P-2047

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA CONSTITUCIONAL

Nº 77 Bogotá, D.E., lunes 20 de mayo de 1991 Edición de 16 Páginas

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

HORACIO SERPA URIBE
Presidente

ALVARO GOMEZ HURTADO
Presidente

ANTONIO JOSE NAVARRO WOLFF
Presidente

JACOBO PEREZ ESCOBAR
Secretario General

FERNANDO GALVIS GAITAN
Relator

RELATORIA

Informe-Ponencia para Primer Debate en Plenaria

Régimen de Control Fiscal

Ponentes:

ALVARO CALA HEDERICH
JESUS PEREZ
HELENA HERRAN DE MONTOYA
MARIANO OSPINA HERNANDEZ
GERMAN ROJAS
CARLOS RODADO NORIEGA

(Pág. 2)

Informe-Ponencia para Primer Debate en Plenaria

Mecanismos de Protección de los Derechos Fundamentales y del Orden Jurídico

Constituyentes:

JAIME ARIAS LOPEZ
JUAN C. ESGUERRA PORTOCARRERO

(Pág. 7)

Proyecto de Acto Constituyente de Vigencia Inmediata

Control a los Auxilios Parlamentarios

Constituyentes:

LUIS GUILLERMO NIETO ROA
CARLOS LLERAS DE LA FUENTE
JUAN B. FERNANDEZ RENOWITZKY
JUAN GOMEZ MARTINEZ
LORENZO MUELAS HURTADO
JOSE MATIAS ORTIZ
ANGELINO GARZON
MARIA TERESA GARCES
ALFONSO PALACIO RUDAS
ALVARO ECHEVERRY URUBURU
ALFREDO VAZQUEZ CARRIZOSA
FRANCISCO ROJAS BIRRY
JAIME ORTIZ HURTADO
JAIME FAJARDO LANDAETA
ABEL RODRIGUEZ
EDUARDO VERANO

(Pág. 11)

Informe-Ponencia para Primer Debate en Plenaria

1º Prescripción
2º Confiscación
3º Notariado

Constituyentes:

ARMANDO HOLGUIN SARRIA
FERNANDO CARRILLO FLOREZ

(Pág. 13)

Digitalizado por la Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República, Colombia.

Informe-Ponencia para Primer Debate en Plenaria

Régimen de Control Fiscal

Ponentes:

ALVARO CALA HEDERICH
JESUS PEREZ
HELENA HERRAN DE MONTOYA
MARIANO OSPINA HERNANDEZ
GERMAN ROJAS
CARLOS RODADO NORIEGA

NECESIDAD DE UNA REFORMA A LOS ORGANISMOS DE CONTROL

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Las contralorías en Colombia han ejercido, en general, sólo una parte de los controles que en la época moderna se han establecido en otros países; concentrándose, principalmente, en la auditoría de cuentas, con control previo, a fin de asegurar el honesto manejo de los dineros públicos, tal como lo recomendó la misión Kemmerer en 1923. Las contralorías han venido ejerciendo tanto la auditoría interna, propia del sistema previo; como la auditoría externa, que es la verdadera función de las contralorías.

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

La función del control fiscal ha tenido tres tendencias o escuelas en el mundo: la primera, la colegiada, es aquella que está dirigida por tribunales o cortes de cuentas. La segunda, muy influida por Norteamérica, es la Contraloría de tipo unipersonal tal como es el caso de la colombiana, en las que existe la tendencia a la revisión continua y detallada de las operaciones. Y, una tercera escuela, es la de las auditorías generales de herencia británica, cuya función está ejercida básicamente por contabilistas.

Para ejercer hoy la amplia gama de funciones que demanda el control moderno se requiere de un equipo multiprofesional, pues es muy difícil que los solos contralores tengan los conocimientos especializados requeridos. Esta misma razón puede ser aducida para establecer que la cabeza del organismo, debe tener calidades no necesariamente de extracción jurídica sino las afines a otras profesiones como la administración, la economía o la gerencia empresarial, pues no podemos olvidar que el Estado es la gran empresa nacional.

La Contraloría General de la República ha tenido algunas modificaciones en su planta de personal, que se ha reducido de 12.399 funcionarios en 1982 a 10.838 en 1990; su presupuesto en pesos constantes de 1980 se ha incrementado de 2.692 millones a 3.537 en 1990. Las anteriores cifras deben mejorarse en forma sustancial. Deplorablemente su funcionamiento ha estado condicionado e interferido por las conveniencias políticas que a la postre han distorsionado su objetivo fundamental para dar paso a la influencia clientelista, con grave perjuicio para la institución que otrora fuera centro de respeto y admiración de los colombianos. El ejemplo cundió en toda la Nación y, por consecuencia, las contralorías territoriales también terminaron siendo víctimas del morbo clientelista.

La necesidad de tener controles eficaces que garanticen el buen uso de los dineros provenientes de los contribuyentes creó la expectativa de un acto reformatorio de la Constitución encaminado a tener un organismo de control moderno, fuerte, independiente y libre de interferencias políticas. El artículo 14 de los derechos del hombre, que es la génesis filosófica del control fiscal, dice que "el pueblo tiene derecho, por sí mismo o por sus representantes, de establecer las contribuciones y de seguir sus destinos". De allí se estableció el hilo jerárquico por el cual las contralorías dependen de la Cámara de Representantes, electa por el pueblo para hacer las leyes, entre ellas las de tributos y las de autorizaciones de gastos derivados de aquellos.

II. PRESENTACION DE LOS DIFERENTES PROYECTOS Y PROPUESTAS

A. PROYECTOS PRESENTADOS POR LOS H. DELEGATARIOS Y EL GOBIERNO NACIONAL.

Nº 1 JESUS PEREZ GONZALEZ-RUBIO: El doctor Pérez propone que se conserve la figura del contralor general de la República, el cual sería elegido por el Congreso en pleno sin posibilidades de reelección. En el mismo orden, el proyecto tiende a establecer que el control fiscal se realice en forma posterior y selectiva. De otra parte, propone la creación de un sistema de control de resultados exclusivamente dirigido a vigilar la ejecución de los planes de desarrollo y de obras públicas, así como el funcionamiento de la justicia.

Nº 2 GOBIERNO NACIONAL: Este proyecto ubica en un título especial todas las disposiciones relativas al régimen del control fiscal, incluyendo el concepto de la vigilancia de los resultados de la administración, las cuales se ejercerían siempre en forma posterior; y excluye expresamente al Banco de la República de la vigilancia que corresponde a la Contraloría.

En cuanto a la elección del contralor se propone que sea hecha por el Congreso de una terna integrada por candidatos de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y el presidente de la República. Tiende, igualmente, a establecer rigurosas inhabilidades para quienes ocupen el cargo.

En cuanto a las atribuciones del contralor se excluyen las relativas a los métodos de contabilidad de la administración.

Nº 6 DIEGO URIBE VARGAS: El doctor Uribe Vargas propone, como particularidad especial, que se establezca la no reelección del contralor y, al propio tiempo se le someta a un régimen estricto de inhabilidades. El contralor sería elegido por la Cámara de Representantes (debe recordarse que el proyecto del doctor Uribe tiende a la instauración de un régimen unicameral).

Nº 7 ANTONIO NAVARRO Y OTROS: Por virtud de este proyecto el control fiscal corresponderia a una Corte de Cuentas integrada por nueve magistrados designados por el Consejo de Estado. Sus funciones de control se verían robustecidas con la posibilidad de practicar auditajes financieros y de gestión a la administración, las cuales se realizarían en forma selectiva y posterior sin perjuicio de los sistemas de control interno que se adopten. Adicionalmente la Corte de Cuentas tendría la facultad de establecer responsabilidades fiscales y ejercer la jurisdicción coactiva.

De otro lado se prevé la participación ciudadana en la vigilancia de la ejecución de proyectos estatales y una acción pública que la haga efectiva.

Nº 9 JUAN GOMEZ MARTINEZ Y HERNANDO LONDOÑO: El proyecto de los doctores Gómez y Londoño propone que en un título especial se incorporen las normas concernientes a la función de control del Estado, concidiéndose ésta en una forma integral que comprende la protección de los derechos humanos y la vigilancia disciplinaria, judicial y fiscal, la cual sería ejercida por la Fiscalía General de la Nación de conformidad con una ley marco que se expediría para tales efectos. El objeto de esta clase de control no sería otro que el de "procurar la eficiencia y la eficacia en la

Digitalizado por la Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República, Colombia.

gestión y en los resultados de la actividad estatal".

El fiscal general sería elegido popularmente para periodos de 4 años sin posibilidades de reelección. Entre otras funciones, se le asignaría especialmente la de proteger el patrimonio del Estdo, solicitar la aplicación de sanciones y ejercer la jurisdicción coactiva. Para el control fiscal, particularmente, designaría libremente a un delegado suyo que lo ejercería en forma exclusivamente técnica y posterior.

N° 13 MARIA TERESA GARCES: La doctora Garcés Lloreda propone que se dé al control fiscal el carácter de una verdadera rama del Poder Público, a cuya cabeza estaría la Contraloría General de la República.

El aspecto fundamental de este proyecto mira a la organización interna de la Contraloría y especialmente al régimen de personal de la misma, para lo cual propone la creación de la carrera correspondiente.

N° 27 MARIA TERESA GARCES: No obstante las propuestas contenidas en el proyecto N° 13, la doctora Garcés propone en este nuevo proyecto que la Rama de Control esté compuesta por el Ministerio Público, el ddfensor de los Derechos Humanos, la **Corte de Cuentas**, las superintendencias y la Comisión Nacional de Valores.

N° 42 CARLOS LEMOS SIMMONDS: Este proyecto se refiere particularmente a la modificación del régimen correspondiente al Distrito Especial de Bogotá. Lemos Simmonds coincide en que el contralor Distrital sea elegido por el Concejo, pero reduciéndose el periodo de sus funciones a un año.

N° 48 ANTONIO YEPES PARRA: El proyecto del doctor Yepes coincide en la idea de dotar a la función de vigilancia y control de la mayor independencia, para lo cual revestiría el carácter de rama del Poder Público. Se considera que debe ser ejercida esencialmente por el pueblo.

Se conserva la figura del contralor general, que sería elegido popularmente para periodos de 6 años.

Los municipios podrían crear sus propias contralorías siempre que su presupuesto anual supere la cifra de los $150 millones.

En cuanto a las funciones, el proyecto asigna tanto a la Contraloría General como a las territoriales la de ejercer el control sobre la deuda pública.

N° 57 GUILLERMO PLAZAS ALCID (MOVIMIENTO DE TRANSFORMACION LIBERAL): Según este proyecto habría un título especial para las normas relacionadas con la "Rama de Control y Vigilancia" integrada por la Contraloría y la Procuraduría General y por los funcionarios que ejercen funciones análogas en las entidades territoriales menores.

Se mantiene la figura del contralor general, con la particularidad de que sería elegido popularmente para períodos de 5 años.

N° 64 RODRIGO LLOREDA CAICEDO: El control fiscal, según este proyecto seguiría correspondiendo a la Contraloría General de la República, sin perjuicio de que en casos especiales puedan realizarlas entidades distintas.

Simultáneamente habría una Corte de Cuentas elegida por el Senado mediante aplicación del cociente electoral, la cual sería una instancia de apelación para revisar los actos expedidos por el Contralor General o los Contralores de las entidades territoriales.

N° 67 MISAEL PASTRANA Y OTROS: De conformidad con el proyecto presentado por el doctor Pastrana Borrero se consagraría, como título sexto de la Constitución Nacional, la organización de una nueva rama del poder público denominada "de Control Moral de Fiscalización". Esta rama comprendería las disposiciones sobre el Ministerio Público, el Defensor de Derechos y el Tribunal Supremo de Cuentas. Esta última entidad sustituiría a la Contraloría General en la vigilancia de la gestión fiscal, que además se hace extensiva a la "evaluación del desempeño y resultados de la administración"; subrayándose el carácter eminentemente técnico que tendría dicha vigilancia.

Los magistrados del Tribunal Supremo de Cuentas serían elegidos por el Congreso para periodos de seis años y sin posibilidad de reelección inmediata.

En cuanto a las funciones de dicho tribunal se destacan la de establecer la responsabilidad fiscal, ejercer la jurisdicción coactiva consiguiente y solicitar la investigación y aplicación de sanciones cuando se lesionen los intereses del Estado.

Finalmente, se defiere a la ley la reglamentación de un sistema especial de vigilancia y control aplicable a las sociedades de economía mixta.

N° 83 LORENZO MUELAS HURTADO: El delegatario Muelas Hurtado es partidario de erigir como uno de los poderes públicos a las funciones que separadamente cumplen hoy el Contralor General y el Procurador General, así como por las que habría de cumplir el Veedor de los Derechos Humanos.

N° 87 HORACIO SERPA Y OTROS: Este proyecto, referido al tema del reordenamiento territorial, propone que en el ámbito municipal el control fiscal de los recursos, cualquiera que sea su procedencia, sea hecho por un Veedor como representante directo del pueblo.

N° 93 ARTURO MEJIA BORDA: El proyecto del doctor Mejia Borda se orienta fundamentalmente a modificar la forma de elección del Contralor General de la República. Función ésta que correspondería a un Colegio Electoral integrado por los magistrados de la Corte Suprema de Justica y del Consejo de Estado; lo cual significa que el control fiscal estaría completamente subordinado a la rama jurisdiccional del poder público.

N° 97 CAMARA DE REPRESENTANTES: La Comisión primera de la H. Cámara de Representantes conserva a ésta última corporación la facultad de elegir el Contralor General de la República y excluye la vigilancia fiscal del Congreso del radio de acción de la Contraloría para atribuirlo a un Contralor Interno elegido por el Congreso para periodos de cuatro años de ternas enviadas por el Presidente de la República.

N° 98 RAIMUNDO EMILIANI Y CORNELIO REYES (UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA): El artículo 60 de la Constitución sería adicionado con un inciso que permitiría al gobierno la contratación de las funciones inherentes al control fiscal con particulares, total o parcialmente.

N° 107 ANTONIO NAVARRO Y OTROS (MESA DIRECTIVA DEL CONCEJO DE BOGOTA): Este proyecto contiene propuestas relacionadas especialmente con el régimen de las entidades territoriales y, en particular, del Distrito Especial de Bogotá. En primer término, se daría a Bogotá la condición de Distrito Capital, elevándose a rango constitucional su Contraloría de otro lado se establece que el control fiscal de los municipios se haga conforme a lo que disponga la ley y no como sucede hoy en que, por regla, general, debe hacerse por las contralorías departamentales.

Respecto de las atribuciones del Contralor General se destacan las de prescribir también los métodos de contabilidad de las entidades territoriales, exigir informes sobre el cumplimiento de sus funciones a los contralores departamentales y municipales y vigilar la destinación de los auxilios para empresas útiles o benéficas.

N° 108 IGNACIO MOLINA (HUGO ESCOBAR SIERRA): El doctor Escobar Sierra propone mantener en cabeza de la Cámara de Representantes la función de elegir el Contralor General de la Repùblica pero circunscribiendo su elección a una terna que deberá enviarle la Corte Suprema de Justicia. Su periodo quedaría reducido a tres años.

Las atribuciones del Contralor General se adicionan con las de establecer la responsabilidad fiscal, ejercer la jurisdicción coactiva consiguiente y solicitar las investigaciones o aplicaciones de sanciones que sean del caso.

N° 113 ALFREDO VAZQUEZ Y AIDA ABELLA: El proyecto presenta, en un título especial, como órgano de fiscalización del Estado a la Procuraduría General de la Nación, la Procuraduría especial para los Derechos Humanos y la Contraloría General de la República; los cuales ejercerían sus funciones en forma autónoma desde el punto de vista administrativo y presupuestal, sin perjuicio de la conveniente participación ciudadana en el desarrollo de sus tareas fiscalizadoras.

En cuanto a la elección del Contralor General se propone su elección popular para periodos de cuatro años.

Finalmente, se defiere a las asambleas departamentales y concejos municipales la expedición de un régimen propio de control fiscal en conformidad con la ley orgánica.

N° 114 JAIME FAJARDO LANDAETA Y DARIO MEJIA AGUDELO: Los delegatarios del E.P.L., proponen atribuir el "control de presupuesto de gastos e inversiones y demás actividades del Estado relacionadas con los planes de desarrollo económico y social", así como la vigilancia de la gestión fiscal a una Corte de Cuents integrada por cinco magistrados elegidos por el órgano legislativo de listas enviadas por el Procurador General de la Nación, teniendo en cuenta la participación de las minorías políticas.

N° 115 LUIS GUILLERMNIETO ROA: Según el proyecto del delegatario Nieto la

Digitalizado por la Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República, Colombia.

vigilancia directa de la gestión fiscal sería hecha por empresas privadas, las cuales serían objeto de inspección y vigilancia por parte de la Contraloría General de la República.

Dicha vigilancia habría de realizarse exclusivamente en forma técnica y posterior.

Por otra parte, el doctor Nieto Roa coincide en la idea de que el Contralor General siga siendo elegido por la Cámara de Representantes para periodos de cuatro años pero limitándose a las ternas que para el efecto enviaría la Corte Suprema de Justicia. Se establecería una nueva inhabilidad que dice relación con el hecho de no haber sido condenado a pena de prisión por delitos comunes.

Las atribuciones que prevé el artículo 60 de la Constitución son adicionadas a fin de permitirle "vigilar el procedimiento de contratación de los entes públicos con las empresas privadas que ejercerán el control fiscal" y de establecer responsabilidades fiscales e iniciar acciones penales.

En relación con el régimen fiscal de las entidades territoriales se establee que sus respectivos controladores sean elegidos por las asambleas o consejos según el caso de ternas enviadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

N° 124 HERNANDO HERRERA VERGARA: En su proyecto de reforma general, el delegatario Herrera propone que se establezcan como requisitos para ser elegido Contralor los de tener una filiación política distinta a la del Presidente y no ser representante o senador. Igualmente su periodo se ampliaría a cinco años y se prohibiría su reelección para el periodo inmediato.

N° 125 FERNANDO CARRILLO FLOREZ: Este proyecto conserva la figura de la Contraloría General de la República y de las Contralorías Departamentos y Municipales, previéndose que puedan crearse organismos de control que correspondan a la naturaleza de las nuevas divisiones territoriales que se establezcan.

Las modalidades de la vigilancia fiscal comprenderían un control financiero y de gestión y resultados orientado a determinar la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

El contralor general seguiría siendo elegido por la Cámara de Representantes pero para periodos de 6 años. En el mismo orden, se tiende a establecer un severo régimen de inhabilidades que no le permitirían ejercer cargos en la administración o aspirar a posiciones de elección popular sino 4 años después de haber cesado en sus funciones.

Respecto de sus atribuciones se propone que pueda evaluar la calidad y eficiencia de los controles internos aplicados en la administración y de instaurar las auditorías financieras y de gestión y resultados. La jurisdicción coactiva no correspondería a la Contraloría, pero ésta podría dar inicio a las acciones correspondientes. No tendría, tampoco, la función contable de llevar el registro de la deuda pública, la cual sería deferida por la Ley a un organismo distinto.

Para terminar habría un auditor elegido por la Cámara de Representantes para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría.

N° 126 ANTONIO GALAN SARMIENTO: Por este proyecto se crearía la "Rama Fiscalizadora del Estado" la cual controlaría "el cumplimiento de los propósitos de la Nación" en todas las áreas de la función pública. A la cabeza de la rama estaría el procurador general de la Nación elegido popularmente para periodos de 4 años, una de cuyas atribuciones más importantes dice relación con la protección del patrimonio nacional.

Para lo relativo al control fiscal habría un procurador delegado.

Igualmente en el orden departamental, distrital y municipal habría procuradores elegidos popularmente para periodos de 4 años. En el caso de los municipios se requeriría que tuviesen más de 500.000 habitantes, en caso contrario la fiscalización correspondería a los procuradores departamentales.

N° 128 IVAN MARULANDA GOMEZ: Según este proyecto habría un "poder público de participación ciudadana" conformado por la Corte Electoral, la Registraduría Nacional del Estado Civil, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación y el Consejo Nacional de Comunicaciones.

El contralor general sería escogido por el Consejo de Estado mediante concurso público para un período de 5 años y su elección sería sometida a la ratificación de la Cámara de Representantes.

Entre otras funciones tendría la de vigilar los dineros destinados a la financiación de las campañas electorales y, además, la de adelantar oficiosamente las investigaciones necesarias "para asegurar la moralidad de la gestión fiscal".

De otro lado se autoriza a las asambleas departamentales para que expidan una reglamentación, propia sobre el control fiscal.

B. PROYECTOS PRESENTADOS POR ENTIDADES NO GUBERNAMENTALES

N° 1 FEDERACION COLOMBIANA DE MUNICIPIOS: La Federación de Municipios hace énfasis en la necesidad de que haya leyes marco sobre la orientación programática del Estado, la participación ciudadana, el ordenamiento territorial, el ordenamiento presupuestal, las transferencias fiscales a las entidades territoriales y, especialmente, de una *ley de control de la gestión pública*.

Según este proyecto habría formas de control de la eficiencia y los resultados en el desarrollo de la gestión pública a cargo de funcionarios distintos a los contralores. Simultáneamente, la Ley Marco de Ordenación presupuestal prescribiría los periodos dentro de los cuales habría de ejercerse dicho control.

No sobra subrayar que la "Ley marco de participación ciudadana" a que se refiere el proyecto bien podría establecer instancias de participación popular en el control de la gestión pública.

N° 2 FUNDACION FUTURO COLOMBIANO: El proyecto de Futuro Colombiano conserva la figura del contralor general y deja su elección a la Cámara de Representantes, la cual haría la designación teniendo en cuenta una terna compuesta por personas de filiación política distinta a la del presidente y enviada por éste para tal efecto. Su periodo sería de 4 años y no habría posibilidades de reelección.

Las atribuciones del contralor son modificadas a fin de permitirle exigir informes a personas o entidades privadas que administren bienes nacionales. El proyecto considera inconveniente otorgarle la facultad de establecer responsabilidad fiscal y de ejercer la jurisdicción coactiva.

N° 3 CONFEDERACION COMUNAL NACIONAL: El proyecto se orienta a establecer un mayor grado de participación popular en el control fiscal. Una de tales formas de control sería hecha por personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro.

De otro lado, la Confederación Comunal es partidaria de que en lugar de las actuales contralorías se instituya una corte de cuentas nacional y los tribunales correspondientes en el orden departamental y municipal, cuyos miembros serían elegidos directamente por la comunidd en la forma que determinase la Ley.

En cuanto al sistema de control mismo se prevé la posibilidad de contratar con particulares las labores de auditoría financiera y se prescribe que dicho control se ejerza en forma selectiva y posterior.

N° 4 COLEGIO ALTOS ESTUDIOS QUIRAMA: El proyecto de la Fundación Quirama centraliza en la figura del procurador general de la Nación, que sería elegido popularmente para un periodo de 4 años sin posibilidades de reelección, todas las funciones de control de la gestión pública. Para estos efectos designaría libremente a un procurador delegado en lo fiscal.

El sistema de control sería exclusivamente técnico y posterior, previéndose la posibilidad de contratar su ejercicio con entidades privadas.

N° 10 ASOCIACION DE DIPUTADOS, CONSEJEROS INTENDENCIALES Y COMISARIALES DE COLOMBIA: Según este proyecto correspondería a las asambleas departamentales la reglamentación del régimen de control fiscal y de gestión, así como el nombramiento del contralor departamental para un período igual al del gobernador y sin posibilidades de reelección.

N° 12 UNIVERSIDAD CATOLICA DE COLOMBIA: Propone la creación de la "Rama Administrativa o Comunitaria del Poder Público", la cual representaría un escenario de participación ciudadana en el desarrollo de los cometidos estatales. Dicha rama podría designar a los funcionarios que tienen a su cargo las funciones de control en el orden nacional, departamental y municipal.

C. PROPUESTAS PRESENTADAS ANTE LA COMISION PREPARATORIA

Comisión 10. Control Fiscal: Atendiendo al informe final elaborado por la coordinación de la comisión preparatoria para las reformas al régimen del control fiscal, se presentaron 49 propuestas sobre este trascendental tema. Se registra en ellas grandes coincidencias en torno a la necesidad de prevenir todo condicionamiento clientelista que pueda perturbar el eficaz ejercicio de las labores de control, así como la de fortalecer las atribuciones de los or-

Digitalizado por la Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República, Colombia.

ganismos correspondientes. Igualmente tienden a establecer sistemas adicionales a la vigilancia de la legalidad de las operaciones fiscales, como lo sería la evaluación de la eficiencia y economía de las mismas.

Uno de los aspectos que logró suscitar mayor consenso entre los proponentes lo fue el relativo a la institucionalización de la participación ciudadana en el ejercicio del control.

Las diferencias entre las diversas propuestas dicen relación, particularmente, con cuestiones tales como la conservación de las contralorías o su sustitución por organismos colegiados, su forma de elección y el período que habría de corresponderles así como el régimen de inhabilidades a que estarían sometidos estos funcionarios.

D. PROPUESTAS PRESENTADAS ANTE LAS MESAS DE TRABAJO

Examinadas con especial interés las 121 propuestas allegadas a las mesas de trabajo que se organizaron en todo el país, se advierte una preocupación generalizada porque haya mecanismos de control adecuados y, por sobre todo, eficaces que aseguren la preservación y el correcto manejo de los recursos públicos a fin de que puedan cumplir la finalidad que les es esencial.

La aspiración porque se instauren formas de participación popular en el desarrollo de las tareas de control se hace evidente en casi todas las propuestas.

Como es apenas razonable, se observan en ellas diferencias accidentales sobre temas como los organismos de control, y su composición y funcionamiento en los niveles de la administración. Es de notar que una proporción significativa de ellas se orienta a conservar la institución de las contralorías.

III. PROYECTO DE ARTICULADO

A. PRINCIPIOS RECTORES

Sobre las consideraciones iniciales y la totalidad de los proyectos y propuestas presentados a consideración de la Asamblea, hemos preparado un articulado inspirado en ellos, tratando de conformar un consenso y buscando soluciones prácticas y viables al problema de los organismos de control.

El articulado tiene como fundamento los siguientes principios básicos:

1— Se elimina el control previo en el desarrollo de todas las funciones de los organismos de control.

2— Se permite la utilización de métodos modernos selectivos de control.

3— El contralor es elegido por el Congreso en pleno, de terna presentada por organismos ajenos a la actividad política, como es el caso de la Corte Constitucional, la nueva Corte de Casación y el Consejo de Estado, entidades supremas de la Administración de Justicia en Colombia.

4— El proyecto ha tenido como premisa fundamental la despolitización y la desclientelización de la Contraloría tan señalada por la opinión pública, propósito éste que está en concordancia con la función eminentemente técnica y profesional de la Contraloría.

5— Se ha preferido el control unipersonal y no el colegiado principalmente por las razones expresadas en los dos puntos anteriores que podrían implicar interferencias políticas y consecuente clientelización al integrar el organismo colegiado por cuociente de votación.

6— Se prohibe la reelección para dos períodos continuos y se le inhabilita al Contralor para ocupar cargos de elección o de administración en el gobierno durante un período de un año; después de dejar el cargo.

8— Se reafirma que su función es eminentemente técnica y profesional. Se establece período de los contralores simultáneo con los del presidente de la República o con los de gobernadores y alcaldes según el caso.

9— Se establece que el control interno deberá ser ejercido por los mismos organismos del Estado.

10— Se autoriza a las contralorías para contratar con empresas particulares colombianas el desarrollo de la labor fiscalizadora. Así mismo cada entidad pública podrá contratar con firmas particulares su control interno.

11— Se recalca que los organismos de control no podrán ejercer funciones o efectuar recomendaciones de carácter administrativo, que son propios de los mismos organismos sujetos a control.

12— Los organismos de control no son responsables de los actos realizados por los administradores del Estado y sólo en sus dictámenes posteriores a la realización de ellos podrán establecer juicios de responsabilidad cuando fuere el caso. Esta es una lógica consecuencia de la eliminación del control previo.

13— Se establece para los organismos de control las facultades de jurisdicción coactiva y así mismo se crea una jurisdicción penal especializada en el conocimiento de los delitos contra el patrimonio del Estado.

14— Se elimina la existencia de contralorías municipales en los municipios que no tengan un volumen de operaciones lo suficientemente importantes que amerite la existencia de ella.

15— Se deja a la ley orgánica de la Contraloría la determinación de las funciones, modo de ejercerlas y organización requerida.

B. ARTICULOS PROPUESTOS

CONTROL FISCAL

LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE COLOMBIA

DECRETA:

Artículo 1°.— El control fiscal es una función del órgano legislativo, que la ejercerá a través de la Contraloría General de la República, entidad que hará la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración y de los particulares o entidades de cualquier orden que manejan fondos o bienes de la Nación. Dicho control se ejercerá siempre en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la Ley. Esta podrá, sin embargo, 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, por la Contraloría General.

El control fiscal es una función del órgano legislativo, que la ejercerá a través de una Corte de Cuentas...

El control fiscal es una función del órgano legislativo que lo ejercerá a través de la Contraloría General de la República, entidad que hará la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades de cualquier orden que manejen fondos o bienes de la Nación. Dicho control se ejercerá siempre en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley.

Excepcionalmente, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.

Las Cámaras y Comisiones del Congreso adelantarán las investigaciones que estimen necesarias para proteger el patrimonio nacional y podrán citar, por decisión propia o a solicitud del Contralor, a los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación.

La Contraloría será organizada como una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal, pero no tendrán más funciones administrativas que las inherentes a su propia organización. La ley prescribirá el régimen de la vigilancia que debe hacerse sobre la gestión administrativa y fiscal de la Contraloría General.

El Contralor será elegido por el Congreso en pleno en el primer mes de sus sesiones para un período igual al del Presidente de la República, de terna integrada por candidatos presentados a razón de uno por la Corte Constitucional, la Corte de Casación y el consejo de Estado, y no podrá ser reelegido para el período inmediato ni continuar en ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo. Quien haya ejercido en propiedad este cargo no podrá desempeñar empleo público alguno ni aspirar a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones. Sólo el Congreso puede admitir las renuncias que presente el Contralor y proveer las vacantes definitivas del cargo; las faltas temporales serán provistas por el Consejo de Estado.

La Corte de Cuentas estará integrada por cinco miembros elegidos por el Congreso en pleno de listas que le presenten la Corte Constitucional, la Corte de Casación y el Consejo de Estado.

Para ser elegido Contralor General de la República se requiere ser colombiano de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanía; tener más de 35 años de edad; tener título universitario; y además, haber desempeñado en propiedad alguno de los cargos de Ministro del Despacho, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Consejero de Estado, Contralor General de la República; o haber sido profesor universitario durante un tiempo no menor de cinco años; y acreditar las calidades adicionales que exija la ley.

No podrá ser elegido Contralor General quien sea o haya sido miembro del Congreso u ocupado cargo público alguno, salvo la docencia, en el año inmediamente anterior a la elección. Tampoco podrá ser elegido quien haya sido condenado a pena de prisión por delitos comunes.

Para ser elegido Contralor se requier pertenecer a un partido o movimiento político distinto al del presidente de la República.

En ningún caso podrán intervenir en la

Digitalizado por la Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República, Colombia.

postulación o elección del Contralor personas que se hallen dentro del cuarto grado de consaguinidad, segundo de afinidad y primero civil o legal respecto de los candidatos.

Artículo 2°.— El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:

1ª.— Prescribir los métodos de contabilidad de la Administración y la manera de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes nacionales;

2ª.— Revisar y fenecer las cuentas de los responsables del erario;

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

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

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

6ª.— Consolidar la contabilidad de la administración nacional y sus entidades descentralizadas;

7ª.— Presentar al Congreso de la República un informe anual sobre el estado de los recursos naturales y el medio ambiente;

8ª.— Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. La Contraloría, bajo su responsabilidad, podrá exigir verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culmina las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios.

9ª.— Presentar proyectos de ley relativos al régimen del control fiscal y a la organización y funcionamiento de la Contraloría General;

10ª.— Proveer, mediante concurso público los empleos de su dependencia que haya creado la ley. Esta determinará un régimen especial de carrera administrativa para la selección, promoción y retiro de los funcionarios de la Contraloría.

Se prohibe a quienes formen parte de las corporaciones que intervienen en la postulación y elección del Contralor hacer recomendaciones personales o políticas de empleo a su despacho.

11ª.— Presentar informes al Congreso sobre el cumplimiento de sus funciones, de acuerdo con la ley;

12ª.— Dictar normas generales para armonizar los sistemas contables y de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial;

13ª.— Las demás que señale la ley.

Artículo 3°.— En todas 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.

En todas 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.

Artículo 4°.— La ley establecerá formas y sistemas especiales de participación ciudadana en la vigilancia del desarrollo y los resultados de la gestión pública para los diversos niveles de la Administración.

Artículo 5°.— La ley establecerá una jurisdicción penal especializada en el conocimiento de los delitos cometidos contra el patrimonio del Estado, para los cuales no opera la prescripción. Los resultados de las investigaciones adelantadas por la Contraloría tendrán valor probatorio ante esta jurisdicción.

Artículo 6°.— La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos y municipios corresponde a las contralorías departamentales y se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a la ley.

Es función de las Asambleas Departamentales organizar las Contralorías respectivas, como entidades de carácter técnico, con autonomía administrativa y presupuestal, y elegir contralor, para un período igual al de los gobernadores, de ternas, integradas por dos candidatos que presenten los Tribunales Superiores de Distrito Judicial con sede en la respectiva capital y uno por el Tribunal Contencioso Administrativo. Los contralores departamentales no podrán ser elegidos para el período inmediato ni continuar en ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo.

La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos y municipios corresponde a los Tribunales Departamentales de Cuentas...

La ley establecerá, sin embargo, las condiciones dentro de las cuales los municipios podrán crear sus propias contralorías. Los contralores municipales serán elegidos, en todo caso, por los Concejos, de ternas integradas por dos nombres presentados por el Tribunal Superior respectivo y uno por el Tribunal Contencioso Administrativo. Los contralores departamentales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General en el artículo... y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal.

... Los contralores departamentales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al contralor General en el artículo...

Para ser elegido contralor departamental o municipal se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de 25 años, y acreditar título universitario, así como las demás calidades que se establezcan. No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de la Asamblea o Concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público alguno, salvo la docencia del orden departamental o municipal salvo la docencia, en el año inmediatamente anterior a la elección.

Para ser elegido contralor departamental o municipal se requiere pertenecer a un partido o movimiento político distinto al del gobernador o alcalde respectivo.

En ningún caso podrán intervenir en la postulación o elección de los contralores departamentales y municipales personas que se hallen dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil o legal respecto de los candidatos.

Quien haya ocupado en propiedad el cargo de contralor departamental, municipal o distrital no podrá desempeñar empleo oficial alguno ni aspirar a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones.

Artículo... Las normas sobre el régimen de vigilancia fiscal establecidas para los municipios se aplicarán, salvo disposición especial, a la ciudad de Bogotá. El Contralor del Distrito Especial será elegido por el Concejo, para un período igual al del Alcalde Mayor, de terna integrada por dos candidatos del Tribunal Superior y uno del Tribunal Contencioso Administrativo.

IV. PROPOSICION

De conformidad con los planteamientos expuestos en la presente ponencia y con el análisis hecho de los distintos proyectos y propuestas sometidas a consideración de la H. Asamblea Nacional Constituyente, sobre los cuales de dio al interior de la Comisión Quinta un amplio y juicioso debate por parte de todos sus miembros, nos permitimos solicitar a la H. Asamblea se sirva proceder a examinar en primer debate el articulado propuesto.

* Las propuestas que aparecen insertas en cuadros corresponden a las presentadas por delegatarios que estuvieron en minoría dentro de la Comisión. *En efecto, de un lado, los doctores Mariano Ospina Hernández, Carlos Rodado Noriega, Germán Rojas, Angelino Garzón, Oscar Hoyos y Jesús Pérez son partidarios de sustituir la Contraloría actual por una Corte de Cuentas; y de otro, los delegatarios de la AD-M-19 en su totalidad, se oponen a la posibilidad de privatizar el control fiscal en algunos casos.*

Digitalizado por la Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República, Colombia.

Informe-Ponencia para Primer Debate en Plenaria

Mecanismos de Protección de los Derechos Fundamentales y del Orden Jurídico

Constituyentes: JAIME ARIAS LOPEZ
JUAN C. ESGUERRA PORTOCARRERO

Existe un claro consenso en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente en torno a la idea de que poco se avanzaría con la mera enunciación de una serie muy prolija de derechos fundamentales en la Constitución, si al mismo tiempo no se los dota de unos eficaces mecanismos de protección y promoción. Porque más allá de la sola declaración de los derechos, importa el establecimiento de una serie de instrumentos que realmente le permitan a cualquier persona obtener el goce efectivo de los mismos.

Colombia es un Estado de Derecho y a lo largo de su historia institucional ha ido desarrollando un sistema de defensa del orden jurídico que no vacilamos en ubicar entre los más avanzados del mundo. Esta la razón por la cual el articulado que se presenta a la consideración de la Asamblea es básicamente el resultado de un esfuerzo por integrar en un cuerpo normativo coherente las distintas instituciones de protección de los derechos de las personas y de la legalidad que hoy se encuentran dispersas en nuestro ordenamiento jurídico, complementándolas y mejorándolas, con base en los importantes y recientes desarrollos doctrinales y jurisprudenciales que han venido teniendo lugar en nuestro país y en el extranjero.

Como respuesta a las nuevas realidades sociales y en particular a la necesidad de dotar de una garantía inmediata a los derechos fundamentales, se ha propuesto la creación de nuevas figuras, tales como el derecho de tutela, las acciones populares y la acción de cumplimiento que, en cierta forma se asemejan a la figura anglosajona de la *injunction* concebida a partir de los viejos interdictos del derecho romano, en virtud de la cual los jueces, para la protección de los derechos de los particulares, pueden expedir órdenes que son de inmediato cumplimiento para las autoridades administrativas.

En la elaboración del articulado se tomaron en consideración la totalidad de las propuestas presentadas a la Asamblea sobre cada uno de los temas y se buscó obtener una síntesis que recoja lo mejor de cada una de ellas. El debate en la Comisión fue fructífero y los diferentes temas se vieron enriquecidos con los aportes de los delegatarios que en muchos casos habían presentado fórmulas originales sobre la materia. Es importante destacar que en torno a esos temas existió un amplio consenso en el seno de la Comisión Primera, y salvo en lo referente a ciertos aspectos puramente formales de la responsabilidad patrimonial del Estado y del derecho de tutela —relacionados con la extensión del articulado propuesto y acordado—, no se presentaron propuestas sustitutivas.

A continuación se enuncian los diferentes temas que harían parte del capítulo de garantías y mecanismos de protección de los derechos fundamentales, a menos que, en razón de su conexidad con otras materias, se decida que algunos de ellos deban ubicarse en otras secciones de la Constitución.

LA BUENA FE

Algunos miembros de la Comisión estimaron que debían fundirse en uno solo los artículos sobre buena fe y prohibición de exigir requisitos adicionales a los establecidos en las leyes. De esta manera se aprobó inicialmente. Posteriormente se vio que las normas así refundidas perdían su identidad y, en cierta forma, también la plenitud de su sentido y por ello se estimó necesario someter el punto a la reconsideración de la propia Comisión y se acordó mantenerlas por separado, tal como lo había propuesto la subcomisión tercera, para individualizar las instituciones que cada una de ellas consagra, y principalmente, para dar mayor entidad al principio de la buena fe, que debe iluminar la totalidad del ordenamiento jurídico.

La consagración constitucional de la Buena fe busca ante todo recuperar la vigencia real de este principio que entre nosotros ha venido siendo sustituido en la práctica por el contrario. Particularmente se pretende extender el principio, hoy consagrado expresamente en algunas normas de derecho civil, al ámbito del derecho público, en especial al de las relaciones entre los particulares y las autoridades, con el propósito fundamental de relievar el criterio de servicio público que debe presidir las actuaciones de la administración, por encima de las condiciones meramente formalistas y muchas veces entrabadoras.

Como se anota en una de las ponencias analizadas por la subcomisión tercera, "el de la buena fe es uno de aquellos grandes principios cuya consagración constitucional tiene como finalidad, primero, la de convertirlo en criterio rector de todo el ordenamiento jurídico, pero más específicamente, otorgarle carácter normativo. La importancia de la norma es su carácter de fuente directa de derechos y obligaciones. No se trata ya meramente de un principio de integración e interpretación del derecho aplicable, sino de un verdadero mandamiento jurídico del cual se derivan una serie de consecuencias prácticas.

"La norma propuesta conseguiría que a la tradicional aplicación del principio de la buena fe como supuesto y característica de la vida de relación se agregue una que lo convierta en eficaz instrumento para lograr que la administración obre con el criterio rector de la efectividad del servicio público por encima de las conductas meramente formales que han desnaturalizado su esencia".

NO EXIGIBILIDAD DE REQUISITOS ADICIONALES

La norma que se somete a la consideración de la Asamblea está orientada, por una parte, a garantizar a los particulares unos derechos cuyo ejercicio podría en la práctica hacerse imposible por la burocracia estatal con una serie de trámites y requisitos y por otra, a combatir la corrupción administrativa al prohibir que el funcionario, amparado en su situación de poder, exija del particular prestaciones especiales para la realización de los deberes que elude o cuyo cumplimiento dificulta arbitrariamente.

LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL

Colombia tiene uno de los más avanzados sistemas del mundo en materia de control constitucional, y el mismo se ha demostrado a lo largo de los años como el más efectivo mecanismo para la defensa de los derechos constitucionales.

Pese a que, como mecanismo de protección de los derechos que es, este tema es de su competencia, estimó la Comisión Primera que dado que el mismo ha sido estudiado y debatido en la Comisión Cuarta, no era necesario abundar en detalles sobre el particular, pero sí consideró conveniente mantener el actual artículo 214 de la Constitución. La Comisión acordó, conforme al informe de la subcomisión tercera, que "es indispensable conservar los mecanismos de la acción y el control automático tal como están hoy concebidos, sin someterlos a limitaciones de ninguna clase, excepto, tal vez, por la

Digitalizado por la Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República, Colombia.

relativa a la eventual restricción del término para la impugnación de las normas por fallas de procedimiento en su formación". Igualmente, es claro que respetando este criterio esencial, la Comisión está dispuesta a analizar las innovaciones que en la Comisión Cuarta tienden a perfeccionar la institución del control de constitucionalidad.

APLICACION PREFERENCIAL DE LAS NORMAS JURIDICAS DE SUPERIOR JERARQUIA

El artículo propuesto recoge y amplía la llamada excepción de inconstitucionalidad o aplicación preferencial de la Constitución, como una importante modalidad de control difuso que debe mantenerse y perfeccionarse.

La fórmula propuesta es más amplia que la vigente, puesto que como criterio general dispone que en todo caso de contradicción de normas se debe aplicar de preferencia la de superior jerarquía. Se recoge así el precepto contenido en el artículo 12 de la ley 153 de 1887 al hacer extensiva la figura a las normas de carácter reglamentario. Al usar el término autoridades públicas se resuelve un viejo problema de interpretación: este principio rige no sólo para los jueces sino para todo funcionario con autoridad y jurisdicción.

En algunos proyectos, en particular en el del gobierno, la figura se plantea de manera más restringida bajo el nombre de "cuestión de inconstitucionalidad". En este caso, cuando un juez advierta que una norma de cuya aplicación depende el fallo parece contraria a la Constitución, debe enviar el asunto, sin suspender el proceso, ante la Corte Suprema de Justicia o la Corte Constitucional, según sea el caso, para que se pronuncie sobre el particular. Esta fórmula es más estrecha que la que propone la comisión, puesto que restringe el asunto a la oposición de una norma con la Constitución, oposición que, adicionalmente, sólo podría plantearse dentro de un proceso judicial. Por otro lado, se alteraría sustancialmente la estructura de control vigente, dado que quedaría eliminada la competencia del juez de instancia para pronunciarse sobre la cuestión de inconstitucionalidad, asunto cuya decisión sería en lo sucesivo competencia exclusiva del Tribunal Constitucional. Las dos posturas podrían conciliarse, si, de aprobarse la Corte Constitucional, se dispone que cuando quiera que un juez haya dejado de aplicar una norma por estimarla violatoria de la Constitución, deba remitir la sentencia definitiva a la Corte o Tribunal Constitucional para su eventual revisión. Con esto se logra el propósito de unificar la jurisprudencia, pero se mantiene la autonomía del juez para aplicar directamente la Constitución.

OTRAS ACCIONES JUDICIALES, RECURSOS ADMINISTRATIVOS Y MECANISMOS ADICIONALES

La norma que se propone contiene un mandamiento genérico para que el legislador establezca, aparte de los constitucionales, otros mecanismos de protección de los derechos. Actualmente, nuestro código contencioso administrativo contempla una serie de recursos y acciones de este tenor, los cuales podrían ser ampliados en el futuro a medida que nuevas circunstancias sociales exijan nuevos mecanismos jurídicos. Con este criterio se enuncian en la norma los derechos individuales, de grupo, o colectivos, para que como respuesta a realidades que están tomando fuerza, tales como la economía solidaria o los derechos colectivos, se diseñen nuevas herramientas procesales, de manera tal que no exista derecho cuya tutela no pueda solicitarse por la vía judicial.

Cabe anotar que en la propuesta de la Subcomisión Tercera se incluía un inciso específico sobre las acciones populares para la defensa de los intereses colectivos vinculados al patrimonio público, a la seguridad y la salubridad públicas, al espacio público, al medio ambiente, a la moralidad de las autoridades públicas y al patrimonio histórico y cultural de la Nación. Sin embargo, la Comisión estimó que puesto que ya la Comisión Quinta había presentado a consideración de la plenaria un articulado sobre derechos colectivos que contiene de manera más amplia las llamadas acciones populares, no era del caso repetir aquí el precepto.

Cabe, con todo, hacer algunas precisiones sobre el articulado de la Comisión Quinta, que sería prudente tener en cuenta al momento de decidir sobre las llamadas acciones populares o cívicas. Este tipo de acciones está orientado a la defensa de un interés colectivo difuso, que no se concreta en cabeza de nadie en particular y que por lo tanto no tiene entre la ciudadanía, de conformidad con el derecho ordinario, voceros legitimados para su defensa. La ley, entonces, faculta a todos para que, careciendo de interés patrimonial propio, ejerzan una acción en beneficio de la comunidad. Esta —la inexistencia de un derecho patrimonial privado— la razón por la cual en algunos casos se prevé una recompensa para el particular que interpone la acción.

Así concebidas, estas acciones deben diferenciarse de las llamadas acciones de clase o de representación, propias del derecho anglosajón. Estas últimas están orientadas a la reclamación conjunta de una serie de derechos individuales que surgen como consecuencia de un daño o perjuicio colectivo imputable a una persona natural o jurídica. Quien interpone la acción lo hace en nombre y representación de una clase determinada, la de todos aquellos que se encuentran en sus mismas circunstancias de hecho, para obtener una determinada prestación o reparación de carácter económico, que posteriormente habrá de liquidarse y distribuirse entre todos los integrantes de la clase. A diferencia de las acciones cívicas o populares, aquí no estamos frente a una actividad desinteresada en beneficio colectivo; por el contrario, quien ejerce la acción de clase tiene una pretensión privada que lo legitima en la causa, y son razones de economía y efectividad procesal de los derechos las que permiten acumular de manera indefinida las pretensiones.

Como se ve, se trata de dos instituciones distintas. Mientras que en el primer caso nos encontramos frente a una defensa del interés colectivo cuya consagración constitucional es conveniente para que se desarrollen las acciones que permitan a cualquier persona actuar en defensa de la comunidad, en el segundo estamos frente a un novedoso instituto procesal, interesante sí, pero que ha generado no pocas dificultades al momento de determinar la integración de la clase, la notificación de los integrantes de la misma, la liquidación de las indemnizaciones que se decreten, etc.

Desborda el ámbito de este informe ponencia un análisis pormenorizado de las peculiaridades propias de cada una de estas acciones, que pese a tener numerosos puntos de contacto, son sustancialmente distintas. Pueden en ciertos casos ser concurrentes, y un ejemplo ilustra la situación: Si existe en el mercado un producto defectuoso, que no cumple con los requisitos mínimos de calidad o que entrañe riesgo para los consumidores, cualquier persona, en ejercicio de una acción popular, podría solicitar que se prohíba su comercialización. Se trataría de proteger el interés colectivo y difuso de los consumidores. Pero, en estas mismas circunstancias de hecho, quienes han adquirido el producto han sido lesionados en sus derechos y podrían ejercer una acción de cumplimiento o indemnización de perjuicios, según sea el caso. Y es aquí en donde cabría la acción de clase o representación: cualquiera de los particulares afectados podría interponer una acción en representación de todos aquellos que hayan adquirido el producto defectuoso y obtener una reparación que habría de distribuirse entre todos.

Por las razones anotadas sugerimos que las acciones populares se consagren de manera imperativa, tal como lo ha propuesto la Comisión Quinta, pero que para las acciones de clase se deje simplemente abierta la posibilidad para que el legislador las desarrolle de manera progresiva.

LA SUSPENSION PROVISIONAL DE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Se propone ampliar la figura de la suspensión provisional para hacerla extensiva a todos los actos administrativos que sean susceptibles de impugnarse por la vía contencioso-administrativa, sin importar que se trate de actos definitivos, de trámite o de ejecución. Se propone que este artículo quede incluido en el capítulo de protección de los derechos particulares porque él debe buscar ante todo la defensa de los asociados evitando los graves e irreparables perjuicios que en determiados casos puede ocasionarles la aplicación de los actos administrativos ostensiblemente antijurídicos y la gravosa perduración de sus efectos, mientras se dilucida su conformidad con el orden legal.

Además, el texto proyectado contiene una precisión en relación con la disposición que actualmente consagra la Carta, consistente en señalar que lo que realmente es objeto de suspensión no es el acto mismo —que mantiene su vigencia y continúa amparado por el principio básico de la presunción de legalidad— sino los efectos de tal acto, los cuales dejan de producirse temporalmente, mientras se adelanta el debate procesal y se dicta la sentencia definitiva.

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS AUTORIDADES PUBLICAS Y DEL ESTADO

Sobre este particular, el informe de la subcomisión proponía la consagración de

Digitalizado por la Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República, Colombia.

un régimen integrado de responsabilidad que envuelva tanto la penal y disciplinaria como la patrimonial. Sin embargo, puesto que ya en el capítulo de los principios quedó establecido un régimen general de responsabilidad, se decidió tratar aquí únicamente lo relativo a la responsabilidad patrimonial, con la anotación de que en el artículo de principios aprobado sería más propio hablar de "autoridades" en lugar de "funcionarios", por ser la primera expresión más amplia, al cobijar a los particulares que en determinadas circunstancias cumplen funciones públicas.

El régimen que se propone en materia de responsabilidad patrimonial del Estado no se limita a su mera consagración expresa a nivel constitucional, sino que además, incorpora los más modernos criterios sobre la materia, consistentes en radicar el fundamento de esa responsabilidad en el daño anti-jurídico y en su imputabilidad al órgano estatal. De esta manera se resuelve el problema que hoy plantea la evidente insuficiencia del criterio de la llamada "falla en el servicio público", dentro del cual no caben todas las actuales formas y casos de responsabilidad patrimonial, tales como el de la "responsabilidad por daño especial".

En otras palabras, se desplaza el fundamento de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido por ella. Esta antijuridicidad habrá de predicarse cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social.

Por lo que hace a la imputabilidd, se trata de resaltar la circunstancia de que para que proceda la responsabilidad en cuestión, no basta con la mera relación de causalidad entre el daño y la acción de una autoridad pública, sino que es necesario, además, que pueda atribuirse al órgano o al Estado el deber jurídico de indemnizarlo. La determinación de las condiciones necesarias para el efecto quedará, naturalmente, en manos de la Ley y la jurisprudencia, pero no sobra anotar aquí que se excluye la imputabilidad en los casos de fuerza mayor, hecho de un tercero, culpa concurrente de la víctima, o cuando el perjuicio no se produce como consecuencia o con ocasión de una actividad de servicio público.

Finalmente, como especial garantía para las víctimas, se dispone que la demanda podrá dirigirse indistintamente contra el Estado o contra el funcionario involucrado; como criterio moralizador y de protección del patrimonio público, en los casos de dolo y culpa grave, se impone para el Estado el deber de repetir contra el funcionario los perjuicios que haya sido condendo a pagar. Este criterio de responsabilidad subjetiva, introducido por la comisión para limitar los alcances de una disposición que, de tener carácter absoluto, haría excesivamente riesgoso para cualquiera el desempeño de una función pública, sería también una limitación a la posibilidad de demandar indistintamente al Estado o al funcionario. En este caso concreto, la expresión funcionario busca individualizar a la persona natural implicada en razón de la tarea de servicio público que desempeña, sin pretender restringir la responsabilidad a aquellas personas vinculadas a la administración mediante un acto-condición.

APLICACION DE SANCIONES

El régimen de responsabilidad de las autoridades públicas contienen una serie de principios que gobiernan la actividad de los entes del Estado, pero, paralelamente, el mismo se constituyen en un eficaz mecanismo de protección de los derechos. Las sanciones tienen un importante carácter preventivo y de reparación. Por esta razón se ha dispuesto que cualquier persona podrá solicitar la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la responsabilidad de las autoridades públicas. Esto permite que toda persona se convierta en un agente fiscalizador de la moralidad administrativa, sin que se le puedan oponer obstáculos derivados de una supuesta falta de legitimación.

ACCION DE EJECUCION Y CUMPLIMIENTO

Pese a que en el seno de la Comisión I se expresaron algunos reparos a una acción de cumplimiento tan amplia como la propuesta por la subcomisión, se acogió finalmente el criterio de que, como esencial mecanismo de protección de los derechos, el particular debe tener la posibilidad de exigir de las autoridades el cumplimiento del deber omitido. El artículo propuesto consagra de manera amplia esta facultad en cabeza de toda persona y otorga a la jurisdicción contencioso-administrativa la potestad de ordenar a la autoridad respectiva la ejecución o el cumplimiento de las normas y disposiciones que rigen su acción.

Es claro que el desacato de esta orden judicial estaría sujeto al régimen general de responsabilidad de las autoridades públicas.

INFRACCION MANIFIESTA Y OBEDIENCIA DEBIDA

Una garantía fundamental de los asociados frente a las autoridades públicas reside en el hecho de que no puede alegarse el mandato superior para justificar la violación de los derechos. Excepción a este principio general es la obediencia debida de los militars en servicio activo, caso en el cual la responsbilidad se radica en cabeza del superior que da la orden. En esta materia la Comisión decidió mantener intacta la norma de la Constitución vigente.

LA ACCION DE TUTELA

En la Comisión I se aceptó en su contenido esencial el artículo que sobre este particular propuso la subcomisión, pero se planteó que era muy extenso y reglamentario, lo cual se explica por tratarse de una garantía de jerarquía constitucional para la defensa de los derechos fundamentales, y por la novedd de la institución. Se pretende definir en la propia Constitución los elementos esenciales de la figura, para evitar que, como ha ocurrido en otras latitudes, en el momento de desarrollarla legislativamente, se la desnaturalice, se limiten sus alcances hasta convertirla en algo inoperante, o, finalmente, se de origen a sistemas e instrumentos judiciales paralelos fuente de interminables conflictos de competencia.

Con el nombre de derecho o recursos de amparo, numerosos proyectos contemplan la creación de un nuevo mecanismo para la protección de los derechos constitucionales. Sin embargo, en derehco comparado, el nombre de amparo es genérico y se aplica a todos los mecanismos de protección de los derechos constitucionales. Así, la expresión cobija el recurso de habeas corpus, la excepción de insconstitucionalidad, las acciones administrativas de nulidad y reparación, el recurso extraordinario de casación, etcétera. Para evitar equívocos y erróneas referencias interpretativas a otras legislaciones, hemos preferido hablar de acción o derecho de tutela para conformar una figura específica para el caso colombiano, que complemente y perfeccione nuestro modelo de control de constitucionalidad, legalidad y defensa de los derechos.

Así concebida, la tutela se presenta como un instrumento de naturaleza subsidiaria y residual. Sólo procede en ausencia de otros mecanismos adecuados de defensa, con la finalidad de otorgar protección inmediata a los derechos constitucionales fundamentales, cuando sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad pública.

En la comisión se estimó conveniente incluir la expresión "o por quien actúe en su nombre", que contiene un criterio más amplio que el de la representación, para permitir cierto tipo de agencia oficiosa para la protección de ciertas personas que pueden encontrarse en condiciones especiales de indefensión.

Se consideró necesario consignar en la norma constitucional los poderes de los que queda revestido el juez, puesto que se trata de una figura novedosa dentro de nuestra práctica jurídica.

Igualmente se pensó que la decisión del juez, aunque de cumplimiento inmediato debe ser susceptible de algún recurso, y con la finalidad de unificar la jurisprudencia constitucional se dispone que en todo caso el fallo debe remitirse a (la Corte Constitucional o la Corte Suprema de Justicia, según sea el caso), la cual tendrá la facultad de revisarlo.

Debe recalcarse el carácter transitorio de la decisión del juez y el hecho de que en la misma no se define el fondo del asunto. Estamos frente a un mecanismo excepcional y sumario para una protección inmediata de los derechos, dejando a salvo la posibilidad que tienen las partes para recurrir a las vías ordinarias cuando ello sea necesario para la definición del derecho controvertido.

Finalmente, la acción de tutela también puede ejercerse frente a particulares en ciertas y determinadas circunstancias, extensión que se justifica o por la naturaleza de la función que desempeñan, o por la entidad de los asuntos involucrados, o por la situación de indefensión en que pueda encontrarse el afectado.

El artículo podría complementarse haciendo expresa su no aplicación en asuntos relacionados con la libertad personal, en cuanto que el recurso de *habeas corpus* se plantea como una institución autónoma.

Con el criterio de simplificar el artículo, en la Comisión se suprimieron ciertos aspectos. Unos, como la referencia a los derechos colectivos, porque serán protegidos de manera especial mediante la consa-

Digitalizado por la Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República, Colombia.

gración de las acciones populares. Otros, porque se considera que hacen parte de la naturaleza de la institución y no requieren por lo tanto enunciarse expresamente: tal el caso de la no procedencia de la acción frente a las situaciones consumadas o frente a las cuales se haya producido sentencia con fuerza de cosa juzgada.

En estos últimos casos es evidente que ya no cabe la protección inmediata de los derechos, bien sea porque lo procedente es intentar una acción ordinaria de reparación, o porque ya hay una decisión definitiva de autoridad competente sobre la materia objeto de la controversia, y la acción de tutela no tiene —como en ocasiones si ocurre con el llamado recurso de amparo—, el carácter de una instancia adicional para la controversia de unos derechos que ya han sido definidos judicialmente. Por esta razón, consideramos conveniente insistir en que este inciso se suprimió simplemente para simplificar el artículo, pero su precepto es parte consustancial de la figura que se propone y se mantiene implícitamente en la norma tal como se aprobó en la Comisión.

CARACTER NO TAXATIVO DE LA ENUNCIACION DE DERECHOS

Esta norma tiene por objeto recalcar el carácter protector del capítulo constitucional sobre derechos y garantías, de manera tal que en ningún caso pueda el mismo esgrimirse para desconocer un derecho que pese a no haberse enunciado expresamente, haga parte de la naturaleza de la persona humana. Se ha pretendido enunciar de la manera más amplia y comprensiva los derechos humanos, pero se quiere precaver la posibilidad de que en determinadas circunstancias de hecho se le quiera dar un sentido restrictivo a la carta de derechos. *Jaime Arias López, Juan Carlos Esguerra Portocarrero.*

MECANISMOS DE PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Artículos aprobados Comisión Primera

ARTICULO: LA BUENA FE

Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas.

ARTICULO: REGLAMENTOS

Cuando un derecho o una actividad se hayan reglamentado de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias ni requisitos adicionales para su ejercicio.

ARTICULO: DE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL

A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confiere ésta y las leyes, tendrá las siguientes:

1.- Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

2.- Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de todas las leyes y los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los artículos 76, ordinales 11, 12 y artículo 80 de la Constitución Nacional cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano.

En las acciones de inexequibilidad deberá intervenir siempre el Procurador General de la Nación. En los casos de los artículos 121 y 122, cualquier ciudadano puede intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad de los decretos a que ellos se refieren.

La Corte Suprema de Justicia cumplirá estas funciones en sala plena, previo estudio de la sala constitucional compuesta de magistrados especialistas en derecho público.

El Procurador General de la Nación y la sala constitucional dispondrán, cada uno de un término de treinta días para rendir concepto y ponencia, y la Corte Suprema de Justicia de sesenta días para decidir. El incumplimiento de los términos es causal de mala conducta que será sancionada conforme a la ley (artículo 71 del Acto Legislativo N° 1 de 1968).

ARTICULO: APLICACION PREFERENCIAL DE LAS NORMAS JURIDICAS DE SUPERIOR JERARQUIA

En todo caso de incompatibilidad de la Constitución con la ley, el decreto, la ordenanza, el acuerdo o cualquier otro acto administrativo, o de estos entre sí, las autoridades públicas aplicarán de preferencia las disposiciones de superior jerarquía.

ARTICULO: OTRAS ACCIONES JUDICIALES, RECURSOS ADMINISTRATIVOS Y MECANISMOS ADICIONALES

La ley establecerá las demás acciones judiciales, los recursos administrativos y los mecanismos adicionales que sean necesarios para garantizar que los particulares puedan propugnar por la integridad del orden jurídico y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, en frente de la acción o la omisión de las autoridades públicas.

ARTICULO: LA SUSPENSION PROVISIONAL DE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

La jurisdicción contencioso administrativa podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos, de trámite o de ejecución que sean susceptibles de impugnarse por vía judicial.

ARTICULO: RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. La demanda podrá dirigirse indistintamente, contra el Estado, el funcionario o uno y otro.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste.

ARTICULO: APLICACION DE SANCIONES

Cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la responsabilidad de las autoridades públicas.

ARTICULO: INFRACCION MANIFIESTA Y OBEDIENCIA DEBIDA

En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.

Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición respecto de ellos la responsabilidad recaerá en el superior que da la orden.

ARTICULO: ACCION DE CUMPLIMIENTO

Toda persona podrá acudir ante la jurisdicción respectiva para hacer efectiva la aplicación de un derecho o la aplicación y el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.

ARTICULO: DERECHO DE TUTELA

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar de los jueces en todo momento y lugar, por sí misma o por quien 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.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente, y en todo caso se remitirá por éste a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Esa acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial o administrativo, salvo que ella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, y su trámite será preferente y sumario. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su decisión.

También habrá acción de tutela, en las mismas condiciones, contra los particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o respecto de los cuales el solicitante se halle en situación de subordinación o indefensión.

ARTICULO: CARACTER NO TAXATIVO DE LA ENUNCIACION DE DERECHOS

La enunciación de los derechos y garantías contenidas en la Constitución y en los respectivos convenios internacionales vigentes no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana no figuren expresamente en ellos.

PROPOSICION

Dese primer debate en sesión plenaria al articulado propuesto sobre Mecanismos de Protección de los Derechos Fundamentales y del Orden Jurídico.

JAIME ARIAS LOPEZ, JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO. Bogotá, mayo 17 de 1991.

Digitalizado por la Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República, Colombia.

Proyecto de Acto Constituyente de Vigencia Inmediata

Control a los Auxilios Parlamentarios

Constituyentes:

LUIS GUILLERMO NIETO ROA
CARLOS LLERAS DE LA FUENTE
JUAN B. FERNANDEZ RENOWITZKY
JUAN GOMEZ MARTINEZ
LORENZO MUELAS HURTADO
JOSE MATIAS ORTIZ
ANGELINO GARZON
MARIA TERESA GARCES
ALFONSO PALACIO RUDAS
ALVARO ECHEVERRY URUBURU
ALFREDO VAZQUEZ CARRIZOSA
FRANCISCO ROJAS BIRRY
JAIME ORTIZ HURTADO
JAIME FAJARDO LANDAETA
ABEL RODRIGUEZ
EDUARDO VERANO

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO DE VIGENCIA INMEDIATA (TRANSITORIO)

Por el cual se dictan unas disposiciones constitucionales relacionadas con los llamados auxilios parlamentarios.

EXPOSICION DE MOTIVOS Y PONENCIA PARA PRIMER DEBATE

Señores constituyentes:

Es ya un hecho público y notorio que las partidas decretadas para el fomento de empresas útiles y benéficas de desarrollo regional, conocidas por el nombre genérico de "auxilios parlamentarios", autorizadas por los artículos 76, numeral 20; 78, aparte final del numeral 5; 79, inciso 3°, y 187, numeral 3, de nuestra Constitución Política, se han convertido en una de las más importantes razones de desprestigio del Congreso Nacional, por el mal uso que un número creciente de congresistas ha hecho de ellos, a tal punto que se ha vuelto común entre los colombianos creer que los auxilios así decretados son fuente de lucro personal o recurso financiero para campañas electorales.

Esta figura de los auxilios parlamentarios, establecida con buen juicio y mejor intención en la reforma constitucional de 1968, en sus orígenes cumplió el fin para el que fue instituida: Permitir a los miembros del Congreso encauzar unos recursos del Estado para obras de sus comunidades, en especial para aquellas que por lo atrasadas y pequeñas no merecían la atención de los planes de inversión del Estado. Con las partidas decretadas para fomento de desarrollo regional, sin duda se construyeron nomerosas obras de gran importancia para pequeñas comunidades veredales o municipales.

Inicialmente todos los auxilios se destinaban para ejecución directa por los municipios, juntas de acción comunal o agencias gubernamentales. A la vuelta de pocos años, sin embargo, alguien se inventó la figura de las fundaciones o corporaciones privadas como destinatarias de los recursos y se las ingenió para, a través de ellas, manejar autónomamente fondos públicos, prácticamente sin control fiscal; lo que permitió inclusive atender con ellos gastos o inversiones personales del congresista que decretaba el auxilio o el pago de activistas electorales y el directo soborno a jefes municipales o comunales.

Ensayado el sistema con éxito por unos pocos, rápidamente cundió al punto que de las partidas decretadas para la vigencia fiscal de 1991, según el presupuesto aprobado por el Congreso en el segundo semestre de 1990, algo más del **NOVENTA POR CIENTO (90%),** se destina a personas jurídicas privadas, con fines tan generales que equivalen a cualquier cosa y sólo el nueve y medio por ciento (9.5%) se lleva a ejecución directa por los municipios, agencias del gobierno y juntas de acción comunal.

Lo anterior, pese a que el artículo 76, numeral 20 de la Constitución, obliga a sujetar estrictamente tales recursos a los planes y programas de fomento regional. La desviación sucede porque, como dice el señor Contralor General, la norma que reglamenta dicho artículo, dictada por el mismo congreso, la ley 25 de 1977, "es lo suficientemente amplia y en la práctica autoriza cualquier tipo de gasto con ellos".

La evolución de las cuantías destinadas a auxilios parlamentarios ha tomado características alarmantes en el tiempo reciente. Mientras entre 1980 y 1990 crecieron en un promedio de 21.9% anual, hasta llegar a **DOCE MIL MILLONES** de pesos en el último de tales años, para 1991 la partida decretada por el Congreso y distribuida entre los diversos ministerios, supera los **VEINTISIETE MIL MILLONES**. Es decir, para el año en curso el total decretado dio el impresionante salto de doce mil a veintisiete mil millones, superando en más de seis veces el promedio anual de los últimos once años. **¿Sería el último estertor de un sistema que todos sabíamos condenado a su fin en la Asamblea Constituyente?**

Esta cuantía significa un promedio de 86 millones por parlamentario, de su libre disposición, sin control de ninguna especie, porque como lo confiesa el mismo Contralor General, "hasta el presente la tarea fiscalizadora ha sido, francamente, escasa, en parte debido al crecido control de los dineros públicos que manejan las sociedades de utilidad común es escaso, el de los que llegan a las personas naturales es inexistente". (Informe Financiero del Contralor, Enero de 1991).

En otras palabras, estamos ante el hecho cierto de **veintisiete mil millones de recursos nacionales sin control alguno.**

Claro que el promedio antedicho, de 86 millones por congresista, en la práctica presenta enormes distancias entre unos y otros. En un examen preliminar de los auxilios decretados para 1991, se encuentra que algunos parlamentarios encauzan hacia sus fundaciones cerca de **cuatrocientos millones de pesos,** mientras otros solamente disponen de treinta o cuarenta millones. Esa diferencia obedece a múltiples razones, la mayoría de ellas muy poco santas.

Por desgracia, el mal ha hecho metástasis en todo el sistema colegiado del país. Lo que sucede con los auxilios decretados por los congresistas, se repite en las asambleas departamentales y en los concejos municipales. Según los más conservadores cálculos, las partidas de las que disponen libremente los diputados y concejales superan los **cuarenta mil millones de pesos.** Para la muestra un botón: en Bogotá D. E. son cerca de 2.400 millones y no hay asamblea, por pobre que sea su departamento, en la que esta cifra baje de 1.000 millones.

En total, por consiguiente, estamos ante la abrumadora cifra de setenta mil millones pesos del erario público que este año de gracia de 1991, podrían gastarse sin control y muchas veces, con fines torticeros, muy distintos a los del bien común. Es sin duda, una fuente de corrupción que debe extirparse.

La Comisión cuarta de esta Asamblea Constituyente aprobó ya la total eliminación de los auxilios parlamentarios. Esta prohibición será sin duda ratificada por el plenario. Pero obrará hacia adelante. Mientras tanto, si no hacemos algo, permitiremos que culmine una irregularidad sin nombre con la cifra más alta de la historia. No tendríamos justificación ni perdón si lo hiciéramos.

En un principio, uno de los proponentes de este Acto Constituyente, sugirió durante las sesiones de exposición general, que también para el año que corre la prohibición fuera absuelta. Sin embargo, examinado el listado de cerca de 17.000 millones de los auxilios decretados por el Congreso, se encuentra que una parte de ellos, aunque reducida, parece cumplir en cabal forma su objetivo. Ante ésto, la eliminación total podría frustrar las aspiraciones de algunas comunidades o entidades que sí cumplen

Digitalizado por la Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República, Colombia.

labor de servicio, sin un sistema alternativo que remplazara los recursos suprimidos.

Tal la razón para proponer que, por un acto constituyente de vigencia inmediata, se reglamente el pago de los auxilios contemplados en los presupuestos de 1991 para tratar de prever los desvíos y asegurar el buen uso de los recursos.

Bien sabemos que podría parecer extraño recurrir a una norma de rango constitucional para algo que debería tener solución simplemente legal. Sin embargo, no podemos confiar en que el desprendimiento de los congresistas los lleve a renunciar a los miles de millonés decretados, ni tampoco en que los gobiernos nacional, departamentales y municipales resistirán las presiones de los miembros de los cuerpos colegiados para su desembolso. Al fin y al cabo, tan abultadas partidas no serían posibles en los presupuestos sin el asentimiento cómplice del ejecutivo.

Tiene el Acto Constituyente que se presenta a la Asamblea un gran contenido reglamentario. Es inevitable. Se trata de que entre en vigencia inmediatamente, sin necesidad de normas adicionales que lo desarrollen o reglamenten. De lo contrario se haría nugatoria su aplicación.

Pretende este proyecto asegurar que los recursos se destinen a inversión física directa y asegurar su control fiscal, para que no se repitan los desvíos y no vuelva a pasar que, como lo confiesa el Contralor Nacional de la República, los miles de millones de los auxilios se vayan por caminos desconocidos sin auditoría de ninguna clase. Esto mientras inicia su vigencia la reforma definitiva de la Constitución que los erradicará totalmente.

No es posible saber de antemano el efecto real de esta norma inmediata y transitoria. Se sabe sí, que de los 27.000 millones asignados por el Congreso Nacional, solamente 700 millones fueron decretados para inversión a través de agencias del Estado y 400 millones más a través de juntas de acción comunal. Los destinarios de los restantes 26.000 millones son fundaciones o corporaciones, muchas de las cuales no tienen siquiera dirección o domicilio conocidos. ¿Cuántas de estas fundaciones invierten los dineros en beneficio de la comunidad y cuántos los llevan a satisfacer intereses personales o electorales de los congresistas o de sus caciques?

El Gobierno Nacional, por intermedio del Sr. Ministro de Gobierno, ha manifestado su complacencia ante una norma reglamentaria como ésta. Tiene algunas reservas en cuanto al procedimiento, pero comparte la sustancia. Ello asegura que tendrá pronto y cumplido efecto.

Señores Constituyentes, la lucha contra la corrupción política y la deshonestidad administrativa no puede esperar. Sonaría absurdo a los colombianos que, teniendo como tenemos la posibilidad de corregir esta evidente anomalía diéramos una tregua a quienes mal han procedido y dejáramos para el futuro lo que debemos hacer hoy, con ojos indiferentes ante las decenas de miles de millones de pesos que este año completarían su irregular camino si no intentamos evitarlo.

De acuerdo con el reglamento, esta misma exposición de motivos puede obrar como ponencia para primer debate.

De los Señores Constituyentes, *Luis Guillermo Nieto Roa, Alfonso Palacio Rudas, Carlos Lleras de la Fuente, Alvaro Echeverry Uruburu, Juan B. Fernández Renowitzky, Alfredo Vázquez Carrizosa, Juan Gómez Martínez, Francisco Rojas Birry, Lorenzo Muelas, Jaime Ortiz Hurtado, José Matías Ortiz, Jaime Fajardo Landaeta, Angelino Garzón, Abel Rodríguez, Eduardo Verano.*

ACTO CONSTITUYENTE DE VIGENCIA INMEDIATA

(TRANSITORIO)

Por el cual se dictan unas disposiciones constitucionales

LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

DECRETA

ARTICULO PRIMERO: El pago de los auxilios o aportes a empresas útiles y benéficas de desarrollo regional, de que tratan los artículos 76, numeral 20; 78, aparte final del numeral 5; 79, inciso 3°, y 187, numeral 3, de la Constitución Política correspondientes a las vigencias fiscales de 1991 y anteriores pendientes de desembolso, decretados por el Congreso Nacional, las asambleas departamentales y los concejos municipales y del Distrito Especial de Bogotá, a favor de personas o instituciones privadas, se sujetará a las siguientes normas:

1. Sólo podrán ser beneficiarios juntas de acción comunal y personas jurídicas sin ánimo de lucro que hubieren obtenido personería jurídica antes del 31 de diciembre de 1989.

2. Salvo lo dispuesto en el numeral siguiente, los recursos se destinarán exclusivamente para programas de inversión física directa en salud, educación, recreación pública, obras de infraestructura vial, acueductos y alcantarillados, programas de riego o desecación, electrificación y telecomunicaciones, mataderos, plazas de mercado y centros de acopio, granjas agropecuarias y viveros, vivienda campesina y barrios para familias de escasos recursos.

3. Recursos para funcionamiento sólo se autorizarán para clínicas y hospitales, puestos de salud, sala-cunas, hogares infantiles y entidades de protección de la infancia, la mujer y el anciano y rehabilitación de minusválidos, reformatorios, centros de prevención y curación del alcoholismo o la drogadicción, sanatorios y frenocomios.

4. Para obtener el pago de los auxilios o aportes decretados, el beneficiario deberá presentar solicitud antes del 30 de junio de 1991, junto con los siguientes documentos:

a) Resolución de personería jurídica y nombre de los representantes legales, miembros de juntas o consejos de dirección, tesoreros y revisores fiscales.

b) Memoria descriptiva de los planes y programas de inversión, planos y contratos de obra. Las entidades autorizadas en el numeral 2 de este artículo para destinar los recursos a gastos de funcionamiento, presentarán los programas de gasto debidamente justificados;

c) póliza de manejo del tesorero y paz y salvo de la Contraloría General de la República o de las contralorías departamentales y municipales correspondientes, en el que conste que, previa visita de auditoría, se ha verificado el buen uso de cualquier recurso que el destinatario hubiera recibido de dineros públicos en años anteriores. Si la respectiva contraloría declara que no se halla en posibilidad de expedirlo antes del 30 de junio de 1991, el paz y salvo podrá ser reemplazado por una certificación en igual sentido otorgada por una empresa privada especializada en auditorías, que no haya tenido, ni la empresa ni sus socios ni sus empleados, contratos de ninguna clase con el posible beneficiario del pago.

d) copia de su inscripción ante la recaudación o administración de impuestos nacionales de su domicilio social y copia de las declaraciones de ingresos y patrimonio presentadas durante los últimos cinco años, excepto las juntas de acción comunal.

ARTICULO SEGUNDO: Las partidas decretadas para auxilios educativos se girarán exclusivamente al Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, Icetex, el que las destinará a créditos para estudiantes de bajos recursos que cumplan los requisitos establecidos por este Instituto y cursen sus estudios en las regiones señaladas para su pago en las leyes, ordenanzas o acuerdos que dispusieron el correspondiente auxilio.

ARTICULO TERCERO: Las contralorías nacional, departamentales y municipales verificarán, en un lapso no superior a seis meses desde el pago, el buen uso de los recursos entregados, para lo cual podrán celebrar contratos con empresas privadas especializadas en auditoría o revisoría fiscal.

ARTICULO CUARTO: Incurrirán en causal de mala conducta, sin perjuicio de las acciones penales a las que hubiera lugar,, los funcionarios que autoricen desembolsos sin el lleno de las condiciones señaladas en este Acto Constituyente y los contralores cuyas dependencias no den cumplimiento al artículo anterior.

ARTICULO QUINTO: Los Gobiernos nacional, departamentales y municipales contracreditarán con destino a inversión directa, las partidas correspondientes a los auxilios decretados para fines distintos a los señalados en los artículos anteriores y aquellos cuyos beneficiarios no cumplan los requisitos del presente Acto Constituyente antes del 30 de junio de 1991.

ARTICULO SEXTO: El presente Acto Constituyente rige a partir de su promulgación.

PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Presentado por los Constituyentes: *Luis Guillermo Nieto Roa, Alfonso Palacio Rudas, Carlos Lleras de la Fuente, María Teresa Garcés, Alvaro Echeverri Uruburu, Juan B. Fernández Renowitzky, Alfredo Vázquez Carrizosa, Juan Gómez Martínez, Francisco Rojas Birry, Lorenzo Muelas Hurtado, Jaime Ortiz Hurtado, José Matías Ortiz, Jaime Fajardo Landaeta, Angelino Garzón, Abel Rodríguez y Eduardo Verano.*

Digitalizado por la Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República, Colombia.

Informe-Ponencia para Primer Debate en Plenaria

1º Prescripción
2º Confiscación
3º Notariado

Constituyentes:
ARMANDO HOLGUIN SARRIA
FERNANDO CARRILLO FLOREZ

A) PRESCRIPCION:

ARTICULO: No habrá lugar a la prescripción en los delitos de peculado, concusión, cohecho, celebración indebida de contratos, enriquecimiento ilícito, prevaricato y falso testimonio en sus modalidades dolosas.

Esta disposición comprende los delitos que no hayan prescrito y no hayan hecho tránsito a cosa juzgada al momento de su aprobación.

B) CONFISCACION:

ARTICULO. El artículo 34 de la Constitución actual, quedará así:

No se podrá imponer pena de confiscación salvo en los casos que haya habido beneficios patrimoniales por delitos, hasta el monto aprobado, y en favor de quien haya sufrido el menoscabo económico; si este último no pudiera precisarse, la confiscación se hará en favor del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia.

C) NOTARIADO:

El artículo 188 quedará así:

Compete a la Ley la creación y supresión de círculos de Notaría y Registro y la organización y reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores.

Los notarios y sus subalternos serán empleados públicos. Los ingresos que se perciban por el servicio notarial harán parte de los recursos municipales.

II. DE LA EXPOSICION DE MOTIVOS DEL PROYECTO.

1) PARTE GENERAL:

El Estado está obligado a ser defensor y protector de los derechos humanos, pero es obvio que simultáneamente tiene que existir una clara reciprocidad del hombre en el cumplimiento de los deberes.

Todos somos conscientes de que la impunidad incita al delito, al desaparecer el temor al castigo, y además induce a que los ciudadanos, al perder la credibilidad en la justicia, la apliquen por cuenta propia, y así se organizan muchas de las vindictas que acrecientan indefinidamente el odio y el delito.

Muchas son las causas de la impunidad y una de ellas, sin duda alguna, la constituyen los trámites dilatorios a que recurren habilidosamente muchos abogados gestores en busca de la prescripción y de la obstaculización de la justicia. Los delincuentes que se amparan en normas jurídicas vigentes para burlar la justicia, suelen salir avantes, triunfantes, y no en pocas ocasiones como "víctimas" de la injusticia colombiana.

2) SOBRE PRESCRIPCION

Escándalos recientes nos imponen, nuevamente, desarrollar fórmulas eficaces para devolverle a la actividad estatal la majestad que debe serle propia.

Los funcionarios públicos que incurren en las conductas punibles contra la administración pública anotadas y quienes prestan falsos testimonios, manejan habilidosamente la prescripción y obtienen de ella la bendición para sus actos.

3) SOBRE CONFISCACION:

Repugna a toda lógica que los capitales originados en delitos encuentren protección constitucional en una norma que no fue creada para tal fin.

Difíciles y presionados raciocinios han tenido que hacer los jueces para justificar en figuras como el comiso lo que debe poderse decidir directa, firme y establemente.

No sufre ninguna atenuación el derecho de propiedad. El artículo propuesto es claro en que sus fines están en la línea de desestimular el delito.

4) SOBRE NOTARIADO:

Siendo la función notarial un servicio público de vital importancia y con el fin de asegurar la necesaria estabilidad de la prestación del servicio que por su naturaleza debe ser conservada durante periodos largos de tiempo, el Estado ha de asumir la responsabilidad total de esta actividad.

Las dudas suscitadas sobre la calidad que de empleado público o no tienen los notarios, subsisten a pesar del fallo del Consejo de Estado que se resolvió por lo primero. Condición ésta difícil de entender en esa particularísima forma de prestar un servicio público que sirve para enriquecer a unos privilegiados ciudadanos. Sus empleados, a pesar de ser remunerados como particulares, deben recibir su seguridad social del Estado.

III. ANALISIS EFECTUADO POR LOS CONSTITUYENTES ARMANDO HOLGUIN SARRIA Y FERNANDO CARRILLO FLOREZ, PARA PRESENTAR PONENCIA EN LA COMISION IV.

Nos fue entregado para su estudio y elaboración de la correspondiente ponencia, el proyecto de reforma constitucional número 102, suscrito por el ilustre constituyente Ignacio Molina Giraldo, que se refiere, como dice su título, a los siguientes temas:

a) Prescripción
b) Confiscación
c) Notariado

Efectuado el análisis de cada propuesta, y algunos documentos recibidos relacionados con el temario, rendimos la siguiente

PONENCIA:

I. PRESCRIPCION: PERTENECE AL REGIMEN LEGAL

La facultad de sancionar que tiene el Estado, él mismo la limita al establecer, generalmente, en sus códigos penales causales de extinción del derecho de castigar y de la pena: la muerte del reo, la amnistía, el perdón judicial, la remisión, la ablación, etcétera.

Pero, entre todas hay una infaltable: la prescripción que se define como la "Cesación de la potestad punitiva del Estado al transcurrir el periodo de tiempo fijado por la ley". El Estado, olvida el delito por la fuerza del tiempo, y renuncia a la capacidad del perseguir, limitando su accionar o la función de castigar.

Los enemigos de la prescripción —que los hay— atribuyen a ciertas habilidades del reo, o de sus defensores, la ineficacia del Estado para someter un delincuente al procedimiento legal o para obligarlo a cumplir la sanción impuesta.

El Estado, que tiene la capacidad de castigar, se autolimita en su ejercicio natural del Estado de Derecho y tiene, en cuanto a la prescripción de la acción, según

Digitalizado por la Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República, Colombia.

el ilustre tratadista Luis Carlos Pérez, estos cuatro fundamentos básicos:

"a) En el transcurso del tiempo el reo ha dado pruebas de su enmienda y es injusto, por eso mismo, remover el proceso.

b) Las pruebas de la responsabilidad o de la inocencia se han hecho deficientes o acaso imposibles, y la investigación resulta inútil para el infractor y perjudicial para el Estado.

c) El condenado ha sufrido por las angustias y peligros de una larga ausencia, o por las alternativas del proceso, un equivalente de la pena pronunciada o que deba pronunciarse contra él.

d) Con el transcurso del tiempo se recuerda menos el delito, y la misma sociedad cambia de hábitos y de mentalidad, de manera que se siente inclinada al perdón. También es cierto que, algunos autores clásicos (SERVIN, OERSTED, HENKE, BENTHAN), sostienen que la prescripción repugna a la naturaleza misma de la pena y abre camino a la impunidad, pues, para ellos, a todo delito debe corresponder una sanción cierta. Los positivistas también estuvieron en desacuerdo porque consideraban que el transcurso del tiempo no es suficiente para asegurar la reinserción social. Los iluministas, en general, estuvieron acordes con el mismo concepto. Para el nacional-socialismo, vulneraba el carácter permanente de la culpabilidad y anulaba el reproche.

Las razones contrarias las resume así Luis E. Romero Soto:

a) Contradice el principio de que a cada delito debe corresponder una pena;
b) Significa un premio al más hábil;
c) Constituye una incitación al delito;
d) Debilita el poder intimidativo de la pena;
e) Contradice el carácter permanente de la culpabilidad;
f) Atenta contra la cosa juzgada."

En fin, Carrara, cuyo pensamiento acogemos, expresa:

"En materia penal el tiempo extingue la acción porque, además de hacer difícil la justificación del inocente, hace cesar el daño social merced al presunto olvido del delito, lo cual conduce a la cesación de la impresión moral que nació de él, sea respecto a los buenos, en quienes deja de existir el temor, sea respecto a los malvados, en quienes deja de tener influjo el mal ejemplo. Desaparecido el daño político, se torna inútil la reparación penal."

La preocupación del proponente está orientada en contra de la prescripción de los delitos de peculado, concusión, cohecho, celebración indebida de contratos, enriquecimiento ilícito, prevaricato y falso testimonio en sus modalidades dolosas (sic), delitos que, en Colombia, no han sido castigados debidamente y constituyen las "10 plagas" de nuestro Derecho Penal. Pero al lado de ellos hay otros más graves como traición a la Patria, homidicio, terrorismo, secuestro, extorsión, violencia carnal, que no podrían quedar favorecidos por el olvido o el perdón. Por lo menos habría que darles un tratamiento igual. Pero sería asunto de la Ley, en una norma, cuyo enunciado nos dejaría como una isla en el mundo de la juridicidad. No hemos podido encontrar en ninguna Constitución algo similar.

Estas son razones suficientes para negar la propuesta en consideración.

II. CONFISCACION NO A PENAS CONFISCATORIAS

El artículo 34 de la Constitución Nacional dice: "NO HABRA PENA DE CONFISCACION".

En igual sentido se ha pronunciado la comisión de la Asamblea que ha tratado a fondo el derecho de propiedad.

El proyecto *sub-exámine* propone reformar la Carta para establecer la confiscación como una pena por delitos en los que "haya habido beneficios patrimoniales..."

Lo propuesto, no es técnicamente una confiscación, por lo menos no es esa figura que define y anatematiza el eximio Cabanellas: "Adjudicación que se hace el Estado de la propiedad privada (...). Este 'robo' decretado por el Poder Público, con impunidad establecida por él mismo, es una de las penas o medidas que han suscitado mayor odiosidad siempre."

Sin embargo, la propuesta no puede descartarse de plano, en atención al ilustre constituyente que la ha presentado. Pero es necesario dejar en claro que desde 1886, desde el Congreso de Delegatarios, se ha considerado esta aplicación de los bienes al fisco como un castigo *ad-libitum*, que no se impone directamente al culpable, y por lo mismo se aparta del "principio civilizador" de que no puede castigarse al inocente.

Esta *"rotunda prohibición"*, como la llama Fernández Botero, aparece en 1830 (art. 148), se repite en 1832 (art. 192) y en 1843 (Art. 161) se omite en 1853 pero reaparece en 1858 (art. 56) y en 1863 (art. 15), Const. de 1886 (art. 34), codif. de 1936 (art. 31), codif. de 1945 (art. 34). Es decir, permanece en toda nuestra vida republicana, aplaudida por jueces y tratadistas.

En efecto, esta pena se ha tenido como anticientífica, porque más que al delincuente, afecta la herencia y con ello desvirtúa la naturaleza del derecho penal, que es la individualización de la pena.

José María Samper, Francisco de Paula Pérez, Alvaro Copete Lizarralde y Luis Carlos Sáchica, coinciden, en términos generales con lo expresado por Jorge Enrique Gutiérrez Anzola: "Por medio de la confiscación se adjudican los bienes de un reo al Tesoro Público. Con ella se busca apartar a los hombres del delito pero con el temor de dejar a su familia en la indigencia. Así se impondría un doble castigo para el delincuente extensivo a sus herederos, lo cual es inaceptable porque la sanción debe ser personal. Nuestra Carta rechaza semejante pena constituyendo una garantía más de respeto a la propiedad. El Código Penal Colombiano señala todo un sistema de penas, naturalmente, sin incluir la confiscación."

La medida propuesta no cabe en la Constitución ni en el derecho penal colombiano de ahora y será imposible en el futuro, pues nadie se comprometerá, contrariando la historia, en un proyecto involutivo.

Además, porque el resarcimiento de los perjuicios patrimoniales (públicos o privados) debe ser consagrado en las normas correspondientes, como una pena accesoria, pero que en ningún caso implique confiscación.

El sistema vigente del *comiso*, resuelve muy bien el aseguramiento y la pérdida de los bienes que sirvieron para realizar el hecho punible descrito en la norma como antecedente condicionante de una pena. Y la acción civil, dentro o fuera del proceso penal es suficiente para asegurar el resarcimiento de los perjuicios patrimoniales (inclusive los morales) causados con la infracción penal.

Por consiguiente debe mantenerse el artículo vigente, inclusive con una fórmula más tajante, como la propuesta por el expresidente Alfonso López Michelsen en el artículo 34 de sus "borradores para una reforma constitucional":

"No se podrá imponer la pena de confiscación bajo ningún pretexto o denominación".

III. NOTARIADO CONTINUIDAD CONSTITUCIONAL. NO A LA ESTATIZACION.

No se registran antecedentes sobre la existencia del notariado en la época precolombina, sin embargo el historiador TOMAS DIEGO BERNARD, citado por Manuel Cubides Romero *(Derecho Notarial Colombiano,* Universidad Externado de Colombia, 1978), habla de un funcionario denominado QUIPU-CAMAYOC, que era "copista, contador, cronista, intérprete, da testimonio, es fedatario y redacta, escribe la instrumentación (aun en la forma de cuentas anudadas, propia del INCARIO, como en el papiro o la tableta de arcilla o el diploma, con lenguaje de símbolos, signos o cifras en el Oriente), con el predeterminado fin de darle autenticidad, seguridad y perdurabilidad. Y es esa labor la que lo aproxima, como antecedente remoto, al notario o escribano de las épocas modernas y contemporáneas. En el orden estrictamente americano el QUIPU-CAMAYOC es el predecesor autóctono del escribano de la Colonia y del período independiente."

SAUL D. CESTAU, sostiene que "entre los mayas y los aztecas actuaron funcionarios que desempeñaron tareas notarias y contables, como relatores de migraciones y episodios históricos y contadores de tributos."

Es conocido don Diego Méndez como escribano secretario de Cristóbal Colón. A él atribuyen crónicas sobre la llegada de los primeros europeos a América.

Don Rodrigo de Escobedo, en el primer viaje de Colón, levantó el acta donde consta la toma de posesión de la isla de GUANAHANI en nombre de los Reyes Católicos.

En las expediciones de los diferentes conquistadores, incluso con el cartógrafo Américo Vespucio, se presume la presencia de escribanos encargados de efectuar los relatos y suscribir las actas donde se describe la toma de posesión de los territorios ocupados.

El notario era el escribano público o numerario que, por requerimiento de los interesados, actuaba en la celebración de actos y contratos privados y los registraba o protocolizaba.

Leyes de 1824, 1834, 1835, 1836, 1842, 1848 tocan (no en forma exclusiva) el tema del notariado: se refieren a tarifas, pen-

Digitalizado por la Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República, Colombia.

siones y número de escribanos, deberes y derechos, nombramientos, etcétera.

El artículo 1° del acto legislativo N° 1 de 1931, dio rango constitucional al servicio público del Notariado y Registro y quedó incorporado como artículo 186 de la Constitución vigente:

"Compete a la Ley la creación y supresión de círculos de Notaría y de Registro y la organización y reglamentación del servicio público, prestado por los notarios y registradores".

Del texto constitucional se destaca que la función notarial y de registro es "un servicio público", prestado por los "notarios y registradores".

Dar fe sería la columna vertebral de la actividad notarial. Esta fe se considera de origen privado aunque está reconocida y consagrada en la legislación, pues presenta "características de interés general, público y por ello está regulada en su ejercicio por la Ley y en ella se hayan señalados sus alcances, no implica necesariamente que se trate de una actividad pública en el sentido pertinente al Estado, sino pública en el sentido de estar vinculada al interés del pueblo, del conglomerado social, del público". (Cubides Romero, Manuel. Universidad Externado de Colombia, 1978)

El decreto-ley 960 de 1970, en desarrollo del artículo 188 de la Constitución Nacional organizó y reglamentó el servicio público de la Función Notarial, conservando la adecuada armonía y equilibrio entre dicha función, el derecho y la actuación de los particulares y el estado ante la misma.

Dio cuenta de: 1) La organización del notariado, 2) Responsabilidad de los notarios, 3) Vigilancia, 4) Derechos notariales.

Los notarios han ampliado sus funciones y conocen, en la actualidad, de asuntos que estaban en la jurisdicción voluntaria o no contenciosa: sucesiones, autorizaciones de donaciones; matrimonio civil, etcétera, con lo cual las relaciones jurídicas entre los particulares han ganado en celeridad y eficiencia y contribuido a descongestionar la administración pública.

Tampoco es el notario una rueda suelta ante el Estado y los particulares, su responsabilidad personal está definida (artículos 195 a 197, decreto-ley 960 de 1970). Además, es responsable penalmente por delitos que cometa en ejercicio de su función (falsedad material e ideológica, peculado, abuso de confianza, etcétera), lo mismo que en materia disciplinaria (negación a prestar el servicio, cobro superior al arancel permitido, etcétera) y también en materia administrativa.

Varias razones hablan a favor de la necesidad de mantener la actual estructura orgánica y jurídica de las notarías, entre ellas:

a. Económicas: alto costo de la infraestructura física para la prestación del servicio.

b. Laborales: costo de la carga salarial y prestacional que actualmente asumen los notarios.

c. Administrativas: la tendencia hacia la burocratización y el clientelismo, son menores que en el Estado.

d. Funcionales: independencia frente a los usuarios, pues no son funcionarios públicos sometidos a presiones o sostenidos por recomendaciones.

e. Solidarias: el subsidio que hacen el 40% de los notarios para sostener los gastos del servicio del 60% restante.

Extender la cobertura del sistema de notarías es un principio que ampliaría la prestación del servicio como parte del aumento de la eficacia de la función pública y privada. De 609 notarías existentes se podrá llegar a que en cada municipo hubiere una notaría, aunque ello implique el aumento del subsidio en los aportes que hacen las notarías de primera para beneficio de las localizadas en los municipios de economía más deprimida.

La tendencia descentralista o privacionista o nacionalista o de concentrar funciones en el Estado, no puede conducir a que actividades que se desenvuelven dentro de parámetros de eficacia y eficiencia se coloquen ante la posibilidad de su desorganización y ante el riesgo de ser sumidas en el caos administrativo, sencillamente porque se impone dar cumplimiento a esquemas teóricos que hoy son mundialmente cuestionados.

Referente al notariado anglosajón, acogemos lo manifestado por el Colegio de Notarios de Antioquia: "Implantar este tipo de notariado en nuestro medio implicaría derrumbar toda la legislación nacional (la civil, la procesal, la tributaria, la comercial, etcétera) basada en la presunción de veracidad del documento notarial y en el valor incontrovertible de la fe pública.

Una labor de tal magnitud sólo sería posible si el Congreso se ocupara exclusivamente de la reforma de los códigos durante los dos años que se da de plazo para empezar, en la práctica, tamaña innovación."

Cualquier servicio, sea público o privado, debe mirarse primero en su calidad y grado de organización, en el cumplimiento de sus objetivos y en las posibilidades de mejoramiento y optimización, antes de tomar decisiones que modifiquen su estructura, sistema organizativo y su manera de operar.

En lo pertinente al notariado colombiano debe tenerse en cuenta que su paso a manos directas del Estado significa algo antitécnico y confuso, desde el punto de vista jurídico.

La permanencia de la actual norma constitucional es lo aconsejable con la recomendación de hacer los desarrollos legales pertinentes para optimizar la función.

Debe tenerse presente que en el año de 1970, decreto 2163 de 1970 el gobierno del presidente Misael Pastrana resolvió nacionalizar el notariado colombiano. Tres años después por medio de la ley 29 de 1973, el Congreso derogó la medida, aboliendo la nacionalización y dejando el sistema notarial como una institución que forma parte de lo que en Derecho se llama el Notariado Latino.

El sistema colombiano pertenece al Notariado Latino imperante en la mayoría de las naciones regidas por la cultura jurídica occidental, distinta de la anglosajona y la socialista. La Unión Internacional agrupa a más de 40 países del mundo, entre los cuales están Portugal, España, Italia, Francia, Alemania, Bélgica, Argentina, Brasil, Chile, Paraguay, Uruguay, México, Perú, Bolivia, Ecuador, Marruecos, Turquía, Estado Vaticano, Austria, Luxemburgo y Grecia. Conviene destacar que países con legislación tan diferente a la nuestra, como el Japón, después de más de 10 años de estudios logró modificar su legislación y la adaptó al Notariado Latino. En la actualidad, China está en el proceso de cambio de legislación para ingresar a la Unión, lo que ocurrirá efectivamente en el mes de mayo de 1992, durante el Congreso Internacional de Notarios que se realizará en Cartagena de Indias.

Hoy, en las notarías se adelantan procesos de trámite voluntario como: separación de bienes, liquidación de herencias y sociedades conyugales, matrimonios, cambios de nombre, etcétera. Ha sido tal el éxito de este ensayo que basta señalar que en sólo juicios de sucesión se han adelantado más de 25.000 en dos años de vigencia de la norma. Esto es una demostración del grado de confianza que el Estado y la ciudadanía tienen en el actual notario.

Además de adelantar los procesos de la Jurisdicción Voluntaria, realizan escrituras de compraventa, constitución y liquidación de sociedades comerciales y civiles, testamentos, constitución de patrimonios de familia, reconocimiento de hijos extramatrimoniales, etcétera, además de una labor de gran importancia como es la de llevar el registro del Estado Civil de las personas.

Los notarios son importantes auxiliares de la administración de impuestos porque, sin costo para el Estado, recaudan los de retención en la venta de inmuebles, beneficencia y registro. Esta función de recaudadores ha creado una imagen de que todas las sumas pagadas por los usuarios son para el notario. La verdad es que el notario sólo cobra un dos por mil sobre el valor declarado del inmueble objeto de la transacción y cobra el uno por ciento del impuesto de retención; el once por mil y el dos por mil del impuesto de beneficencia y el cinco por mil del impuesto de registro.

Frente a todos los servicios que presta el notario, la opinión pública anota algunas fallas, como la de que los notarios pasan la edad de 65 años y no quieren retirarse. Con relación a ésto hay que considerar que ciertos empleados públicos, como los magistrados de la Corte, del Consejo de Estado, jueces de la República y notarios no deben tener una edad de retiro forzoso. Es precisamente a los 65 años cuando el intelectual está en su plenitud, con bagaje, capacidad y conocimientos que no es justo ni conveniente que el Estado desperdicie. El funcionario público debe retirarse por incapacidad física o intelectual. Pero esto debe ser determinado por la Ley. No es, estrictamente, un tema constitucional.

Los remplazos, concursos, nombramientos, control y racionalización de ingresos son asuntos extraños al régimen constitucional.

En consecuencia, debe mantenerse la actual disposición del artículo 188, como lo propone el constituyente Alberto Zalamea

Digitalizado por la Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República, Colombia.

Costa, reubicándolo de acuerdo con el proyecto de Misael Pastrana Borrero, Augusto Ramírez Ocampo y Carlos Rodado Noriega.

Por estas razones debe negarse el segundo inciso presentado al estudio de la subcomisión, que dice: "Los notarios y sus subalternos serán empleados públicos. Los ingresos que se perciban por el servicio notarial harán parte de los derechos municipales".

Precisamente sobre el proyecto N° 102 presentamos ponencia, pero hemos estudiado los proyectos N° 15 de Alberto Zalamea Costa; N° 67 de Misael Pastrana, Augusto Ramírez y Carlos Rodado; N° 93 de Arturo Mejía Borda; N° 113 de Alfredo Vázquez y Aída Abella y el N° 116 de Luis Guillermo Nieto Roa.

Además, los documentos: *'Derecho notarial colombiano'*, del profesor Manuel Cubides Romero; *'Breves consideraciones sobre el Notariado colombiano'*, del Colegio de Notarios de Antioquia y el Estudio remitido por Carlos Guarnizo, presidente del Sindicato de Trabajadores de Notariado y Registro (Sintranore). Documentos cuyo estudio recomendamos por considerarlos de especial interés y porque pensamos que ayudarán a formar un concepto ecuánime a la Comisión IV en particular y a la Asamblea, en general.

IV. DE LA VOTACION

A) PRESCRIPCION

El artículo preparado fue negado por unanimidad, con excepción del C. Velasco Guerrero que se declaró impedido para votar.

B) CONFISCACION

El artículo propuesto fue negado por unanimidad, con excepción del constituyente Velasco Guerrero que se declaró impedido para votar.

C) NOTARIADO

En el debate sobre la parte del proyecto del constituyente Ignacio Molina Giraldo referente a NOTARIADO, intervino el constituyente Cornelio Reyes, ex-notario Cuarto de la ciudad de Bogotá, y manifestó su total acuerdo con el alcance y sentido de lo expresado en la ponencia de los constituyentes Armando Holguín Sarria y Fernando Carrillo Flórez.

Puesto en consideración el artículo en estudio, se propuso que fuere sustituido por el actual artículo 188 de la Constitución vigente, ubicándolo dentro del título de la Rama Jurisdiccional.

La constituyente María Teresa Garcés Lloreda propuso que se adicionara al actual texto el siguiente:

"Los notarios serán nombrados mediante el sistema de concurso".

La votación del texto del artículo 188 y su adición se efectuó en forma separada; el resultado fue el siguiente:

A) Primera parte del texto:

Constitución Nacional. Artículo 188. "Compete a la Ley la creación y supresión de círculos de notaría y de registro y la organización y reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores (artículo 1° del Acto Legislativo N° 1 de 1931)".

Apoyado por mayoría.
7 votos afirmativos.
1 abstención.

B) Segunda parte del texto:

"Los notarios serán nombrados mediante el sistema de concurso".

Aprobado por mayoría.
5 votos afirmativos
2 negativos
1 abstención

V. PROPOSICION

Cumplido el encargo hecho por la comisión, muy comedidamente solicitamos se publique este informe y se dé el primer debate al artículo propuesto sobre NOTARIADO, de acuerdo con las normas reglamentarias.

Constituyentes comisionados

Armando Holguín Sarria. Fernando Carrillo Flórez.

Impreso por Roto/Offset

Digitalizado por la Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República, Colombia.