyó poderosamente en el establecimiento de incipientes núcleos urbanos, sino que condicionó el carácter de los cambios y desarrollos de los tipos de sociedades establecidas en sus diferentes regiones” (Múnera, 1998); pero también de su pasado virreinal, durante la dominación española, en el que sus autoridades no controlaban la totalidad del territorio. Esto se traduce en regiones replegadas y con una autonomía económica y política fuerte frente a la Corona que “hacían del funcionario local una autoridad que negaba cualquier otro tipo de poder establecido sobre él en territorio americano” (Múnera, 1998); y un campo de cultivo para la formación de élites políticas regionales.

Esta tradición se ha ido consolidando inclusive con el apoyo de las élites de centro, a cambio del apoyo de las de la periferia, entre otras, mediante dos prácticas recurrentes: los lazos de parentesco y el arraigo de los políticos en el ámbito local, especialmente en la región Caribe colombiana.

Así, no sólo se logra control sobre el poder local, sino que este a su vez se vuelve determinante, aún a despecho del poder central, que se sirve del mismo, ampliando y consolidando las prácticas clientelistas que tanto afectan los recursos y la gestión pública. Ahí tiene su origen y fundamento el círculo vicioso del sistema político colombiano: los poderes locales son claves para asegurar la “governabilidad” del gobierno central y este se asegura de mantener el apoyo mediante la entrega de recursos y prebendas a los poderes locales, que por ello, se ven cada vez más fortalecidos (Ocampo G. , 2014).

Esto “trae como consecuencia la incapacidad del Estado para ampliar el radio de su acción, haciendo insuficientes los fondos públicos para encarar las grandes demandas sociales, a pesar de que el desarrollo capitalista aumenta considerablemente los recursos estatales año tras año” (Roll, 2002: 72).

Por tanto, el clientelismo resulta ser un obstáculo para el ejercicio del control multinivel, ya que el fenómeno afecta a las principales instituciones encargadas del manejo de los fondos públicos, tanto a nivel local, como nacional.

La segunda condición (la violencia) ha estado ligada igualmente al clientelismo, pero tiene otros alcances a nivel regional. La violencia ha estado, en Colombia, históricamente ligada al ejercicio político como instrumento de reclutamiento de las masas de votantes para la “legitimación” de facciones: “La legitimidad emanada de la violencia, aquella que ganaron los conservadores después de la guerra de los Mil Días; la emanada de los procesos electorales, aunque todos los actores estaban convencidos de su carácter

fraudulento; la legitimidad derivada de la pericia del manejo macroeconómico en los años cuarenta que escamoteaba la efectividad de la política económica, la concentración del ingreso, el desperdicio de las mejores tierras, la desigualdad regional, el déficit de vivienda y el caótico crecimiento de las ciudades; igual es la legitimidad de los proyectos de pacificación y reconciliación nacional como, el período en que gobernó Rojas Pinilla con el respaldo de Ospina y la Plana mayor de la oposición conservadora, o el acuerdo del Frente Nacional” (Palacios M., 2003: 321).

Pero el otro medio, mucho más sutil, aunque, cada vez más reconocido como por la popularización del uso de las redes sociales; es la manipulación mediática de la opinión pública y por tanto del electorado.

Al respecto, López (2001: 20), basado en el trabajo de Monzón (1996) sobre Niklas Luhmann, destaca la enorme importancia que para su formación, desempeñan los medios, propósito para el cual son éstos los que se encargan de definir los temas de debate de los ciudadanos, frente a los cuales, además, sugieren su solución, con lo cual el debate se reduce a su mínima expresión.

Sobre todo, porque dicha opinión, como “reflejo de una serie de pensamientos, comportamientos y costumbres colectivas que juegan el papel de referente de las opiniones sostenidas por los individuos” (enfoque cultural), se “enlaza con la tradición liberal, según la cual la opinión pública es el fenómeno por el cual el público (entendido como público ilustrado y racional) debate los asuntos propios de la esfera pública hasta llegar a algún tipo de consenso” (enfoque racional), por lo cual resulta ser, desde una perspectiva institucional, “un elemento fundamental de la estructura de las instituciones políticas” (López, 2002: 19).

Cualquiera sea el enfoque resulta absolutamente innegable que la opinión pública, como fundamento y sustento racional y previo del voto, por parte del electorado, está

determinada por el nivel cultural (educativo), pero especialmente por la cultura (en el sentido amplio o antropológico del término) del grupo étnico y social del que se hace parte; esto es, por “esa totalidad compleja que incluye conocimiento, creencias, arte, moral, leyes, costumbres y cualquier otra aptitudes o hábitos adquiridos por el un individuo miembro de un grupo social” (Tylor, 1977: 19).

En conclusión, el ejercicio del control ciudadano a través del voto, se encuentra limitado actualmente en Colombia, por una serie de factores de todo orden: sociales, económicos, políticos y jurídicos; pero también culturales (por la baja cobertura y calidad de la educación formal, como lo muestran los resultados de las pruebas PISA, pero también en sentido antropológico, por la larga tradición histórica de clientelismo y corrupción, mediada por la virtual inexistencia de repudio y sanción social hacia esas conductas, que por el contrario, se suelen verse en el imaginario colectivo, como muestras de habilidades necesarias para escalar social y económicamente) que estrangulan su sistema democrático, en cuanto impiden el libre, consciente y efectivo ejercicio de ese Derecho fundamental.

De ahí la importancia que reviste que, desde las más altas esferas de la sociedad se promueva, en cabeza de las élites políticas y económicas, un rompimiento con esa tradición: una nueva cultura basada en el esfuerzo y en el mérito como forma de acceso al poder político y económico; lo que implicaría abandonar las prácticas clientelares y la captura del Estado en beneficio particular desde arriba.

Pero sobre todo, el discurso irresponsable y extremadamente dañino contra las instituciones por parte de sus miembros más visibles, como ha venido imponiéndose en los últimos años, siempre que, excepcionalmente, el aparato Judicial se ha puesto tímidamente en marcha, para investigar sus conductas. Como ha sucedido en el caso reciente de algunos expresidentes, que han invitado a congresistas a que sigan votando en su apoyo, “hasta que

los metan a la cárcel”, o el caso, aún más vergonzoso y dañino socialmente, de la ex Contralora Morelli, al presentarse como víctima de la Fiscalía y de los Jueces, cuando la investigaron por múltiples irregularidades durante su gestión.

Pero también que existe una verdadera voluntad de poner a la cabeza de las instituciones a individuos intachables y con los méritos académicos y profesionales necesarios para cumplir con su mandato, antes que a los socios políticos, y así poner fin a las prácticas de mercantilización e involucionismo en la alta burocracia estatal, que es otra institución informal vigente en el régimen político colombiano: se selecciona a los miembros de la élite política y económica, o a los socios de interés aunque sean los peor preparados y menos independientes.

Este tipo de actitudes, si bien pueden ser políticamente redituables para sus promotores, que se presentan ante una ciudadanía mal informada y manipulable por los medios, como “víctimas del sistema”, generan en los ciudadanos mayor desconfianza sobre sus instituciones, incrementan la polarización ciudadana, que a su vez impide la búsqueda de consensos, incrementando el radicalismo y la búsqueda de “soluciones” extremas; se convierten en referentes éticos negativos, e impiden la construcción de una ética colectiva basada en el ejemplo de “nuestros mayores”, antes que en sus prédicas.

Y todo ello a la vez impide un cambio cultural. Un cambio en nuestra visión colectiva de mundo. De nuestros valores. De lo que nos mueve y nos hace detener. De lo que nos apasiona, pero también de lo que activa nuestros “resortes internos” para rechazar situaciones. Lo ideal, y por ello, hacia donde deberíamos avanzar como grupo étnico, y luego como sociedad, es que esos mismos mecanismos, algún día nos lleven a rechazar, casi como acto reflejo (como se rechaza en algunas sociedades el consumo de insectos), a los corruptos, a los inmorales, a aquellos que, por buscar exclusivamente su beneficio a

costa del de los demás, por medios éticamente cuestionables o ilegales, son socialmente dañinos. Es decir, se requiere un cambio de ideario, desde las mismas élites, por su papel de referentes sociales, como presupuesto de esa verdadera revolución cultural.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Las circunstancias que llevaron al nacimiento del país, inmerso en el proceso del subdesarrollo, como fenómeno histórico directamente derivado del Desarrollo, han sido determinantes de su proceso de construcción institucional. Su conformación como estado no fue antecedida de una revolución demoliberal, ni industrial, ni por una amplia clase burguesa, sino que fue apenas del relevo de una elite feudal, por otra de mentalidad feudalista, que se valió de las nacientes instituciones para afianzar su poder económico y político, antes que a disciplinar, racionalizar y desobjetivar el ejercicio del poder mediante instituciones funcionales al interés general.

A partir del análisis institucional realizado, resulta evidente el enorme desbalance de los poderes públicos en Colombia, ampliamente a favor del poder presidencial, y la inexistencia de instituciones y mecanismos formales de control efectivo, sobre dicho poder, derivadas, en gran parte, del diseño institucional plasmado en la Constitución Política.

Aspiramos a que el mismo análisis sirva para evidenciar que este diseño institucional, en el que se concentra un enorme poder decisorio sobre el gasto público en cabeza del Presidente, que se reconcentra aún más a través de arreglos informales con los grupo políticos, que, en vez de representar a amplios sectores sociales, suelen representar los de los grupos económicos y de presión a los que sirven; facilita la implementación de políticas públicas y decisiones económicas que, en vez de responder a las crecientes necesidades sociales, atienden las de esos grupos económicos.

Ese desbalance institucional, y la ineffectividad de los controles, llevan a una primera gran conclusión: doscientos años después de proclamarse como Estado, Colombia no ha alcanzado el estatus de Estado de Derecho, Estado Nación o Estado Desarrollado.

Cualquiera sea el concepto o baremo que se utilice, la conclusión es esta misma. Es un régimen oligárquico, que es la forma degradada del régimen aristocrático, que se contrapone al democrático (Aristóteles); en el que los diferentes poderes no están balanceados ni recíprocamente controlados (Locke), ni divididos efectiva y funcionalmente (Montesquieu); en el que el ejercicio del poder se encuentre des subjetivado o institucionalizado de acuerdo con un ordenamiento superior y jerarquizado (Von Mohl), sino por el contrario, personalizado, en el que las leyes se hacen desde arriba (y no desde abajo) en beneficio particular (Kelsen), en beneficio claramente individual y con nombre propio (como ha sucedido recientemente con alguna reformas constitucionales), y no en forma general y abstracta (García de Enterría), por parte de gobiernos autocráticos, ejercidos, directamente o por interpuesta persona, por parte de una oligarquía excluyente (Shumpeter).

Ese régimen político, reflejado en sus instituciones, se ve directamente reflejado en su nivel de desarrollo, medido objetivamente entre otros, en su Índice de Desarrollo Humano y otros indicadores de Desarrollo.

Durante 2015, el país se ubicó en el puesto 97 entre 189 países, en el Índice de Desarrollo Humano, lo que evidencia que sus instituciones, formales e informales, que rigen las relaciones sociales y económicas, y sus élites, no han podido avanzar significativamente en una senda sostenible de Desarrollo, o lo han hecho, literalmente, apenas a medias.

Partiendo del postulado, cada vez más aceptado, del importante papel que para el Desarrollo están llamadas a cumplir las instituciones, entendidas como las reglas de juego, formales e informales, que determinan las restricciones y los incentivos en la interacción económica, política y social de una sociedad, o, lo que es lo mismo, su cultura; emerge una

segunda gran conclusión: la necesidad de rediseñarlas. Especialmente, si la voluntad política real es, como se ha expresado, superar el conflicto armado y las condiciones de violencia económica y social internas que, al menos parcialmente, se constituyeron en sus causas.

En primer lugar, equilibrándolas con respecto a las demás y asignándoles funciones claramente separadas que permitan su control recíproco, de manera que, además de asegurar un desempeño articulado, se evite la concentración del poder decisorio económico y político en pocas personas, o aún peor, que instituciones informales tengan un mayor poder de direccionamiento sobre asuntos públicos claves para el Desarrollo, como la recaudación de impuestos y su gasto; que las formales.

Hasta ahora el “sistema” de control del gasto público colombiano, en el sentido dispositivo del término, ha otorgado la mayor cuota de poder al Presidente, a la vez que se le garantiza, desde la Constitución, su absoluta irresponsabilidad e impunidad (política, penal, fiscal) por su ejercicio.

Paralelamente las instituciones encargadas del control de la gestión pública, comenzando por las de control fiscal de primer y segundo nivel, se han concebido apenas formalmente, pero sin que en la práctica tengan mayor poder de concreción, encauzándose el segundo casi exclusivamente hacia al recaudo de informes, y no para motivar verdaderas modificaciones en las políticas y gestión públicas.

En otras palabras, el control fiscal se ha encausado casi exclusivamente a requerir y a revisar información de las entidades auditadas, pero no para que sirva de instrumento para que se tomen decisiones que permitan la implementación de cambios, en las políticas o la gestión públicas, ni a responsabilizar a los gestores públicos por sus fallas.

Por otra parte, a pesar de la proliferación de órganos llamados a cumplir funciones de control sobre la gestión pública, estos no funcionan racional ni articuladamente, o lo que es lo mismo, en forma sistemática, para el cumplimiento de su objeto: que las políticas, recursos y bienes públicos se ejecuten y administren racional, eficaz, eficiente y –sobre todo- responsablemente, de modo que sirvan el propósito de desarrollo del país.

Por ello, es importante que el Estado colombiano en su conjunto, adopte las medidas correctivas inmediatas, tendientes a adoptar un nuevo modelo, esto es, una nueva visión racional de lo que debe ser una gobernanza multinivel del gasto público, que integre y articule sus diversos componentes, para que su labor sea efectiva. Entre otras, las siguientes que sugerimos:

1. NIVEL GUBERNAMENTAL

El modelo de presidencialismo exacerbado adoptado por la mayoría de países latinoamericanos ha mostrado ser ineficaz para generar condiciones de Desarrollo. En el caso colombiano, al permitirse la elección directa del Presidente, deslindada de los partidos, y peor aún, a nombre de “partidos” o “movimientos” creados expresamente para el efecto, como estructuras electorales, y no ideológicas, se imposibilita completamente la atribución de responsabilidades políticas frente a la gestión cumplida.

Paralelamente, ello posibilita que las tales estructuras, que coadyuvan al candidato, mediante las llamadas coaliciones de gobierno, que se han convertido en verdaderas instituciones informales de enorme poder pero ninguna responsabilidad en el país, se mantengan incólumes, aunque tal gestión fracase o sea objeto de rechazo general.

Las mismas coaliciones tienen otros efectos perversos, como imposibilitar el control político al Gobierno por parte del Congreso, y la clientelización de los organismos de

control cuyas cabezas postulan o eligen, directamente, o a través de esas estructuras, lo que a su vez incide en su eficacia y por ende, en los niveles de corrupción.

Por supuesto, este no es un problema único del régimen colombiano, y también se ha registrado en España, como lo señala Jiménez (2016: 40), para quien “desde una óptica de análisis del principio de separación de poderes y de control de las instituciones, el amplio poder que ha tenido el Ejecutivo en estos últimos treinta años lo ha empleado intensamente en adoptar de forma permanente un conjunto de decisiones encaminadas a huir del control del poder y obturar el funcionamiento ordinario de las instituciones encaminadas a ejercer ese control. Todos los Ejecutivos sin excepción, también los autonómicos y locales, han llevado a cabo una política de nombramientos institucionales marcada descaradamente por el partidismo y sin rubor alguno a la hora de situar auténticos incompetentes al mando de instituciones clave en el funcionamiento del control o regulación, así como en entidades financieras” que han de vigilar.

Según el mismo Jiménez, “Las consecuencias de tal forma de proceder han sido gravísimas, tanto en el ámbito de las políticas y en la multiplicación de fenómenos de corrupción, como de la imagen (marca) de país y con desastrosos efectos sobre las finanzas públicas. Si tales nombramientos dependían del Parlamento, daba lo mismo. En ese caso, el partido mayoritario gubernamental se repartía los sillones con los partidos de la oposición. Así ha sido siempre y así es todavía”.

Ante semejante panorama, es evidente entonces que, no bastaría con que en Colombia se adopte un sistema parlamentario, como se ha venido planteando desde hace ya varios años, en el que se separe, hasta donde sea posible, lo político de lo administrativo. Aquí y allá se requiere de verdadera voluntad política para encargar en las administraciones a gerentes, antes que a los socios políticos.

En ese sentido, una solución plausible consistiría en establecer que al Primer Ministro, o, para denominarlo conforme a la que debe ser su función primordial: el Administrador General del Estado (AGES), concebido como gerente, antes que como gobernante, lo designe única y exclusivamente el partido mayoritario, mediante un riguroso proceso meritocrático, teniendo en cuenta sus logros probados.

Paralelamente se debe procurar la profesionalización completa de las administraciones, y no sólo de sus plantillas, pero especialmente de los organismos de control, incluyendo a los magistrados de las altas cortes, que se deben escoger entre los funcionarios de carrera cuya trayectoria y logros hayan sido verdaderamente destacados.

Como dice Villoria (2016: 86), si bien las encuestas a los ciudadanos muestran que estos perciben “que los actores administrativos y judiciales son menos corruptos que los políticos, y la base de ello está en su selección meritocrática y las garantías de imparcialidad existentes” es indispensable “mantener e, incluso, reforzar la profesionalidad en la Administración [que] es la clave para evitar caer en la corrupción sistémica, de ahí la necesidad de acabar con la libre designación y crear cuerpos de directivos profesionales”.

Por otra parte, es necesario desconcentrar el ejercicio del poder político, limitando a un máximo de dos períodos la elección de alcaldes, gobernadores y congresistas, pero permitiendo su reelección inmediata por un único período, a la vez que se extiende el de las cabezas de los órganos de control, de forma tal que se desligue su elección, o –mejor– selección, del ciclo político. A ello se debe sumar un riguroso régimen sancionatorio para castigar a los partidos políticos que hayan avalado a quien resulte condenado por delitos contra la administración pública impidiéndoles postular de nuevo esa plaza por al menos los dos siguientes períodos.

En cualquier caso, al Presidente se le debe despojar de toda influencia en la elección de los magistrados de las altas cortes y del Fiscal General, que, por el contrario, se deben escoger de entre los funcionarios de carrera cuyos logros probados ameriten su postulación al máximo cargo de las diferentes cortes, y a ese organismo de control, a modo de cierre, de toda una vida a su servicio.

Adicionalmente, la planeación del Desarrollo (Plan Nacional de Desarrollo) debe proyectarse más allá del período presidencial, en un horizonte de mediano plazo, lo que implica su concertación amplia con todas las fuerzas políticas, pero sobre la base de un adecuado sustento técnico.

En cuanto a la ejecución, según se demostró, en Colombia no existe actualmente control interno y previo del gasto público (ni siquiera contractual) a cargo de las entidades administrativas. O lo que es lo mismo: no existe control de primer nivel, del que, en buena parte, dependen los sucesivos y posteriores niveles de control del gasto público. Ni a nivel de cada una de las entidades administrativas individualmente consideradas, ni a nivel agregado en cabeza del Gobierno.

Existe formalmente, pero, debido a su diseño legal y reglamentario, este no tiene posibilidades de concretarse, no sólo porque quienes están llamados a ejercerlo no gozan de autonomía con respecto a la cabeza del ente u órgano, sino por estar concebida como una función para su apoyo, antes que de fiscalización previa.

Esto es particularmente grave en el caso de la contratación pública, si se tiene en cuenta que, a partir de la expedición de la Constitución de 1991, se privatizaron muchas de las funciones que hasta entonces eran públicas, con lo que, los contratos de la administración con los particulares derivaron en el principal medio de ejecución del gasto y de las políticas públicas, paralelamente a lo cual el estatuto de contratación estatal

confirió una gran autonomía a las entidades públicas, a la vez que dejó en manos de tribunales de arbitramento la solución de sus controversias. Es decir, mayor libertad contractual, acompañada de menor control.

Además, las políticas y dirección del llamado control interno, se dejaron en manos del Departamento Administrativo de la Función Pública, más orientado el servicio civil, que al control financiero y de cumplimiento de primer nivel de las entidades públicas.

Por ello, sugerimos la creación de la Interventoría General de la Nación, preferiblemente adscrita al Ministerio de Hacienda, que se encargaría de fijar la política de control interno; realizar la intervención previa de los ingresos y gastos, así como la auditoría interna de los procesos administrativos, pero muy especialmente, de los contractuales, designando además a los interventores, que culminaría con el registro del gasto público (ejecución presupuestal), base de la contabilidad patrimonial y financiera, y esta a su vez de las cuentas e informes de gestión de cada administración, y de los informes consolidados del Gobierno, para ser auditados por la Contraloría (o EFS equivalente), previamente a su remisión al Congreso, y a su publicación para la ciudadanía.

Este ente, además, fijaría las políticas de la contabilidad, patrimonial y presupuestal, como centro gestor de la contabilidad pública, como un importante instrumento de gestión pública, base del control interno y externo.

Obviamente esto supone, como en España, “la existencia de un duro régimen de responsabilidades en virtud del cual, cuando se produzcan infracciones de las que se deriven perjuicios económicos para la Hacienda Pública, los interventores que, en el ejercicio de la función interventora, no hubieran advertido por escrito de la improcedencia o ilegalidad del acto causante del perjuicio, están obligados, junto con los responsables de dicho acto, a indemnizar a la Hacienda Pública” (Miaja Fol, 2010: 209).

Sin embargo, su eficacia necesariamente estaría supeditada a que se conforme por personal altamente calificado que goce de la independencia y objetividad, que sólo es posible garantizar mediante la vinculación de todos sus integrantes a través de rigurosos procesos de selección objetiva.

Naturalmente que esto implica también que se redefina el papel de este nivel de control como de asesoramiento de los directivos que actualmente tiene.

2. CONTROL EXTERNO

2.1. Redefinición del modelo de control fiscal

Además de no contar con un punto de partida para el ejercicio del control de segundo nivel que está llamada a ejercer la EFS, por la inexistencia real del control interno; de no contar con informes individuales ni consolidados de la gestión y resultados del Gobierno y de las administraciones; y de la precariedad de las cuentas que se rinden; el desempeño del control externo, fundamental para el Control Político, para el mismo Gobierno, y el de los ciudadanos votantes, se ve afectado por las fallas de diseño individual y de conjunto de las instituciones que tienen a su cargo el Control Fiscal Externo.

Para empezar, el “modelo” actual de control fiscal externo de Contraloría es una mezcla, para decirlo eufemísticamente, de dos modelos de control diferentes, producto de la manera como se ha ido “diseñando”, o más exactamente, construyendo al paso: Si bien el modelo institucional que se adoptó por sugerencia de la Misión Kemmerer (de origen anglosajón), fue el anglosajón, esto es, el de un ente de carácter técnico, enfocado en las auditorías, con dirección unipersonal, para el apoyo de la función legislativa al Congreso, y sin función judicial; se la atribuyó, no obstante, la función de “establecer la responsabilidad

que se derive de la gestión fiscal”, mediante un complejísimo proceso. Algo completamente ajeno a ese modelo.

Completamente ajeno a ese modelo, porque la naturaleza de los actos de atribución de responsabilidad fiscal es “administrativa” (o no judicial) razón por la cual no tiene ningún sentido y es institucionalmente ineficiente que el “juicio” mediante el cual se atribuye esta, que se surte en “dos instancias” (así se denominan erróneamente en la Ley) se repita nuevamente en dos instancias ante los jueces.

Además, tampoco la tiene que, siendo ese proceso, como se ha señalado, de naturaleza administrativa, esté rigurosamente “judicializado”, como si lo fuera, lo que incide en su dilación, que a su vez impide que el control posterior tenga el efecto correctivo más o menos inmediato que se espera tenga para el mejoramiento de la gestión pública.

En estas condiciones se requiere la adopción integral de uno de los dos modelos de control actualmente vigentes. Esto es, el anglosajón, en cuyo caso la Contraloría limitaría su función a la auditoría y evaluación de las políticas públicas, y por tanto, dejaría su función cuasi jurisdiccional, derivando hacia un sistema de atribución de responsabilidad difuso (o desconcentrado en los jueces penales y administrativos).

De esta manera, la competencia de la Contraloría estaría dada para que, además de las auditorías, pudiese imponer sanciones, acorde con la naturaleza “administrativa”, o no judicial, de sus actuaciones, y la desconcentración, en otros órganos, de la facultad de atribución de responsabilidad fiscal, como en el modelo anglosajón. En otras palabras, un modelo de atribución difuso o no concentrado en un ente específico.

De adoptarse integralmente el modelo anglosajón, la Contraloría se dedicaría exclusivamente a desarrollar auditorías (de hecho la Contraloría debería pasar a denominarse Auditoría General de la Nación, pues representa los intereses de esta y no del

Estado), las cuales deben ser integrales y selectivas a partir de las cuentas que le rindan las entidades públicas, con un carácter exclusivamente técnico-administrativo, acorde con su naturaleza. La suma de tales auditorias, y de las que se hagan sobre las políticas macro, deben ser puestas regularmente a disposición del Congreso (en unas fechas establecidas en la Ley) para que éste efectúe el Control Político sobre el Gobierno, flexibilizando el trámite de las mociones de censura, que nunca en la historia política del país, han culminado exitosamente, a pesar de ser múltiples los errores y descalabros administrativos y financieros en su contra.

Así, el juzgamiento de la responsabilidad penal o administrativa de los gestores públicos estaría directamente a cargo de la rama judicial del poder público. En este caso, siempre que se pretenda el establecimiento de la responsabilidad penal o administrativa de uno de éstos, la contraloría debe intervenir para apoyar la labor de los jueces, quienes no tienen la formación técnica fiscal necesaria para el efecto, por lo cual, para esos efectos los auditores tendrán la calidad de policía judicial, o de parte acusatoria.

En este sentido, y también atendiendo a su naturaleza administrativa, la Contraloría debe ejercer exclusivamente un poder sancionatorio sobre los gestores públicos, en los casos en que el detrimento sea exclusivamente culposos (negligencia), mediante un procedimiento expedito: pliego de cargos basado en el informe de auditoría, o traslado de éste por un mes (y hasta tres meses en casos especiales) para contestarlo, luego del cual se proferiría la resolución sancionatoria dentro de los dos meses siguientes, concediéndose solamente recurso de apelación, y estableciéndose la posibilidad de que se demande directamente la actuación ante la jurisdicción contenciosa, cuando se haya dado respuesta al pliego de cargos, en forma similar a lo que sucede en materia de impuestos nacionales.

En estos casos, dependiendo del grado de negligencia, la sanción debe estar acompañada de otras penas accesorias, de aplicación automática e inmediata, como la prohibición de ejercer un cargo público; firmar balances o informes, y/o contratar con el Estado, pues este no debe vincular ni mantener a malos administradores a su servicio. Este poder sancionatorio debe extenderse a los contadores y revisores de las entidades administrativas, cuando quiera que no ejecuten correctamente los controles que deben efectuar, o no declaren correctamente la situación financiera de las entidades, como sucede en Francia y España.

Otra posibilidad sería que sea la Procuraduría la que imponga la sanción con base en los informes de auditoría de la Contraloría, aunque implicaría un “nuevo juicio”, y es bien conocida la mora de este organismo para ejecutar los procesos sancionatorios, similar a la que actualmente presenta la Contraloría.

De otro lado, siempre que se demande a la Nación-Administración con pretensiones resarcitorias o indemnizatorias (procesos contractuales, de reparación directa y de nulidad y restablecimiento del derecho) se debe establecer legalmente la obligación de llamar en garantía automáticamente al funcionario que haya intervenido en la actuación demandada para que responda directamente por su conducta y quede ligada su suerte jurídica a la de la Administración, pues hasta ahora, ello no es así, según un estudio efectuado por la CGR.

Si el gestor público es encontrado responsable, por negligencia o dolo, en el mismo proceso se debe establecer el monto por el cual debe responder, y las penas accesorias que tales condenas deben conllevar, que deben poder hacerse efectivas a partir del fallo de primera instancia. En tales procesos además, se debe contemplar la posibilidad de que el juez, atendiendo la gravedad de los hechos, decrete la inscripción de la demanda, o medidas cautelares.

En estos procesos, la contraloría actuaría como apoyo técnico de los jueces, y tendría la calidad de parte, en representación de los intereses de la Nación.

Consecuentemente se debe proceder a la eliminación de la acción de repetición que ha sido absolutamente ineficaz para recuperar las pérdidas ocasionadas por la mala gestión pública. De esta manera, además, se logrará un efecto correctivo prácticamente inmediato en la gestión pública, y no a los 15 o 18 años, pues, las acciones judiciales contra la Nación caducan normalmente en cuatro meses, o máximo en dos años, es decir, cuando el funcionario aún se encuentra vinculado a la Administración.

Pero lo más importante es que se descongestionarían los despachos judiciales, no solo por el hecho de no requerirse un nuevo proceso para determinar la responsabilidad de los gestores públicos, sino porque al ser confrontados estos con los jueces, podrán establecer en forma inmediata la legalidad, el efecto y consecuencias de sus actuaciones.

Lo otro es superar el modelo de descentralización del control, en las contralorías territoriales, cuyo desempeño se ve afectado porque sus cabezas son seleccionadas por los mismos grupos políticos que imponen a los gobernantes territoriales, para ejercer control sobre recursos principalmente transferidos por la Nación, lo que además, genera conflictos de competencia. Por eso, lo ideal es que, al igual que sucede con los otros órganos de control (Fiscalía y Procuraduría), se integren las contralorías territoriales a la Nacional (General), abandonando el modelo de descentralización del control fiscal, actualmente imperante, para en cambio adoptar un modelo desconcentrado de control (competencia nacional con representación territorial).

Así, el control fiscal externo se ejercería en dos niveles: micro y macro; y únicamente en tres fases: interventoría y auditoría interna (administración), auditoría externa o revisoría (contraloría) y eventualmente juicio (poder judicial). Además, la

competencia para ejercer la fase auditora externa (Contraloría) sería nacional (en vez de tener una gerencia departamental, más la contraloría departamental, y la municipal en una misma ciudad, sería ejercida solamente por la CGR). De esta manera se evita que las colisiones de competencia se resuelvan negativamente, y el sistema se simplifica y reduce.

La segunda alternativa consistiría en la implementación integral del modelo europeo continental, lo que requeriría de un acto legislativo mediante el cual se cree la sección de enjuiciamiento fiscal como una de sus secciones (la otra sección sería la de auditoría externa), lo que además supondría red denominar la entidad como Tribunal de Cuentas de la Nación, y conferir a sus actos en materia de atribución de responsabilidad fiscal, la condición de cosa juzgada.

Son muchas las voces que apoyan esta alternativa teniendo en cuenta la tradición jurídica colombiana, mucho más cercana a la europea continental, que a la anglosajona. Además, dado que actualmente se lleva a cabo la función de atribución de responsabilidad fiscal mediante un proceso judicializado (inclusive por funcionarios que se visten de toga), sería muy fácil su adopción, en cuanto únicamente supondría atribuirle a tales actos la condición de cosa juzgada, eso sí, mediante la selección rigurosa de los magistrados encargados de esa delicada función.

Sus críticos, sin embargo, argumentan que esto conllevaría a un retorno al pasado. A retomar un modelo que ya fue ensayado, hasta que se adoptó el de Contraloría, que lleva vigente más de noventa años, echando por la borda toda esa tradición y experiencia, para adoptar un modelo diferente. Además, se argumenta que el país no está preparado para crear una corte más, que se sumaría a las cuatro ya existentes, y que lo que se requiere es atribuirle a la Contraloría, y más exactamente a los actos de atribución de responsabilidad fiscal, la condición de jurisdiccionales, como ya sucede con la superintendencias.

Una tercera alternativa podría ser la atribución del enjuiciamiento, directamente a la Rama Jurisdiccional, lo que requeriría ampliar ligeramente el número de magistrados de los Tribunales Administrativos, y del Consejo de Estado, creando en su interior la Sección Sexta, o Sala de Juicios Fiscales, para definir, por acusación de la Contraloría, la responsabilidad fiscal de los funcionarios, a partir de los informes de auditoría que la Contraloría seguiría realizando.

Sin embargo, a pesar de que parecería la mejor y menos traumática solución institucional, ya que puede funcionar perfectamente con la actual infraestructura, aumentando apenas en unos cargos las plazas de magistrados nacionales y regionales, tiene dos inconvenientes: la pérdida de autonomía de un órgano que la requiere y el desequilibrio que con respecto a las otras ramas de poder causaría la adscripción de esta función a la Rama Judicial, que está llamada a ser también sujeto de su control.

En cualquier caso, adicionalmente se requeriría implementar, vía legal, un verdadero sistema de responsabilidad administrativa que garantice que los gestores públicos sean llamados a responder por sus actuaciones, bien sea administrativamente, por parte de la Contraloría, o judicialmente, mediante el llamamiento automático en garantía en todos los casos en los que se pretenda una condena contra el Estado, y no en forma discrecional, como está previsto.

Cualquiera sea el modelo que se adopte, se requiere superar culturalmente el modelo anterior de control externo previo de la administración que recurrentemente trata de revivirse, así como la idea equivocada de que el control posterior y selectivo, es “tardío”. Nada más equivocado: No es que el control externo llegue “tarde”, como se postula con frecuencia. Llega cuando debe llegar, esto es, después de que la administración toma las decisiones, y no en forma previa. Aunque es evidente que la añoranza del control previo en

cabeza de la EFS deriva de la inexistencia del control interno, según se ha indicado, más que de la inoportunidad del segundo nivel, que supone un control eficaz de primer nivel.

Igualmente se debe replantear el enfoque de las auditorías. Hasta ahora, la evolución que ha tenido la forma de ejercer la vigilancia de la gestión fiscal en el país, y los procedimientos establecidos para la corrección de las políticas o instrumentos de gestión, y para efectos de determinar eventuales responsabilidades derivadas de la misma, evidencian que la preocupación se ha centrado casi exclusivamente en lo primero.

Es decir, en el “Control”, entendido en su función primigenia de verificar, constatar y revisar, o de exigir informes, casi como si el controlar, con ese sentido, fuera el fin, perdiéndose de vista que este tiene, o debe tener por objeto, el manejo eficiente y responsable de bienes y recursos públicos, entendido esto último en una triple connotación: 1) Que la gestión pública se cumpla con respeto a los postulados constitucionales, legales y reglamentarios que la deben regir, lo que supone la existencia de un poder correctivo inmediato para el caso en que no sea así; y 2) Que cuando quiera que dicha gestión no se cumpla de acuerdo con éstos, el funcionario o gestor responda administrativa, disciplinaria, jurídica y políticamente por sus actos; 3) Que las auditoría sirvan al propósito de verificar si las políticas públicas fallan (o son acertadas) en su diseño o en su ejecución o concreción, con el claro propósito de corregirlas o profundizarlas, por parte del Gobierno que las define, o el Congreso, que las controla.

Especialmente las que inciden directamente en el Desarrollo económico y social del país.

Adicionalmente es necesario superar la orientación misma del control económico financiero, que en Colombia, pero también en España, “ha adolecido de carencias tradicionales importantes, por ejemplo, priorizando el control de los gastos sobre el control

de los ingresos y, entre los primeros, apostando claramente por la verificación de la legalidad y la regularidad contable, frente a los principios de eficacia, eficiencia y economía”, así como su sesgo hacia la supervisión de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, frente a la de otros principios constitucionales y legales de gran importancia (Fernández llera; 2016: 106).

Finalmente se propone una reforma absolutamente indispensable, y sin la cual no es posible esperar ninguna mejora en la función pública de control fiscal, que es su profesionalización. En la actualidad, los requisitos para ser elegido Contralor General de la República son mínimos (apenas ser profesional y tener una experiencia de cinco años, lo que de ninguna manera se compadece con la enorme responsabilidad y exigencia académica que supone un buen ejercicio de las funciones a su cargo. No puede ser que ni siquiera se le exija experiencia en auditoría, o control fiscal.

Lo mismo sucede con los demás directivos que designa discrecionalmente este funcionario. Esto desemboca en el lamentable desfile de personas, cada cuatro años, muchos por recomendación de políticos que participan en su elección, y sin ninguna experticia en auditoría financiera, que llegan al ente de control, en el mejor de los casos, a aprender de control fiscal.

En contraste, somos de la opinión de que este asunto es de la mayor trascendencia para el buen desempeño de la EFS, como lo sugieren las ISSAIs, y por tanto, su plantilla se debe conformar con profesionales seleccionados muy rigurosamente por concurso de méritos (Aguirre, 2013: 99) que se combine adecuadamente con la evaluación de su desempeño por parte de sus principales clientes: el Congreso y la ciudadanía.

Así, se llegaría al cargo de Contralor (o magistrado de Tribunal de Cuentas) después, y como culminación, de toda una vida de experiencia y éxitos probados en materia

de control fiscal, pues, de nada sirve un diseño institucional “adecuado” o más exactamente, racional, si los individuos que están llamados a desempeñar la función de control no tienen los méritos académicos, profesionales y éticos que esa delicada función supone.

Así, a partir del reconocimiento de Fernández Llera (2016: 97) de que “Los órganos de control no son —ni deben ser— meros notarios de la realidad, dando permiso para seguir haciendo siempre lo mismo o dando fe de lo acontecido, sin más, según se trate respectivamente del control interno o del control externo”, llegaríamos a la misma conclusión: Deben mutar y convertirse en guías de una acción pública más responsable, pero también más útil a la sociedad a la que sirven, sobre todo cuando la demanda ciudadana en este sentido es clamorosa”.

2.2. El derecho al debido proceso no puede continuar siendo el Principio de Impunidad

Si se mantiene el actual modelo de Control Fiscal, se requiere de una reingeniería de los procesos de auditoría y de establecimiento de responsabilidades derivadas de la gestión fiscal, para hacerlos ágiles.

Adicionalmente debe implementarse un verdadero y efectivo sistema de responsabilidad administrativa de los gestores públicos que entre otras regule de manera clara el nivel y el alcance de la responsabilidad de cada uno de éstos, de acuerdo al nivel decisorio y de participación en la gestión pública, y que conlleve a que éstos puedan ser llamados a responder judicialmente de manera automática, y no como actualmente, que esto se encuentra sujeto a la decisión de la propia administración.

Igualmente se deben acompañar las sanciones pecuniarias, penales y disciplinarias, cada vez más, con sanciones de inhabilidad para hacer parte de la administración, o para contratar con ésta, cuando, como resultado de la gestión se produzca un detrimento patrimonial por culpa grave, pues, es absurdo que funcionarios que han permitido la pérdida descomunal de recursos públicos, por ejemplo, impuestos depositados en bancos a punto de ser intervenidos, continúen vinculados a la administración, o peor aún, asignados en cargos de muy alta responsabilidad o jerarquía institucional.

2.3. El ejercicio del Control Fiscal debe ser independiente

El control fiscal externo sobre el gobierno no puede ser efectivo si no es objetivo y se ejerce en forma independiente, requisito este último absolutamente fundamental para el ejercicio de esa función fundamental para el Desarrollo (Moser, 2013). Para el efecto se requiere que este sea ejercido por funcionarios altamente calificados técnicamente, seleccionados estrictamente por sus méritos académicos y profesionales, y no por su vinculación o influencia política. Por ello, somos partidarios de que todos los funcionarios de la Contraloría ingresen por concurso de méritos que realice en su totalidad una universidad pública, y que su dirección esté en cabeza de un auditor seleccionado de entre sus filas, por su desempeño y logros. Además, estos deben regirse por un sistema de inhabilidades para aceptar cargos en la administración o postularse para cargos de elección popular por períodos significativos, por ejemplo de tres años o más.

En este sentido, creemos con Rivero (2004: 26) en la importancia de avanzar en una cultura de selección meritocrática de vinculación a la administración. Pero, especialmente, a los organismos de control, “lo que permitiría una mayor sensación de legitimidad de

quienes terminan siendo seleccionados, no con el poder político de turno, sino por haber demostrado estar mejor preparados que los demás”.

2.4. De la revisión de cuentas al control de gestión y resultados

Acorde con el nuevo enfoque, tanto del control interno, como de las auditorías externas, los responsables de la gestión pública, específicamente, los representantes legales de las entidades, así como los contadores encargados de su registro y declaración, deben rendir un informe estandarizado sobre esta, en los formatos estandarizados diseñados para el efecto por la Contraloría, y dentro de los plazos que ella señale. En el caso de omisión de cumplimiento de esa obligación se harán acreedores de las sanciones administrativas y pecuniarias establecidas claramente para el efecto.

El modelo actual es altamente ineficiente en este sentido, pues, al no disponerse de un informe de gestión, que sirva como punto de partida del subsiguiente nivel de control, no permite focalizar las auditorías, ni la evaluación oportuna de la gestión con parámetros unificados. De esta forma se ganará en oportunidad y calidad del control, de manera muy similar a lo que ocurrió en materia de impuestos cuando se pasó de un modelo de liquidación del impuesto por parte de la administración, a uno de declaración privada.

Por otra parte, la Contaduría, o mejor, la entidad que asuma las funciones de Intervención (que podría denominarse Interventoría General de la Nación), en forma similar a lo que desde hace varias décadas sucede en otras latitudes, debería asumir directamente la función de reglamentación, centralización y unificación de la contabilidad pública, base de las auditorías interna y externa, evitándose de esta manera la enorme dispersión de informes que deben rendir las entidades estatales a diferentes entidades de control y organismos

(Planeación; Contralorías; Ministerio de Hacienda; Superintendencias; Contralorías Territoriales; Procuraduría, etc.).

Además esto redundaría en un importante avance en términos de gestión de las entidades y de eficiencia del control, pues, como cada uno de estos organismos utiliza sus propios parámetros y metodologías, no siempre coincidentes, dificulta su seguimiento, lo que hace que las facultades de control se vean afectadas.

Igualmente llevaría a que se puedan realizar las dos primeras fases del control financiero externo: sobre el cumplimiento de la obligación formal de rendir la cuenta, y sobre la calidad de los estados financieros y contables, así como imponer las sanciones derivadas del incumplimiento de dichas obligaciones formales.

Nada de esto, sin embargo, será eficaz si las instituciones de control no están integradas por un cuerpo profesional de funcionarios, independiente, que garanticen un control objetivo, imparcial y de calidad, especialmente los de las oficinas de control interno, dado el importantísimo papel que estas están llamadas a cumplir, no sólo como garantía de legalidad de la gestión, sino para su adecuado registro, de manera tal que este primer nivel de control fiscal sirva de soporte eficiente del segundo y subsiguientes niveles de control.

En ese sentido, al igual que la OCDE, consideramos de gran importancia replicar el buen ejemplo de España en esta materia, en donde “los controladores internos en el nivel local tienen que ser seleccionados a nivel nacional, para garantizar su independencia de la entidad auditada”, y en donde, además, “la formación de estos empleados públicos también está centralizada en el Instituto Nacional de Administraciones Públicas, para garantizar un determinado nivel de competencia técnica”, que son asignados a las respectivas oficinas de control locales, de acuerdo con su categoría (OECD, 2014).

2.5 Otras formas de control externo

Es necesario superar el modelo actual de control recíproco entre la Contraloría, y la Auditoría General de la República, precisamente porque este conlleva la violación del Principio de Autonomía, supuesto necesario de cualquier forma de control. La solución más adecuada parece ser la que en su momento se adoptó en Estados Unidos con respecto a la GAO (Jiménez Rius, 2008: 24) sometiendo el desempeño de la Contraloría a la evaluación de diferentes instituciones externas, como otras EFS, la Escuela Superior de Administración Pública, una universidad pública de reconocida solvencia académica, e inclusive, contratar, por concurso, la realización de una auditoría, dedicada exclusivamente a la gestión contractual, con reconocidas empresas de revisoría fiscal, para cerrar el ciclo de control fiscal, ojalá sobre una única EFS, como se ha sugerido. El control sobre la gestión de ese ente sería realizado por parte del Congreso.

En cuanto al control disciplinario sobre los gestores públicos ejercido por la Procuraduría General de la Nación, consideramos que esta es una institución redundante y extremadamente costosa en términos fiscales e institucionales, con respecto a la función que presta, teniendo en cuenta que esa función, dado el carácter administrativo de la máxima sanción que puede imponer (la destitución del cargo), y que de todos modos esta puede ser revisada judicialmente, puede ser perfectamente llevada a cabo por los superiores jerárquicos de los respectivos funcionarios, sin necesidad de tener todo un aparato burocrático (3.600 funcionarios), que cuestan lo mismo que la Contraloría. Además, no tiene sentido que un organismo (funcionario) de origen político (en su elección), y cuyos actos son de naturaleza administrativa, pueda destituir a funcionarios elegidos popularmente, estando éstos llamados a responder política y penalmente.

2.6. El Control debe ser público

El Manual de Transparencia Fiscal del FMI (Manual de Transparencia fiscal título IV). en lo relacionado con la independencia que se debe mantener en el ejercicio del control fiscal, recomienda: *“Deberá establecerse un órgano nacional de auditoría, u organismo equivalente, nombrado por el poder legislativo, que tendrá a su cargo la responsabilidad de presentar puntualmente informes al poder legislativo y al público sobre la integridad financiera de las cuentas del gobierno”*. Además establece: *“152. Una importante característica de las oficinas nacionales de auditorías es que no deberán estar bajo el control del gobierno de turno”*. Más adelante, refuerza las recomendaciones anteriores y expresa el carácter público deseable del ente de control, así: *“154. A efectos de asegurar que el poder ejecutivo no pueda restar eficacia a la oficina nacional de auditoría (...) deberán existir procedimientos que contemplen una supervisión legislativa mas intensa que la habitual de la operación de la oficina”*.

Adicionalmente, en su “Código revisado de buenas prácticas de transparencia fiscal” (garantías de Integralidad 4.2.1), reafirma lo anterior al señalar: *“Un órgano nacional de auditoría o un órgano equivalente, independiente del poder ejecutivo, deberá presentar puntualmente informes al poder legislativo y al público sobre la integridad financiera de las cuentas del gobierno”*.

Transparencia Internacional⁹⁷ es aún más radical en este tema de la privatización del control, al señalar que la eficacia de la Contraloría General se vería comprometida si se crean entes autónomos que puedan salirse de su control, o si se privatizan aquellas funciones que por derecho le corresponden, y, llama la atención de la prensa, el público y la

⁹⁷ Transparencia Internacional. Source Book. Capítulo 9. El Contralor General. Página 138.

oposición parlamentaria para que estén alertas contra cualquier tipo de intromisión injustificada en la jurisdicción de Control.

Por otra parte, aceptar que alguna de las ramas del poder público lidere y privatice el ejercicio del control fiscal, es aceptar que el ente sujeto de control decida el sistema y el órgano con los cuales acepta ser fiscalizado, esto es, que el fiscalizado se convierta en fiscalizador, lo cual sería tan absurdo como que en el sector justicia, el reo designara el guardián que ha de custodiarlo, o, tuviera la facultad de dictarle a su juez, los parámetros con los cuales debe juzgar su conducta.

Además, trasladar el ejercicio del control fiscal de los recursos públicos a manos del sector privado en momentos en que la transparencia e idoneidad de las entidades auditoras privadas es seriamente cuestionada a nivel mundial puede ser altamente inconveniente. Baste mencionar los casos de empresas multinacionales como Enron, Worldcom o Xerox, a las cuales entidades auditoras como Arthur Andersen, les facilitaron la elaboración de lo que la Misión Alessina denomina “contabilidades creativas” y que en nuestro país se conoce como maquillaje de estados financieros. Más cercanamente, en Colombia se contrató la auditoría de la Cámara de Representantes con una empresa privada, con resultados negativos.

Además, tal propuesta nace de la premisa equivocada de que la corrupción es característica e incluso inherente al sector público, a pesar de estar que la historia reciente de los grandes descalabros económicos prueba que no existe corrupción que no haya sido de iniciativa literalmente privada.

3. CONTROL JURISDICCIONAL

Uno de los supuestos indispensables de todo Estado que se pretenda de Derecho, es precisamente un poder judicial fuerte y equilibrado con respecto a las otras ramas de poder,

que sirva como garante imparcial y objetivo de la normatividad vigente. Pero ello supone necesariamente que este no invada la órbita de competencia del Ejecutivo ni del Legislativo, y se torne en discrecional, como ha venido sucediendo en el país.

Por supuesto que ello depende en gran parte de que esa importantísima rama clásica del poder estatal, base del Estado de Derecho, que, como se ha visto, es por esencia, normado, esté integrada por jueces de altísimas calidades académicas, profesionales y éticas, y no por abogados de trayectorias profesionales y personales más que cuestionables, pero con fuerte raigambre política. Por eso las exigencias para ocupar cargos de magistrado en las altas cortes se deben aumentar considerablemente, no sólo en términos de experiencia, sino de logros.

Pero además es necesario delimitar sus competencias claramente, especialmente en materia de gasto público y para preservar la seguridad jurídica. Para ello se debe jerarquizar el poder judicial, de manera que a su cabeza se ubique la Corte Constitucional ante la cual se llevaría todo conflicto de ese orden. En ese sentido, por ejemplo, el Consejo de Estado ya no conocería de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad.

Esta reforma se debe acompañar de la redefinición expresa de los límites al control jurisdiccional de la Corte, tanto el que ejerce regularmente, como por vía de revisión de las acciones de tutela, evitando, en todo caso, que usurpe las competencias del Ejecutivo y del Legislativo en la definición de las políticas públicas (Kugler & Rosental, 2000: 4).

Otra reforma urgente consiste en prohibir expresamente las acciones de tutela por parte de sociedades y corporaciones, y más específicamente, contra providencias de contenido económico, limitándola estrictamente a su función histórica de amparo de los Derechos Humanos, considerados como tales en la Declaración Universal, lo cual evitaría en gran parte, que los jueces funjan como ordenadores de gasto, pero sin asumir

absolutamente ninguna responsabilidad por ello; la intromisión en jurisdicciones de especialidad diferente, y el conflicto entre las altas cortes; la subjetivación de este nivel de control que por el contrario, está llamado a ser el máximo nivel de control objetivo; el desquiciamiento del orden jurídico, y la inseguridad jurídica.

De esta manera se recuperaría la razón de ser de este importantísimo nivel de control, y fundamento del Estado de Derecho, cual es limitar y controlar el poder de los gobiernos, como factor esencial para una reducción de los niveles de corrupción, definida, como ya se ha expuesto precisamente como abuso de poder.

Como lo señala Jiménez Sánchez (2016: 63), basado en los estudios de Alina Mungiu-Pippidi (2013), para ese propósito se requieren dos tipos de restricciones diferentes: “Por un lado, las medidas disuasorias legales administradas por la maquinaria del Estado como un poder judicial autónomo, responsable y eficaz capaz de hacer cumplir la legislación, así como un cuerpo de leyes eficaces e integrales que cubren los conflictos de interés y la aplicación de una clara separación de las esferas pública y privada. Por otro, lo que ella llama medidas disuasorias normativas, que incluyen tanto la existencia de normas sociales que incentivan la integridad pública y la imparcialidad del gobierno, como la vigilancia de las desviaciones de esas normas a través del papel activo y eficaz de la opinión pública, los medios de comunicación, la sociedad civil y un electorado crítico”.

Si , como se ha visto, el Estado de Derecho, es por definición un Estado reglado o disciplinado por normas, este se quedaría en simple enunciado si no existiesen las instituciones imparciales que las hagan cumplir imparcial y objetivamente. Pero su importancia no se limita a ese cumplimiento: es tanto o más importante que la sociedad perciba que esas instituciones jurídicas funcionan así para corregir desviaciones normativas

y abusos de poder. Nada hay que desmotive y literalmente desmoralice a la opinión pública, que una Justicia laxa, lenta, o –peor- corrupta.

Por eso, se requiere de la máxima voluntad política para escoger a los mejores de entre los mejores para conformar los órganos judiciales, y asignarle a la función que cumplen, la importancia que tienen para la legitimidad.

4. CONTROL POLÍTICO

No es posible que este nivel de control sea funcional sin la existencia real de un sistema de partidos fuertes y diferenciados, que tengan la posibilidad de hacer oposición política sobre el partido de Gobierno, que permita su alternancia. Y ello tampoco es posible si se mantiene el actual sistema electoral, en el que se permite la postulación de candidatos por firmas, o a través de coaliciones de diferentes “fuerzas políticas” porque esto impide por completo la atribución de responsabilidades políticas entre otras mediante el voto castigo.

Como lo dice Hernández Becerra (2001: 182), “los partidos deben tener verdadera capacidad para orientar el trámite de la política, de modo que la política obedezca más a la conducción de instituciones que a la voluntad acomodaticia de las individualidades. De la dispersión de las opiniones particulares de los ciudadanos y de la acción personal de las individualidades políticas se debe pasar a una acción política orgánica, sistémica y racional, en cabeza de organizaciones e instituciones políticas. Con esto se logra más gobernabilidad y por supuesto más representatividad. Hay intereses superiores a los particulares y a los puramente personales de los políticos. Pero estos intereses superiores sólo podrán articularse y subordinarse al interés general con la mediación de partidos políticos que funcionen como instituciones”.

Obviamente este rediseño se debe acompañar con la implementación de mecanismos que permitan la vigilancia de los electores sobre sus elegidos, entre otras, reduciendo sustancialmente el tamaño del Congreso (Senado y Cámara de Representantes) y estableciendo el voto público de los congresistas (Alesina A. &., 2000), así como la obligación de rendir un Informe Anual de Gestión Legislativa, en el que, además de la asistencia a sesiones ordinarias y extraordinarias, se relacionen las posiciones individuales y por partido, frente a los principales proyectos de Ley, y su participación en el control político (debates y citaciones a funcionarios públicos). Un informe consolidado debe rendirse previamente a toda elección.

Estas medidas se deben acompañar de la prohibición de postularse a cualquier cargo de elección popular para más de dos períodos, y a los partidos, de postular un candidato o apoyar a alguno, si uno de sus elegidos para un cargo de elección popular resulta llamado a juicio penal. Además, los fueros deben eliminarse o limitarse exclusivamente al Presidente o su equivalente y simplificar el procedimiento para levantarlo, para que proceda la Corte a adelantar los procesos penales sin mayor dilación.

Adicionalmente, se debe flexibilizar la moción de censura que es virtualmente el único instrumento de acción correctiva y sancionatoria con el que cuenta el Congreso.

Para el efecto, se requiere articular adecuadamente este nivel de control con el ejercido en los niveles previos, especialmente con el que está llamado a cumplir la Contraloría, estableciéndose la obligación de que la Contraloría rinda un número mínimo de cuatro informes al año a cada una de las comisiones del Congreso, y que éstas tengan la posibilidad de censurar directamente a ministros y directores de entidades, sin necesidad de que lo haga la plenaria, que actuaría solo en el caso en que el enjuiciamiento sea contra el Presidente.

Igualmente se sugiere que los informes al Congreso, tanto sobre los estados contables y la ejecución presupuestal, que rinda el Gobierno en forma consolidada, sean gerenciales, y, una vez auditados por la Contraloría; se presenten al Congreso antes de la discusión del Presupuesto y de la aprobación de autorizaciones de endeudamiento formuladas por el Gobierno.

Por último, creemos con Rivero (2004: 43) que, de ninguna manera, se pueden reeditar experiencias como la del Frente Nacional “por sus negativas consecuencias sobre la competencia política y la rendición de cuentas”.

5. PARTICIPACIÓN CIUDADANA

La ciudadanía debe disponer de mecanismos reales de intervención, no solo sobre la planeación del manejo de los recursos y bienes públicos, es decir, sobre la formulación de los presupuestos (los proyectos de ley de presupuesto deben ser oportunamente difundidos y deben poder ser cuestionados por la ciudadanía, como en todo el mundo desarrollado), y de control sobre su ejecución, lo cual no se logra sino con transparencia, esto es, con acceso irrestricto a la información sobre la gestión pública, que posean las entidades administrativas, pero también accediendo a los informes de gestión elaborados sobre la misma por la Contraloría, que deben ser publicados y ampliamente difundidos.

De otro lado, todos los órganos de control deben tener claro que su principal cliente es la ciudadanía, por lo cual se debe establecer la obligación de informarle periódicamente sobre el grado de ejecución de los planes de Desarrollo, y sobre el cumplimiento de las metas y programas de cada Gobierno, nacional o territorial, especialmente cuando estos culminen su gestión.

Pero no se avanzará significativamente en términos de democracia si no se avanza hacia un sistema de partidos en el que los ciudadanos puedan validar o rechazar esa gestión

agregada o individual, con su voto en las urnas, lo que además supone necesariamente que esa opinión no esté influenciada o sesgada por medios que responden, hasta ahora, exclusivamente al interés particular de sus dueños.

Eso supone una democratización de los medios de comunicación, especialmente los masivos como televisión y radio, imponiendo un mínimo de propietarios o accionistas, y estableciendo límites a la participación de los grandes grupos económicos en su propiedad, que eviten su concentración.

Adicionalmente se debe establecer la obligación de rendición de cuentas a la ciudadanía por parte del Gobierno, del Congreso, y de los mismos órganos de control, incluyendo las altas cortes, pero que puedan ser contrastados por las organizaciones ciudadanas o no gubernamentales más representativas, analistas económicos y políticos independientes, centros universitarios, organizaciones internacionales, entidades fiscalizadoras superiores de otros países, y por los partidos opositores, a los que se les debe garantizar, institucionalizando espacios y oportunidades para el efecto, la posibilidad de exponer sus críticas y opiniones, respecto a su función.

Sólo así se lograría que esta pueda formarse una opinión informada; en todo caso, contrastada, entre el discurso oficial, y la realidad, antes de que esta se concrete mediante el mecanismo del voto.

El propósito de esta división de funciones por poderes, de su control recíproco, de su funcionamiento articulado, y su legitimación ciudadana, o Gobernanza multinivel es, o debería serlo a estas alturas, absolutamente claro: la mejora continua de la gestión del gasto público en pos del bienestar de la mayoría, y particularmente, garantizar un desarrollo sostenible, antes que el mero crecimiento económico, pero en un entorno de legitimidad creciente.

Se trata, en últimas, de superar –ojalá de manera permanente, aunque sea parcial- el sistema político institucional vigente: ese mundo al revés en el que, el Congreso no control al Ejecutivo, sino al contrario, y a este, un pequeño grupo que defiende su interés particular, en vez de el de los ciudadanos, quienes no tiene opción diferente a la de refrendar en la urnas y elegir de nuevo, a las mismas estructuras electorales aliadas de esos intereses, ante la ineficacia de los mecanismos y órganos de control.

Como dice Jiménez Sánchez (2016: 63), basado en los estudios del Quality of Government Institute de la Universidad de Gotemburgo y el European Research Centre for Anti-Corruption and State-Building (ERCAS), “sabemos que un elemento clave que está presente en aquellas sociedades donde la corrupción está bastante controlada es, precisamente, la aparición en un determinado momento de su evolución histórica de instituciones que limitan con suficiente eficacia al poder ejecutivo como parlamentos, medios de comunicación, tribunales, etc. Lo importante no es si estas instituciones existen o no, sino si son suficientemente eficaces a la hora de limitar y controlar el papel de los gobiernos”.

La evolución del Estado colombiano, desde su actual subdesarrollo, necesariamente pasa por una reforma institucional, desde lo informal, a lo formal, y de la exclusión en sus cúpulas, al mérito en su integración, único modo de mejorar su eficacia. Pero no sólo para limitar y controlar la acción del Gobierno, como lo indica Jiménez Sánchez, sino -o sobre todo- el interés de los grupos de presión, en especial, el de los grandes grupos económicos que influncian o influyen en la acción del Gobierno, pero también en las instituciones llamadas a controlarlo.

En este punto, concluyo con Estefanía Moreira (2016: 14): “El corolario es expreso: contar con programas de gasto bien diseñados, sujetos a escrutinio ciudadano y

parlamentario para evitar la acción de los grupos de presión (y del capitalismo de amiguetes) y evaluados periódicamente, es la garantía para un uso eficiente de los recursos públicos y su contribución a la equidad”. Base, esta última, como se ha dicho hasta el cansancio, del Desarrollo y, por ende, de una sociedad más justa, incluyente y pacífica.

Bibliografía

- Aguilar, L. (2010). *Cultura política y participación electoral en elecciones locales de la ciudad de Tepic, Nayarit*. (U. A. Nayarit, Ed.) Tepic, México: Fundación Universitaria Andaluza Inca Garcilaso.
- Aguirre, I. (2013). *La independencia de las entidades fiscalizadoras superiores, presupuesto para una efectiva vigilancia del buen uso de los recursos públicos*. Tesis de Maestría. Salamanca, España.
- Alcantara Sáenz, M. G. (2005). *Funciones, procedimientos y escenarios: Un análisis del poder legislativo en América Latina*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Aldao, M. G. (2015). *Administración financiera gubernamental, un enfoque comparativo entre la nación y la provincia de Córdoba*. Córdoba: Ministerio de Finanzas de la Provincia de Córdoba.
- Alesina, A. &. (05 de 1996). Fiscal discipline and the budget process. *The American Economic Review*, 86, 401-407.
- Alesina, A. &. (2000). *Institutional Reform in Colombia*. Washington: Fedesarrollo.
- Alesina, A. (1999). Budget institutions and fiscal performance in Latin America. *Inter American Development Bank*, 394.
- Alesina, A. (2000). Disciplina fiscal e instituciones presupuestales. En M. P. Gandour, & T. Editores (Ed.), *Hacia el rediseño del Estado: análisis institucional, reformas y resultados económicos* (Vol. 2, pág. 107). Bogotá: DNP Tercer Mundo Editores.
- Alesina, A. D. (02 de 05 de 1994). Distributive politics and economic growth. *The Quarterly journal of economics*, 109, 465-490.
- Arias, A. R. (2015). *El régimen económico y financiero de las universidades públicas*. (E. Amarante, Ed.) Salamanca, España: Amarante.
- Ariño Ortiz, G. (2004). *Principios de derecho público económico*. Granada: Fundacion de Estudios de Regulación-Comares.
- Arocha, J. C. (1988). *Colombia: Violencia y democracia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia-COLCIENCIAS.

- Arrubla, M. (1978). *Estudios sobre el subdesarrollo colombiano*. Medellín: La carreta.
- Atehortúa, A. (2010). *El golpe de Rojas y el poder de los militares*. Folios, 31.
- Atehortúa, A. (s.f.). *El golpe de Rojas y el poder de los militares*.
- Avila, A. (2012). *Poder local, estructuras políticas y crimen en Colombia*. FESCOL. Bogotá: Fescol.
- Bambirra, V. (1974). *El capitalismo dependiente latinoamericano*. (S. X. editores, Ed.) Mexico.
- Banco Mundial. (2010). *La formulación de políticas en la OCDE: Ideas para América Latina*. Washington D.C.: Banco Mundial LAC.
- Barceñas, A. S. (2012). *Reforma fiscal en América Latina: que fiscalidad para qué desarrollo*. Barcelona: CEPAL.
- Barro, R. (1996). *Determinants of economic growth: a cross country empirical study*. Cambridge MA: NBER Working Paper.
- Barro, R. (1996). *International measures of schooling years and schooling quality*. *The American Economic Review*, 86(2), 218-223.
- Barro, R. (1999). Determinants of democracy. (U. o. Press, Ed.) *The Journal of Political Economy*, 107, 158-183.
- Barro, R. J. (2005). *Getting it right: markets and choices in a free society*. London: Cambridge and London.
- Beltrán Pardo, L. C. (1997). *Manuales de control interno para los organismos del estado y su evaluación* (3 ed.). (I. u. nacional, Ed.) Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Beltrán, U. (2015). Crisis económicas en Islandia y México: el voto de castigo en sistemas distintos. *Este país; Tendencias y opiniones*.
- Biblioteca Luis Angel Arango. (s.f.). *Biblioteca Virtual Luis Angel Arango*. Recuperado el 09 de Enero de 2015, de <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/poli/poli44.htm>
- BLAA. (2015). *Biblioteca Virtual*. Obtenido de www.banrepcultural.org

- Bobbio, N. (1997). *Estado, Gobierno y sociedad*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- Bordón, J. O. (2001). Liderazgos, políticas y gestión pública para la nueva gobernabilidad. En F. Carrillo, & F. C. Florez (Ed.), *Democracia en déficit. Gobernabilidad y Desarrollo en América Latina y el Caribe*. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Botero Marino, C. y. (2006). El conflicto de las altas cortes colombianas en torno a la tutela contra sentencias. *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano*, 12.
- Bourguignon, F. F. (2005). *The microeconomics of income distribution. Dynamics in East Asia and Latin America*. Washington D.C.: The World Bank and Oxford University Press.
- Bravo Arteaga, J. R. (1997). *Nociones Fundamentales de Derecho Tributario*. Bogotá: Ediciones Rosaristas.
- Brown, M. (2012). *The struggle for power in post independence Colombia and Venezuela*. New York, New York: Palgrave MacMillan.
- Buvinic, M. (2004). Inclusión social y desarrollo económico en América Latina. (Alfaomega, Ed.)
- Cardenas, J. (abril de 2013). Elites fragmentadas en Colombia, Desarrollo sin rumbo. *Periódico Alma Mater*, 619.
- Carmagnini, M. (1984). *Estado y sociedad en América Latina*. Barcelona: Crítica.
- Castaño, R. (2002). Colombia y el modelo neoliberal. *Agora Trujillo No. 10, Revista Regional del Centro de Investigación Humanística*, 59-77.
- Castro Cuenca, C. G. (2010). *La contratación estatal: teoría general, perspectiva comparada y regulación internacional*. (U. d. Rosario, Ed.) Bogotá: Universidad del Rosario.
- Centro de Investigaciones para el Desarrollo CID. (2004). *Bien-estar: macroeconomía y pobreza*. (C. G. República, Ed.) Bogotá: Contraloría General de la República.
- Charon, N. R. (2005). *Derecho monetario* (1 ed.). (ABC, Ed.) Madrid: ABC Ediciones.
- Cisneros, P. (21 de Noviembre de 2004). El control fiscal en Venezuela. ND: ND.

CLAD. (2000). *La responsabilización en la nueva gestión pública latinoamericana*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.

CLAD Consejo Científico del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. (2000). *La responsabilización ("accountability") en la nueva gestión pública latinoamericana*. Buenos Aires, Argentina: EUDEBA, BID.

Colciencias, Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (2000). *Gestión y Desarrollo Ltda.; Proyecto lectores del presupuesto*. Bogotá: <http://ietcvirginiagomez.edu.co/LECTORES%20DEL%20PRESUPUESTO.pdf>.

Colombia, C. P. (2015). *Constitución Política de Colombia*.

Colombia, Congreso de la Republica de Colombia. (6 de Agosto de 1998). *Consulta de la Norma*. Recuperado el 3 de Enero de 2014, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=188>

Congreso de la Republica de Colombia. (10 de Junio de 2003). *Consulta de la Norma*. Recuperado el 4 de Enero de 2014, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=8738>

Constitución política de Colombia. (1991). Colombia.

Contraloría Delegada para la Participación ciudadana . (2006). *Control social en Colombia, características y tendencias*. Bogotá: Contraloría General de la República.

Corredor C., A. (2009). *Control fiscal en Colombia* (1 ed.). (M. Ltda, Ed.) Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C -180 (1994).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-141 (2010).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-551 (2003).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-146 (2012).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-690 (2007).

- Cortés, A. (Octubre de 2014). *El concepto de accountability: una mirada desde la Ciencia Política*. (U. EAFIT, Ed.) *Cuadernos de Ciencias Políticas*.
- Cortez Arbeláez, A. (2014). El concepto de accountability: una mirada desde la ciencia política. *Cuadernos de Ciencias Políticas*.
- Cruz, J. R. (2011). *El Frente Nacional en Colombia y su relación con el desarrollo empresarial*. Bogotá D.C.: Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario .
- Cuenca Garcia, A. y. (2016). Un del gasto público muy privado. En T. Aranzadi (Ed.), *Economía del Gasto Público para mayores de edad* (pág. 279). Pamplona, Navarra: Thompson Aranzadi.
- Cueva, A. (1977). *El desarrollo del capitalismo en América latina*. (S. X. Editores, Ed.) Mexico D.F.
- Defensoría del Pueblo. (2014). *La tutela y los derechos a la salud y la seguridad social 2013*. Bogotá D.C.: Defensoría del Pueblo.
- Departamento Nacional de Planeación. (2014). *Informe de Monitoreo SGP de Propósito General y Asignaciones Especiales Vigencia 2013 y Primer Trimestre 2014*. Bogotá: DNP.
- Diamond, J. (2005). *De la presupuestación por programas a la presupuestación por desempeño: el desafío para las economías de los mercados emergentes*. (A. I. Público, Ed.) *Revista Internacional de Presupuesto PÚBLICO*, 57.
- Díaz, P. A. (1980). *Estado y tercer mundo: El constitucionalismo*. (Temis, Ed.) Bogotá.
- Dominguez, G. e. (2002). *El nuevo control fiscal* (3 ed.). (B. j. dike, Ed.) Bogotá: Biblioteca Jur+idica Diké.
- Downs, A. (1992). *La teoría económica de la acción política en una democracia*. En A. S.A. (Ed.), *Diez textos básicos de Ciencia Política* (pág. 96). Barcelona: Ariel.
- Dutzler, B. (2013). Desarrollo de capacidades e Instituciones de Fiscalización Superior. En G. INTOSAI, *Entidades fiscalizadoras superiores: Responsabilidad para el Desarrollo* (pág. 62). Bonn: NOMOS.
- Dye, K. S. (1998). *Pillars of integrity: The importance of supreme audit institutions in curbing corruption*. Washington D.C.: The World Bank.

- Dye, K. y. (1998). *Pillars of integrity*. Washington D.C.: The World Bank.
- Echeverri, J. C. (2004). *Rigideces institucionales y flexibilidad presupuestaria: Origen, motivación y efectos sobre el presupuesto*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Eckstein, O. (1963). On choice of concepts for the federal budget. *The review of economics and statistics*, 45, 126-131.
- Eigen, P. (2013). *Transparency perceptions*. Berlin: International transparency.
- El Espectador, R. (03 de Septiembre de 2013). De referendos, consultas y constituyentes. *El Espectador*.
- El Heraldo. (10 de Agosto de 2013). *El Heraldo*. Recuperado el 17 de Enero de 2014, de <http://www.elheraldo.co/local/quien-ve-por-las-veedurias-ciudadanas-120532>
- El Mundo. (15 de Marzo de 2004). España Castiga al PP y da su confianza a Zapatero. *El Mundo*, pág. 1.
- El País. (05 de Febrero de 2015). Podemos logra captar un voto de castigo pero no ideológico. *El país*.
- Escobar, A. (octubre de 2003). *El referendo, ajuste fiscal y reformas económica: ejercicio de participación ciudadana*. Revista Credencias Historia Edición Especial, 166.
- Estefanía Moreira, J. (2016). *Contra el conservadurismo compasivo*. En R. F. coordinador, Economía del gasto público para mayores de edad (pág. 14). Pamplona: Thompson Reuters Aranzadi.
- EURORAI. (2007). *Las Instituciones Regionales de Control Externo del Sector Público en Europa* (Segunda Edición ed.). Valencia, España.
- Evans, A. (2008). *The role of supreme audit institutions in combating corruption*. Geneve: Transparency International.
- Fals Borda, O. (1989). *Nueva Historia de Colombia*. (Planeta, Ed.) Bogotá.
- Fayol, H. (1987). *Principios de la administración científica: administración industrial y general*. Buenos Aires: El Ateneo.

Fernández Ajenjo, J. A. (2009). *El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción: Especial referencia al Tribunal de Cuentas y la Intervención General de la Administración del Estado*. Tesis Doctoral. Salamanca, España.

Fernández Llera, R. (2016). *Control del gasto público sin faldespantos*. En R. F. Coordinador, *Economía del gasto público para mayores de edad* (pág. 97). Pamplona: Thompson Aranzadi.

Fernández Molina, J. d.-M. (1997). *El establecimiento de objetivos y la medición de resultados en el ámbito público. Guía, fundamentos técnicos y aplicación Cprox*. (S. g. hacienda, Ed.) Madrid: Intervencion General de la Administración del Estado.

Ferreira, F. (2004). *Can the distributional impacts of macroeconomics shocks be predicted? A comparison of the performance of macro-micro model with historical data for Brazil*. Washington: The World Bank Policy Research Working Paper 3303.

Fevre, J. H. (2005). *El control interno al servicio de la gestión pública: una mirada desde la gestión*. Revista CLAD. Buenos Aires, Argentina: CLAD.

FMI. (2008). *Manual de Transparencia Fiscal*. Washington, United States: Fondo Monetario Internacional.

Garay, L. J. (2002). Prólogo. En C. G. República, *Colombia, entre la exclusión y el desarrollo, propuestas para la transición al estado social de derecho*. Bogotá.

García de Enterría, E. &. (2006). *Curso de Derecho Administrativo* (13 ed., Vol. I). Madrid, España: Thomson-Civitas.

García de Enterría, E. (1991). *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. (Civitas, Ed.) Madrid: Civitas.

García López, E. y. (2007). *Pensamiento republicano y derecho constitucional, el problema de la irreeligibilidad en las democracias contemporáneas*. (U. d. Rosario, Ed.) Bogotá: Universidad del Rosario.

García Romero, H. y. (2012). *Evaluación de la política de biocombustibles en Colombia*. Documentos FEDESARROLLO. Bogotá.

- García, D. (1998). *El derecho presupuestario en el Perú*. (L. A. S.R.L., Ed.) Lima: Luis Alfredo Ediciones.
- García, M. (11 de Octubre de 2008). *Un país de Estados de excepción*. El Espectador, pág. 94.
- Garrido Falla, F. (2006). *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Tecnos.
- Gavin, M. &. (1995). *The World Bank in historical perspective*. The American Economic Review, 324.
- Geneva Declaration. (2011). *Global Burden of Armed Violence*. Geneva.
- Gerard, R. Z. (2000). *Colombia's electoral and party sistem: proposals for reforms*. (Fedesarrollo, Ed.) Bogotá.
- Giraldo, I. (2007). *Partidos y sistema de partidos en Colombialiticas de los paises andinos*. En C. M. Roncagliolo, & R. R. Meléndez (Ed.), *La política por dentro: cambios y continuidades en las organizaciones políticas de los países andinos* (pág. 132). Lima: IDEA.
- Gómez Lee, I. D. (2006). *Control Fiscal y Seguridad Jurídica Gubernamental*. Bogotá: Universidad Externado.
- González, E. (1973). *Introducción al Derecho Presupuestario: concepto, evolución histórica y naturaleza jurídica*. Madrid: Edersa.
- González, J. I. (2003). *El forec como "modelo" de intervención del estado*. (U. N. Colombia, Ed.) Armenia: Universidad Nacional de Colombia.
- Gonzalez, L. (Junio de 2005). *Democracia, "Accountability", Control y el Sistema Meritocrático: El caso de la Auditoría General de la Nación Argentina. Ponencia poara el Tercer Congreso Argentino de Administración Pública, Sociedad, Estado y Administración. Repensando las relaciones entre EStado, democracia y Desarrollo*. Tucumán, Argentina: INAP.
- Government Accountability Office. (2014).
- Gramacho, W. (2004). *Partidos políticos versus voto económico: un primer análisis comparado*. Salamanca: Universidad de Salamanca.

- Granados, M. (03 de Junio de 2010). La acciones populares y de grupo en el Derecho Comparado. *Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 23.
- Granda, R. D. (2009). *Manual de control interno sectores público-privado y solidario* (3 ed.). (G. e. Ltda., Ed.) Bogotá: Nueva Legislación.
- Gutierrez, F. (2001). Inequidad y violencia política: una precisión sobre las cuentas y los cuentos. (Unibiblos, Ed.) *Análisis Político*, 71.
- Hayek, F. V. (1960). *Los Fundamentos de la Libertad*. Madrid: Unión Editorial.
- Helmke, Gretchen. Levitsky, Steven. (2003). *Informal Institutions and comparative politics*. The Helen Kellogg Institute for International Studies.
- Henoa Hidron, J. (2013). *Panorama del derecho constitucional colombiano* (14 ed.). (T. S.A., Ed.) Bogotá: TEMIS.
- Hernández Becerra, A. (Julio de 2001). La Reforma Política de la Misión Alesina. *Revista de Economía Institucional*, 3.
- Hernandez, A. (Marzo de 2003). *El referendo en la historia política: Elecciones y partidos políticos*. *Revista Credencial Historia*.
- Hommes, R. (1996). *Evolution and rationality of budget institutions in Colombia*. Washington : Banco Interamericano de Desarrollo.
- Inter American Development Bank. (2003). *Is Geography destiny? Lessons from Latin America*. Washington: IADB.
- INTOSAI. (1977). ISSAI 1. *La declaración de Lima*. Lima, Perú.
- INTOSAI. (2012). ISSAI 1. *La Declaración de Lima*. Lima, Perú.
- Jarquín, E. (2001). *Gobernabilidad y desarrollo en América Latina y el Caribe*.
- Jiménez Asensio, R. (2016). *España, ¿Un país sin frenos?* En J. M. Manuel Villoria Mendieta, *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos* (pág. 22). Barcelona: Atelier Libros Jurídicos.
- Jiménez Rius, P. (2007). *Hacia un modelo ideal de entidad fiscalizadora superior para el Siglo XXI*. Tesis Doctoral. Madrid, España.

Jimenez Rius, P. (2008). *Quién controla al Contralor?* Revista de la Red de Expertos Iberoamericanos en Fiscalización, 2.

Jiménez Rius, P. (2009). *Las entidades fiscalizadoras superiores y su papel ante la crisis financiera actual.* Revista de la Red Iberoamericana de Expertos en Fiscalización , 12.

Jiménez Rius, P. (20 de febrero de 2012). *¿Es posible exigir responsabilidades a los gestores públicos en España?* Diarios La Ley No. 7801.

Jiménez Sánchez, F. (2016). *Los efectos de la corrupción sobre la desafección y el cambio política en España.* En J. M. Manuel Villoria Mendieta, & A. L. Jurídicos (Ed.), *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos.* Barcelona, Cataluña, España: Atelier.

Kalmanovitz, S. (2004). *La idea federal en Colombia durante el Siglo XIX.* Bogotá D.C.: Editorial Banco de la República.

Kaplan, M. (1981). *Aspectos del Estado en América Latina.* Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México.

Kapstein, E. (2000). *Winners and losers in the global economy.* *International Organization*, 54(2), 359-384.

Katz, R. &. (2004). *El partido cartel: La transformación de los modelos de partidos y la democracia de partidos.* (F. P. Iglesias, Ed.) *Zona Abierta*, 108-109, 27.

Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del Derecho.* México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Knack, S. a. (1997). *Does inequality growth only democracies? A replications and extension.* *American journal* , 323-332.

Kraft, M. &. (2006). *Public policy: Politics, analisis and alternatives.* Washington: CQ Press.

Kraft, M. a. (2006). *Politics, analysis and alternatives.* Washington: CQ Press.

Kugler, M. &. (2000). *Checks and balances: A Assesment of Institutional Separation of Political Power in Colombia.* Bogotá D.C.: Fedesarrollo.

Kugler, M. &. (2000). *División de poderes: una estimación de la separación institucional de los poderes políticos en Colombia*. Bogotá: Fedesarrollo.

Kunnemann, R. (2002). *Basic income: a states obligation under the human right to food*.

Lago Montero, J. M. (Enero de 2002). *El control judicial de la actividad administrativa, financiera y tributaria. Una nota codificadora. Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 103, 137.

Lago Montero, J. M. (Junio de 2014). *¿Es posible armonizar los subsistemas tributarios autonómico y local?* (U. d. Salamanca, Ed.) *Revista Ars Iuris Salmanticensis*, 2.

Landeros, A. (2013). *Interdependencia global y democracia disfuncional en Paraguay*. *Revista Digital de la Escuela de Historia No. 9*, 202.

Langseth, P. S. (1997). *The role of a national integrity system in fighting corruption*. *EDI Working Papers*. Todo el mundo.

Laporta, F. (1994). *Imperio de la Ley: Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz*. Alicante, España: Editorial Doxa.

Leis, H. R. (2001). *La modernidad insustentable: las críticas del ambientalismo a la sociedad contemporánea*. Montevideo: Nordan Comunidad.

Levitt, S. &. (2000). *Understanding Crime in Colombia and What Can Be Done About It*. Bogotá D.C.: Fedesarrollo.

Lipse, S. M. (1992). *Desarrollo económico y legitimidad política*. (A. S.A., Ed.) Barcelona.

Londoño Toro, B. y. (enero-junio de 2012). *¿Podrán las acciones populares colombianas sobrevivir a los recientes ataques legislativos y jurisprudenciales?* *Universitas*, 124. (Universitas, Ed.) Bogotá.

Londoño Vélez, J. y. (2012). *Income and Wealth at the top in Colombia: An exploration of Tax Records 1923-2010. Public Policy and Development Master Disertaion, Paris School of Economics*. París, Francia.

Londoño, J. L. (1996). *Poverty, Inequality and human capital development in Latin America 1950-2025*. Washington: The World Bank.

- López, C. N. (07-08 de 2003). *Cuentas nacionales y presupuesto público: Análisis de la medición de los servicios de salud, educación y otros servicios sociales*. Revista Internacional del presupuesto público No. 52, 52.
- López, G. (Junio de 2002). *Formación de la opinión pública: las elecciones generales de 2000 en la prensa española*. Valencia: Universidad de Valencia.
- Marin Taborda, J. I. (2006). *Historia y violencia en la Colombia contemporánea*. En C. Cecilia Castro Lee, *En torno a la violencia en Colombia: Una propuesta interdisciplinaria* (pág. 57). Cali: Universidad del Valle.
- Martínez, G. (1998). *Fiscalización parlamentaria y comisiones fiscalizadoras*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile- Editorial Andrés Bello.
- Matas Dalmases, J. (2005). *Los partidos políticos y los sistemas de partidos*. En M. C. Badía, *Manual de Ciencia Política* (págs. 317-342). Madrid: Tecnos.
- Meertens, D. (2001). *Análisis político*. (Unibiblos, Ed.) Bogotá.
- Melo, j. O. (1989). La evolución económica de Colombia 1830-1900. En E. Planeta (Ed.), *Nueva Historia de Colombia: La era republicana* (Vol. II). Bogotá: Planeta.
- Meyer, L. R. (2005). *Los sistemas políticos en América Latina*. México: Siglo XXI editores.
- Meyer, L., & Reyna, J. (2005). *Los sistemas políticos en América Latina*. México: Siglo XXI editores.
- Miaja Fol, M. (2010). *Las tendencias actuales en los sistemas de control interno de las organizaciones. Implicaciones para las administraciones públicas*. Revista Documentación Administrativa No. 286-287, 209.
- Miajá, M. M. (2014). *Planificación óptima de la fiscalización de los órganos de control*. Auditoría Pública, 39-50.
- Mijangos, M. d. (1995). *La naturaleza jurídica del presupuesto*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 207.
- Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (2011). *Aspectos generales del proceso presupuestal colombiano*. 16.

- MOE Misión de Observación Electoral. (s.f.). *Mecanismos de participación ciudadana en Colombia: Veinte años de ilusiones*. Misión de Observación Electoral . Bogotá: MOE.
- MOE Misión de Observación Electoral. (2012). *Mecanismos de participación ciudadana en Colombia: Veinte años de ilusiones*. Misión de Observación Electoral, Bogotá.
- Montiel, Peter and Servén, Luis. (2004). *Macroeconomic stability in developing countries: how much is enough*.
- Monzón, C. (2006). *Opinión pública, comunicación y política*. Madrid: Tecnos.
- Mora-Donatto, C. J. (1998). *Las comisiones parlamentarias de investigación como órganos de control político*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Morata, F. (2004). *Gobernanza multinivel en la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Moreno, M. E. (2014). La accountability y los modelos contemporáneos de control de la gestión pública. *Alice-Comunicación política*. Buenos Aires, Argentina.
- Moreno, M. E. (2014). *La accountability y los modelos contemporáneos de control de la gestión pública. Ponencia para la Mesa 14 Asociación Internacional de Comunicación Política y Estrategias de Campaña*. Santiago de Compostela, España.
- Moser, J. (2013). Importancia de la resolución de la Asamblea de las Naciones Unidas. En G. INTOSAI, *Entidades fiscalizadoras superiores: Responsabilidad para el Desarrollo* (pág. 45). Bonn: Nomos, INTOSAI, GIZ.
- Múnera, A. (1998). *El fracaso de la nación: región, clase y raza en el Caribe colombiano (1717-1821)*. (E. Planeta, Ed.) Bogotá, Colombia: Planeta.
- Musgrave, R. (01 de 1954). *The fiscal outlook*. The journal business, 27, 4-16.
- Musgrave, R. a. (1992). *Hacienda pública. Teoría y práctica*. McGraw-Hill.
- Naranjo, R. (1999). Reforma política y control fiscal. (U. C. Rosario, Ed.) *Revista de Estudios Socio Jurídicos*, 1(1).

- North, D. C. (1990). *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*. (C. U. Press, Ed.) Cambridge: Cambridge University Press.
- Novoa García, A. (2011). *Una historia que debe contarse de nuevo*. Razón Pública.
- Novoa, A. (2014). *Colombia: poder político, elecciones y democracia "hereditaria"*. (C. V. Ciudadanía, Ed.) *Semanario Caja de Herramientas*, 390.
- O'Donnell, G. (2001). *El impacto de la globalización económica en las estrategias de reforma institucional y normativa*. (F. F. Carrillo, Ed.) Banco Interamericano de Desarrollo.
- Ocampo, G. (12 de Enero de 2014). *Poderes regionales, clientelismo y Estado: Etnografías del poder y la política en Códoba, Colombia*. (U. Javeriana, Ed.) Bogotá, Colombia: Universidad Javeriana.
- Ocampo, J. (2006). *Historia Ilustrada de Colombia*. Bogotá: Plaza y Janés Editores Colombia S.A.
- Ocampo, J. A. (2003). *Globalization and development: A Latin American and Caribbean Perspective*. Washington: CEPAL The World Bank.
- OCDE. (2006). *La modernización del Estado: el camino a seguir*. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Madrid: OECD Publishing.
- OCDE. (2014). *Colombia: La implementación del buen gobierno*. OECD. Bogotá: OECD Publishing.
- Ochoa Díaz, H. y. (Diciembre de 2003). *Propuesta de un modelo de control fiscal para el Estado colombiano: El Sistema de Control Fiscal Nacional*. Estudios Gerenciales Vol. 19 No. 89. Cali, Colombia.
- OECD. (2014). *La implementación del buen gobierno*. Bogotá: OCDE Publishing.
- Opinión. (2002). Reseña histórica de la guerra de los Mil Días 1889-1902. *Revista Semana*.
- Osornio, F. (2001). *Alternancia política y cambio constitucional*. México.
- Osornio, F. (2001). *Alternancia política y cambio constitucional*. México.
- Paine, T. (1986). *Derechos del Hombre*. México: Fondo de Cultura Económica.

- Palacios, M. (2003). *Entre la legitimidad y la violencia: Colombia 1875- 1994*. Bogotá, Colombia: Norma.
- Palacios, M. S. (2002). *Colombia país fragmentado, sociedad dividida: su historia*. Bogotá D.C.: Norma.
- PECKEL, M. (29 de octubre de 2013). Gobernanza. *El Espectador*.
- Pérez Salazar, M. (2001). *Costos, beneficios y orden constitucional*. Revista de Economía Institucional No. 5, 129-145.
- Pérez, M. (2001). *Costos, beneficios y orden constitucional*. Revista de Economía Institucional No. 5, 129-145.
- Pizarro, E. (2002). *La atomización partidista en Colombia: el fenómeno de las microempresas electorales*. The Hellen Kellogg Institute for International Studies.
- Pizarro, E. (2002). *La atomización partidista en Colombia: el fenómeno de las microempresas electorales*. The Hellen Kellogg Institute.
- Plazas, M. (2006). *Derecho Tributario y de la Hacienda Pública*. Bogotá: Temis.
- PNUD. (2014). *Informe Anual de Desarrollo Regional 2013-2014*. New York, New York.
- PNUD. (2015). *Informe sobre desarrollo humano 2015. Trabajo al servicio del desarrollo humano*. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Nueva York.
- PNUD. (2015). *Informe sobre Desarrollo Humano 2015: Trabajo al servicios del Desarrollo Humano*. Nueva York: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo .
- POKROVSKI, V. (1966). *Historia de las ideas políticas*. México D.F.: Grijalbo S.A.
- Pokrovski, V. y. (1966). *Historia de las ideas políticas*. (J. Grijalbo, Ed., & C. M. Sánchez, Trad.) México D.F.: Editorial Grijalbo.
- Porras, A. M. (2013). *La gobernanza multinivel del gasto público europeo*. Tesis. Sevilla, España.
- Poterba, J. M. (02 de 05 de 1996). *Budget institutions and fiscal policy in the U.S. States*. The American Economic Review, 86, 395-400.

- Prats I Catala, J. (2002). *Instituciones y Desarrollo en América Latina: ¿Un rol para la ética?* Barcelona: Instituto Internacionald de Gobernabilidad.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (1993). *Informe sobre desarrollo humano*. Madrid.
- Quinche, M. F. (2012). *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá, Colombia: TEMIS.
- Ranelleti, O. (2007). *Derecho de la hacienda pública*. (T. S.A., Ed.) Bogotá.
- Rebolledo, O. (2003). *Principios de derecho fiscal en el estado de Tabasco*. México: Universidad Autónoma de México.
- Redacción. (25 de Octubre de 2011). *El Nuevo Siglo Bogotá*. Obtenido de <http://www.elnuevosiglo.com.co>
- Redacción. (15 de octubre de 2015). *De quién son los medios en Colombia? Las 2 orillas*.
- Restrepo Medina, M. A. (2008). *Control fiscal territorial, construcción de un modelo de contraloría tipo informe final de investigación*. (U. d. rosario, Ed.) Bogotá: Universidad del Rosario.
- Restrepo, J. c. (2012). *Hacienda Pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Revista Semana. (18 de 08 de 1997). Los cacaos.
- Rivero Ortega, R. (2004). *Derecho administrativo, reformas de segunda generación, desarrollo y control de la corrupción: proyecciones sobre el caso colombiano*. Revista del CLAD, 1-56.
- Rodrik, D. (1992). *Limits of the trade policy reform in developing countries*. The journal of economics prespectives, 6, 87-105.
- Rodrik, D. (1999). *Democracies pay higher wages*. The Quarterly Journal of Economics, 114, 707-738.
- Roll Vélez, D. (2002). *Rojo difuso y azul pálido: los partidos políticos en Colombia entre el debilitamiento y la persistencia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho.

- Roll, V. D. (2002). *Rojo difuso y azul pálido: los partidos políticos en Colombia entre el debilitamiento y la persistencia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho.
- Rondinelli, D. A. (2001). *Desarrollo regional y local en una era de integración global: federalismo favorable al mercado en América Latina y el Caribe*. En F. Carrillo, & F. C. Flórez (Ed.), *Democracia en déficit*: (págs. 279-308). Washington: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Rousseau, J. J. (2007). *El Contrato Social*. (E. Panamericana, Ed.) Bogotá.
- Ruiz, A. J. (03-04 de 2006). *Finanzas públicas y crecimiento económico: una visión panorámica y algunas reflexiones*. (www.asip.org.ar, Ed.) *Revista Internacional del presupuesto público*, 60.
- Safford, P. y. (2002). *Colombia país fragmentado, sociedad dividida: su historia*. Bogotá D.C.: Norma.
- Salinas Jiménez, J. y. (2016). *Estado de Bienestar, Renta y Felicidad*. En R. f. Coordinador, *Economía del Gasto Público para mayores de edad* (pág. 127). Pamplona: Thompson Aranzadi.
- San Martín Inzunza, H. (2008). *Accountability y transparencia en la Gestión Pública: una propuesta*. *Horizontes Empresariales*.
- Sánchez Torres, C. A. (2004). *Responsabilidad fiscal y control del gasto* (1 ed.). (C. e. rosario, Ed.) Bogotá.
- Sánchez, G. &. (2002). *Bandoleros, gamonales y campesinos: El caso de la violencia en Colombia*. Bogotá: El áncora Editores.
- Sanchis Serra, A. D. (2010). *Otra vuelta de tuerca al estado de bienestar*. (L. factory, Ed.) Madrid: Lber Factory.
- Sandoval, L. A. (Agosto de 2002). *La Nación demandada: Un estudio sobre el pago de sentencias, conciliaciones y laudos arbitrales*. *Economía Colombiana* (291), 66-77.
- Sandoval, L. A., Ortiz, M., & Quiroga, O. (2002). *La reasignación de la carga tributaria en Colombia*. Bogotá: Contraloría General de la República.

- Sandoval, L. O. (2002). *Reasignación de la carga tributaria en Colombia: Propuestas y alternativas*. Bogotá D.C.: Alfaomega.
- Sartori, G. (1980). *Partidos y sistemas de partidos*. Madrid: Alianza Madrid.
- Schick, A. (04 de 2005). *A concept paper for establishin a budget network in the LAC region*. Inter-American Development Dialogue.
- Schultz, P. (1993). *Mortality decline in the low income world: causes and consequences*. The American Economic Review, 83, 337-342.
- Selowsky, M. (December de 1979). *Who benefits from government expediture? A case study of Colombia*. (M. Selowsky, Ed.) Jornal of Economic Literature, 18(4).
- Selowsky, M. (1998). *Fiscal deficits and the "quality" of the fiscal adjusment*. En *The challenges for public liability management in Central Europe* (págs. 1-142). Washington: The World Bank.
- Semana. (28 de 11 de 2009). *El rey Midas*. (E. Semana, Ed.) *Revista Semana*.
- Sen, A. (2000). *Desarrollo y libertad*. (E. Planeta, Ed., & L. y. Toharia, Trad.) Barcelona.
- Sen, A. (2001). *Propiedad y hambre*. Precedente. Anuario jurídico, 96-107.
- Siglo XX. (2015). *El Siglo XX*. Obtenido de <https://elsigloxx.wordpress.com>
- Solimano, A. (2000). *Colombia: Essays on conflict, peace and development*. Washington D.C.: The World Bank.
- Sundelson, J. W. (06 de 1935). *Budgetary principles*. Political Science Quaterly, 50, 236-263.
- Tirado Mejía, A. (1975). *Introducción a la historia económica de Colombia*. Medellín: La carreta.
- Tirado, A. (1979). *Introducción a la historia económica de Colombia*. Bogotá: La carreta.
- Tirado, A. (1997). *Colombia: Siglo y medio de bipartidismo*. En C. Jorge Orlando Melo, *Colombia hoy: Perspectivas hacia el Siglo XXI*. Bogotá: Tercer Mundo .
- Tirado, Á. (s.f.). Biblioteca virtual. Obtenido de <http://www.banrepcultural.org/>
- Tirado, Á. (s.f.). Biblioteca virtual. Obtenido de <http://www.banrepcultural.org/>

- Tomassini, L. (2001). *Gobernabilidad y políticas públicas en América Latina*. (F. C. Florez, Ed.) 47.
- Torres, L. &. (2003). *Construcción de indicadores para la evaluación de políticas públicas*. En R. B. Martínez, *La evaluación de la acción y de las políticas públicas*. Madrid: Díaz de Santos S.A.
- Touraine, A. (2000). *El sistema y los actores, en Revista Reforma y Democracia*. Caracas: CLAD.
- Tylor, E. B. (1977). *Cultura primitiva: los orígenes de la cultura*. (Ayuso, Ed.) Madrid: Ayuso.
- Ungar, E. y. (03 de Septiembre de 2006). *El Congreso en la encrucijada: Colombia en el siglo XXI*. (F. L. Norma, Ed.) Bogotá, Colombia: Editorial Norma.
- Unicef Colombia. (2014). Informe Anual 2014. Bogotá.
- Unicef Colombia, Hidalgo, E., Faundez, A., Valdivia, B., Bisbicus, G., Romero, D. (2014). Informe Anual 2014. Unicef Colombia, Bogotá.
- Universidad del Rosario. (2008). *Justiciabilidad de los Derechos Colectivos. Balance de la ley de acciones populares y de grupo en sus primeros 10 años 198-2008*. (B. L. Toro, Ed.) Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Universidad Nacional-Comisión de Estudios sobre la Violencia. (1987). *Colombia: Violencia y democracia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Uprimny, R. (2001). *Separación de poderes y forma de gobierno en Colombia: Comentarios al documento de la Misión Alesina*. Revista Economía Institucional Vol 3 No. 5.
- Valadés, D. (2002). *La no aplicación de las normas y el Estado de Derecho*. En Varios, Estado de Derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina. México: Siglo 21 editores.
- Vásquez Carrizosa, A. (1986). *El poder presidencial en Colombia: La crisis permanente del derecho constitucional*. Bogotá D.C.: Sudamérica.

- Vasquez Miranda, W. (2000). *Control fiscal y auditoría de estado en Colombia*. (U. d. Lozano, Ed.) Bogotá D.C.: Universidad Jorge Tadeo Lozano.
- Vieira, L. (1998). *Ciudadanía y Control Social*. En N. y. Cunillgran, & P. Ibérica (Ed.), *Lo público no estatal en la reforma del Estado* (pág. 215 a 256). Buenos Aires, Argentina: CLAD.
- Villegas, H. B. (2002). *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. (Astrea, Ed.) Buenos Aires: Astrea.
- Villoria Mendieta, M. (2016). *Principales rasgos y características de la corrupción en España*. En J. M. Manuel Villoria Mendieta, *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos* (págs. 69-88). Barcelona: Atelier Libros Jurídicos.
- Viñuela, J. A. (2003). *La reforma del estatuto orgánico de presupuesto*. (F. M. Internacional, Ed.) Bogotá: Fondo Monetario Internacional. Departamento de Finanzas Públicas.
- World Bank. (2005). *Decentralization, budget processes, and feedback effects*. Washington D.C.: www.iadb.org.
- Yamamoto, H. (2007). *Instrumentos de control parlamentario*. Ginebra-Suiza: Inter-Parliamentary Union.
- Yanagihara, T. H. (1998). *Development strategy reconsidered*. (P. r. paper, Ed.) Mexico: World Bank.
- Younes Moreno, D. (2006). *Derecho del Control Fiscal*. Bogotá, Colombia: Ibañez.
- Younes Moreno, D. (2014). *Derecho constitucional colombiano*. (Legis, Ed.) Bogotá.
- Young, A. (1992). *A tale of two cities: factor accumulation and technical change in Hong Kong and Singapore*. NBER Macroeconomics Annual 1992. (M. Press, Ed.)

Sitios web:

ARIAS RODRÍGUEZ, Antonio: Bitácora personal y espacio dedicado a la Fiscalización de la Gestión de los Fondos Públicos, <http://www.fiscalizacion.es>.

Auditoría General de la Nación: www.auditoria.gov.co.

Banco Interamericano de Desarrollo: BID: <http://www.iadb.org>.

Banco Interamericano de Desarrollo, BID, Oficina de Integridad Institucional, <http://www.iadb.org/integrity>.

Banco Mundial: <http://www.bancomundial.org> y <http://www.worldbank.org>.

Biblioteca Luis Angel Arango: www.banrepcultural.blaa

Biblioteca Jurídica Virtual Universidad Nacional Autónoma de México: www.bibliojuridicas.unam.mx

Comisión Económica para América latina y el Caribe: www.cepal.org

Consejo de Estado: <http://www.consejodeestado.gov.co>.

Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, <http://www.dnp.gov.co>.

Consejo Superior de la Judicatura: www.ramajudicial.gov.co

Contraloría General de la República: www.contraloria.gov.co.

Contaduría General de la Nación: <http://www.contaduria.gov.co>.

Defensoría del Pueblo: www.defensoria.gov.co.

Diario El País S.L.: <http://www.elpais.com>.

Diario El Nuevo Siglo: www.elnuevosiglo.com.co.

Diario El Espectador: www.elespectador.com.

Diario El Tiempo: www.eltiempo.com

Japan Board of Audit: www.jbaudit.gov.jp/english

Fondo Monetario Internacional: <http://www.imf.org>.

Naciones Unidas: <http://www.un.org/es/>.

Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores, INTOSAI:
<http://www.intosai.org>.

Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores:
www.olacef.org

Presidencia de la República de Colombia: www.presidencia.gov.co.

Real Academia Española: <http://www.rae.es>.

Procuraduría General de la Nación: www.procuraduria.gov.co.

Revista Semana: www.semana.com

Senado de la República de Colombia/Normatividad: www.secretariassenado.gov.co

Thomson Reuters Aranzadi: <http://www.westlaw.es>.

Transparencia Internacional: <http://www.transparency.org>.

Tribunal Constitucional de España, <http://www.tribunalconstitucional.es>.

Tribunal de Cuentas, <http://www.tcu.es>.

Diario El Mundo, Unidad Editorial Internet, S.L., <http://www.elmundo.es>.

United Kingdom National Audit Office: www.nao.org.uk.

Unión Europea, <http://europea.eu>.

U.S. Government Accountability Office, GAO, <http://www.gao.gov>.

Universidad de Salamanca, Biblioteca Francisco de Vitoria, <http://sabus.usal.es>.