



GACETA CONSTITUCIONAL

Nº 93

Bogotá, D.E., sábado 8 de junio de 1991

Edición de 12 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

Fiscalía General de la Nación

Constituyente:
DANIELABELLO ROCA

(Pág. 2)

Norma Transitoria para la Consagración del Indulto, la Cesación de Procedimiento y el Auto Inhibitorio para Delitos Políticos

Constituyente:
JAIME FAJARDO LANDAETA

(Pág. 5)

Actas de Comisión

Comisión V - Subcomisión II
Coordinadora Constituyente:
HELENA HERRAN DE MONTOYA
Secretario ad-hoc:
EFRAIN GOMEZ CARDONA

(Pág. 7)

Ponencia para Primer Debate en Plenaria Bienes de la Nación

Constituyente:
JAIME ARIAS LOPEZ

(Pág. 11)

Ponencia para Primer Debate en Plenaria

Fines del Estado

Constituyente:
JAIME ARIAS LOPEZ

(Pág. 12)

Fiscalía General de la Nación

Constituyente: DANIEL ABELLO ROCA

I. SUSTENTACION DE LA PONENCIA.

(EXPOSICION DE MOTIVOS) ANTE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE (PRIMER DEBATE)

Diferentes proyectos de reforma constitucional presentados a consideración de la Asamblea se refieren a la necesidad de crear la Fiscalía General, tendientes todos a rescatar la justicia en su rama investigativa penal.

No fue fácil, empero, llegar a conclusiones mayoritarias. Entre los miembros de la Comisión IV, muchos de ellos ex-magistrados de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal), o redactores de los Códigos de Procedimiento Penal, o eminentes tratadistas de la materia, parecía primar el criterio según el cual el cambio de los comportamientos humanos es más importante que las reformas retóricas. Es decir, que un país sometido al Estado de Derecho depende mucho más, en la práctica, de las providencias de sus jueces que de las normas que se dicten. En el fondo era un toque de alerta contra el JURIDICISMO, definido por Jacques Leclercq como "La actitud del espíritu según la cual todo irá bien con tal que tengan buenas leyes", suponiendo que las disposiciones jurídicas, constitucionales o legales, tienen la virtud de solucionar ellas solas todos los problemas. Pero finalmente la oportunidad —única por muchos años— de esta Asamblea Constituyente, nos llevó al convencimiento de aprovechar su coyuntura para responder a la caótica situación de la Justicia Penal Colombiana con la esperanza de que, si bien la regla jurídica no produce por sí sola los hechos, si los ordena y regula.

El informe de minoría, de que es autor el delegatario Julio Salgado Vásquez, no escapa de esta concepción. Sólo que se limita a elevar a rango constitucional artículos ya contenidos en el Código de Procedimiento Penal vigente. Ubicando ahora el origen de la Dirección de Instrucción Criminal en el poder jurisdiccional, con las facultades que ya tiene para dirigir la Policía Judicial, para coordinar el funcionamiento de los demás organismos técnicos de investigación y para distribuir los jueces de Instrucción en los lugares del respectivo Distrito.

Es sin embargo importante destacar la diferencia esencial que marca la propuesta del Gobierno con respecto a las demás. El marco de referencia puede encontrarse en la exposición de motivos del proyecto ofi-

cial, en el discurso pronunciado por el señor presidente de la República durante la sesión plenaria del pasado 17 de abril y en las intervenciones de los señores ministros de Gobierno y de Justicia ante la Comisión IV.

Estos hitos pueden resumirse con el siguiente silogismo:

Premisa Mayor: La investigación (una de las etapas del proceso penal) ha fracasado totalmente en Colombia.

Premisa Menor: Es así que sólo el Ejecutivo tiene capacidad para realizar investigaciones eficientes.

Conclusión: Luego debe trasladarse al Ejecutivo esta función.

La *Premisa Mayor* (el fracaso del aparato instructor) debe aceptarse como un hecho lamentable, pero notorio y público. En efecto, según estadísticas de la última década el 90% de las denuncias por hurto y por lesiones personales terminaron en prescripción; y sólo el 2% en sentencia definitiva. Durante el año 1987 el 80% de las providencias dictadas en la etapa instructiva fueron de cesación de procedimiento y archivo. La estadística adquiere características alarmantes al conocer datos según los cuales apenas el 20% de los delitos reportados por el DANE fueron denunciados ante autoridades competentes. El resto constituye una "criminalidad oculta", producto de la falta de confianza en la organización judicial o por lo menos de los obstáculos y costos que entraña acceder a ella. Pero que de cualquier manera conforman el gran espectro de la IMPUNIDAD reinante.

Sobre la *Premisa Menor* debemos hacer los siguientes distinguos, para negarla:

a) El órgano Ejecutivo no tiene la *competencia jurídica* para realizar investigaciones de carácter penal. En efecto, no se requiere estar casado con la teoría de Montesquieu sobre separación de los poderes públicos para aceptar que la Instrucción y acusación de los delitos implica la realización de actividades típicamente jurisdiccionales. De tal naturaleza son las medidas de aseguramiento (detención, libertad provisional), y las cautelares (embargos, secuestros), el decreto y práctica de pruebas contradictorias, la calificación del sumario, la resolución de acusación (que implica de alguna manera un prejuzgamiento) y la cesación de procedimiento (que lo precluye con autoridad de cosa juzgada).

Sería ilógico aceptar que esas actividades cambiaran de naturaleza jurídica según fueren protagonizadas por un organismo ejecutivo o jurisdiccional.

O peor aún: Aceptar que la función judicial resulte siendo una simple derivación o un mero aspecto de la función ejecutiva. Por ello la fase instructiva del proceso penal es y debe ser jurisdiccional por las distintas relaciones de derecho y por las situaciones jurídicas que en ella se presentan.

El profesor español Miguel Pastor López sostiene que "el sumario es parte de un todo (el proceso penal) y carece por ello de autonomía dogmática. El sumario es de índole procesal, o por lo menos preprocesal, y debe realizarlo un órgano judicial bajo formas procesales establecidas".

b) El órgano Ejecutivo no es el único con *capacidad económica y operativa* para realizar las investigaciones. Pudo haberlo sido hasta ahora, pero ha constituido preocupación primordial de la Asamblea Constituyente reestructurar la justicia. Ya se aprobó en la Comisión IV la creación de un Consejo Superior de la rama a cuyo cargo estará no sólo la planificación y el manejo de su propio presupuesto, sino la capacitación de los funcionarios, su control disciplinario y la dotación de la operación judicial, incluyendo desde luego la investigación penal, con instrumentos técnicos y logísticos de los que ha venido careciendo.

c) No resulta recomendable *importar sistemas acusatorios extranjeros* ajenos a nuestra idiosincrasia y cultura. Otorgar al Ejecutivo la competencia investigativa, además de recargar y exponer al desprestigio las tareas de la administración, nos acarrearía los riesgos de politizar la justicia tornándola arbitraria y dependiente de los gobiernos de turno.

Además, donde existe el sistema, la acusación no la formula un fiscal subordinado directamente al Poder Ejecutivo, sino bajo la forma de "Ministerio Público".

Sin embargo, si existe actualmente una figura ambigua en el proceso penal es la de Ministerio Público que pretende ser simultáneamente PARTE (sujeto procesal) e IMPARCIAL (juez acusador).

El tratadista mejicano Héctor Fix Sarmiento anota que debe ponerse fin a esta confusión de atribuciones, separando la representación de la sociedad de la titularidad de la acción penal.

El profesor Francesco Carnelutti tuvo la oportunidad de exponer hace poco durante conferencia internacional realizada en Costa Rica que "ha llegado la hora de poner en su puesto al Ministerio Público". Constituye según él un error encomendarle la Instrucción sumaria, donde opera como

parte, y erigirlo en acusador al culminar la etapa.

La verdad es que el sistema acusatorio así concebido viene ya de regreso en América Latina, especialmente en México. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recomendado por ello la creación de sistemas procesales con autonomía frente al Ejecutivo para evitar la politización de la justicia. (Informe final, Buenos Aires 1986, Raúl Eugenio Zaffaroni).

El modelo norteamericano, de cuya eficacia mucho se predica, tiene también su cara criticable. Al rendir informe de su viaje por Washington y Carolina del Norte, el señor rector del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (marzo 8 de 1991) concluyó que "en el sector académico se critica el Sistema Acusatorio porque ha servido para que los fiscales lo utilicen para hacer carrera política, tratando de obtener condenas a toda costa valiéndose de su capacidad de obtener pruebas, muchas de ellas tendenciosas, o fundadas en delitos provocados por sus mismos agentes, o confesiones negociadas...".

Para aterrizar en el campo colombiano recordemos cómo han fracasado los intentos de administrativizar la investigación.

Primero con los jueces de Instrucción designados por el Ministerio de Justicia. Y luego con los fiscales instructores creados por el decreto 1698 de 1964 que la Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable.

La frustrada reforma constitucional de 1979 instituyó la figura de la Fiscalía General para la persecución de los delitos y contravenciones y la acusación de los infractores ante las autoridades competentes. Sin embargo, no ubicó expresamente esta Fiscalía ni en el Poder Ejecutivo, ni en el Ministerio Público, ni entre los organismos encargados de administrar justicia. La decisión de la Corte Suprema de Justicia contra el Acto Legislativo N° 1 de 1979 dejó en el terreno meramente especulativo la polémica sobre la naturaleza de la Fiscalía General; que en el proyecto de forma constitucional discutido por el Congreso en 1988 quiso revivirse con un Ministerio Público bicéfalo, del cual también hacía parte la Procuraduría General, encargada de vigilar la legalidad de los procesos.

La Constitución vigente (Arts. 142 y siguientes) dispone que el Ministerio Público se ejerza por un procurador general, por los fiscales de tribunales y los demás que designe la Ley; a quienes corresponde defender los intereses de la Nación, promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas; supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos y perseguir los delitos y contravenciones que turban el orden social. Sobre esta última atribución es pertinente señalar que sentencia de la Corte Suprema de Justicia proferida en febrero de 1971 clarificó que el Ministerio Público pertenece a la rama Ejecutiva. Y que si ciertamente entre sus funciones está la de "perseguir" los delitos, ello no autoriza para ejercer actos jurisdiccionales.

Por su parte los fiscales destacados ante la justicia penal (Art. 121 y siguientes del Código de Procedimiento Penal), cumplen

actividades más teóricas que reales en procura de sancionar los infractores pero también de defender a los injustamente acusados. Sus conceptos no son obligatorios y más que agilitar los trámites, en la práctica, los dilatan.

Por último la decisión inicial de la Comisión IV de la Asamblea Constituyente al crear la Defensoría del Pueblo como Ministerio Público, lo aparta por completo de la persecución, investigación y acusación de los delitos circunscribiendo su importante tarea de velar, en las actuaciones judiciales, por los Derechos Humanos y el debido proceso.

Así, los actuales fiscales ante la Justicia Penal, deberán ser desplazados por unos "delegados" con las funciones específicas determinadas en el referido proyecto, o permanecer como dependientes directos de la Procuraduría para velar por el orden jurídico.

CONCLUSION

De todo lo anterior podemos colegir que se impone un Sistema Acusatorio "a la colombiana", vale decir, ajustado a nuestras condiciones y capacidades.

Tomando la idea de la Constitución Española (1978) y especialmente de la Ley Orgánica del Ministerio Fiscal (artículo 2° de la Ley 50/81) he propuesto que la Fiscalía General de la Nación sea un órgano autónomo integrado funcionalmente al Poder Judicial.

Esta autonomía implica desde luego un origen, una estructura, una organización y una libre designación de subalternos (por lo menos mientras se desarrolla la carrera del fiscal investigador), completamente distintos y separados de los que ya tienen los jueces falladores.

Como lo sostienen el Grupo de Apoyo a la Constituyente encabezado por el doctor Antonio José Cancino y la investigadora jurídica de la Fundación FES doctora Ana María Salazar, la Fiscalía, tal como está concebida en el proyecto sometido a consideración de la Asamblea; sería un ente ágil y poderoso. Tendría un pie en la rama Ejecutiva (nombramiento en que interviene decisivamente el señor presidente de la República, dirección y control de la Policía Judicial) y otro pie en la rama Jurisdiccional (con sus funciones naturales de calificar y precluir investigaciones, acusar y adoptar medidas cautelares y de aseguramiento).

Otra ventaja del modelo de Fiscalía propuesto tiene que ver con la metodología de trabajo. En efecto, debe surgir un nuevo concepto de UNIDAD DE INSTRUCCION, liberado de los parámetros normativos del viejo procesalismo que confunde factores de administración, especialización y reparto de trabajo con los de jurisdicción, competencia territorial y juez natural. No puede continuar la fracasada investigación realizada por un juez de Instrucción y su secretario, cuasineutrales, asignados al caso por sorteo, desprovistos de auxilio técnico, con aparente colaboración de una Policía Judicial dispersa, sin salir de las cuatro paredes del despacho y en todo caso prelimitados a un territorio.

En cambio, como el objetivo principal de la Fiscalía será reducir los índices de impunidad mediante la persecución del delito, la investigación, acusación y procura de condena de los infractores, su labor no tendrá restricciones territoriales y el fiscal general podrá integrar verdaderos equipos de investigadores y auxiliares técnicos, de acuerdo con la naturaleza y peligrosidad del caso. La tarea del fiscal se extenderá al juicio, en cuya audiencia pública interviendrá como titular de la acción penal.

Por el mismo altísimo rango y origen de la Fiscalía, su relación con la Policía Nacional (designada en el proyecto para realizar en forma permanente las indagaciones preliminares bajo la dirección del fiscal) será indudablemente mucho más armónica. De igual manera se prevé el otorgamiento de atribuciones transitorias a otros entes oficiales (Procuraduría, Contraloría, Superintendencias, etcétera) para cumplir labores de Policía Judicial bajo la responsabilidad y dependencia funcional del fiscal.

Debo añadir que la separación de las funciones básicas de investigación y juzgamiento, debe predicarse de todos los delitos, y no sólo de los que, con criterio selectivo y de avance gradual vaya señalando la Ley, como lo presenta el proyecto del Gobierno.

En la exposición de motivos respectiva se dice: "Hoy por ejemplo el legislador, en desarrollo de la disposición que se comenta, podría concentrar los esfuerzos de la Fiscalía en la persecución del terrorismo y de la delincuencia organizada...".

Creemos que esta mixtificación de estructuras en nada beneficiaría la pronta y cumplida misión de la justicia ya que propiciaría, por las vías del experimento y la improvisación caprichosa del legislador, confusión general en materia tan grave como la persecución, investigación y acusación de los delitos. No se entiende cómo se sugiera excluir inicialmente de los beneficios del sistema (investigación eficaz) a una serie de delitos considerados "de menor gravedad" como las lesiones personales y los que atentan contra el patrimonio económico, los cuales afectan la vida cotidiana de la población tanto como el terrorismo eventual. Y cuya impunidad ha hecho perder, en campos, veredas y suburbios, la necesaria credibilidad en la justicia.

Menos se comprende cómo en la propia Carta Fundamental del país, que aspira a ser un Tratado de Paz por muchísimos años, se institucionalice el tratamiento de crímenes propios de estados de emergencia y guerra. Consagraríamos así la llamada por Carl Schmitt "Excepción Concreta", o sea la posibilidad de tomar medidas extremas del Estado de Sitio por fuera del Estado de Sitio.

El monopolio de la investigación debe estar, indudablemente, en cabeza de la Fiscalía. Por ello no compartimos las disposiciones del llamado "Proyecto Gaviria" que someten al "previo control judicial", con entorpecimiento y dilación de la investigación, la toma de medidas cautelares y de aseguramiento y la revocatoria de la

acusación. Por supuesto que si la Fiscalía está integrada, como lo sugerimos, al Poder Judicial, sobrarán estos "controles".

Costo de la Fiscalía:

Un recentísimo estudio realizado por la ANDI sobre el impacto económico de los Proyectos de Reforma que tramita esta Asamblea Constituyente estima que la implantación de la Fiscalía General significaría un costo anual aproximado de Siete Mil Quinientos Millones de Pesos (\$7.500.000.000).

La verdad es que ya existe una Policía

Judicial eficiente, con cargo al presupuesto de las Fuerzas Armadas; y unos procuradores delegados, unos fiscales de la rama penal, una dirección de Instrucción Criminal y unos jueces especializados (de instrucción, de orden público) cuya experiencia podrá ser utilizada al ponerse en vigencia la enmienda constitucional, sin mayores traumatismos burocráticos ni valores económicos tan altos como los cuantificados por la ANDI.

Ahora bien: Si resultara difícil implementar de una vez el nuevo sistema, podrían concederse transitoriamente atri-

buciones al fiscal general para ir extendiendo gradualmente su competencia de manera que en un lapso no superior a tres (3) años ella abarque la totalidad de los delitos.

II. PROPOSICION:

Por lo anteriormente expuesto respetuosamente propongo a la Asamblea que se dé primer debate al proyecto.

HH. constituyentes

CARLOS DANIEL ABELLO ROCA.

Junio 4 de 1991.

Constancia del Delegatario Alberto Zalamea

A raíz de la reforma del artículo 1° de los principios por la Asamblea Nacional Constituyente, el Delegatario Alberto Zalamea dejó constancia de su protesta por lo que llamó forma irreglamentaria como se presentó la propuesta sustitutiva del citado artículo y pidió que se dejara como constancia en el acta del 6 de mayo de 1991 el siguiente artículo que publicó el 5 de marzo de 1988 en el diario "El Tiempo".

¿Nación o montonera?

De Alberto Zalamea

Aprovechando la fenomenal confusión ideológica que caracteriza hoy al país, ha propuesto el Gobierno (aunque no se sepa cuál de sus ministros sea el inspirador desalumbado) el cambio total del artículo segundo de la Constitución para remplazar el concepto de Nación Soberana por una vaga y especulativa idea de pueblo.

Una Constitución centenaria, que sólo requiere en verdad de una reforma para controlar la mediatización de la democracia, actualmente deformada y bloqueada, va a ser, pues, objeto del asalto de los bárbaros. Hay que impedirlo. Esta tentativa de inventar una Constitución romántica-jacobina-populista, una especie de "estatut ecuestre-pedestre" como calificaba Abadía Méndez a la Constitución de 1853, no debe pasar.

El anárquico intento de liquidar a la Nación para remplazarla por el imperio de la multitud, debe ser rechazado por todo ciudadano consciente. Se necesitan algunas reformas, desde luego, y figuramos entre quienes primero las pidieron, pero no esa. Esta no es una polémica vana ni un problema semántico, es el rechazo a la peligrosa arbitrariedad. El llamado "poder constituyente del pueblo" siempre ha culminado en tragedias. Baste recordar la Convención Francesa y la República de Weimar: la primera produjo el terror y la dictadura, y luego el regreso de los Borbones; la segunda abrió el paso al nazismo.

Colombia ha sido desde hace un siglo —gracias a la Constitución de Caro y Núñez— una nación y no una montonera. Hace año y medio me preguntaron en un programa de televisión cuál era mi libro de cabecera, y respondí que era la Constitución. No era una broma. Intuía ya el galope de los bárbaros. Era la preocupación de un ciudadano que desearía vivir en una patria concorde consigo misma, es decir en una Nación donde las leyes tuvieran significado. Hoy todo el mundo anda con su propio proyecto de reforma constitucional en el bolsillo. ¡Qué audacia! ¡Qué estólida temeridad!

Inglaterra, cuna de los países constitucionales, no tiene Constitución escrita —recordaba Andre Siegfried. América Latina, en cambio, tiene demasiadas... Colombia tenía hasta ahora el privilegio de gozar de una Constitución centenaria. ¿Por qué cambiarla? ¿Por qué el Gobierno es ineficaz? Eso no es culpa de la Constitución, sino de los electores y de los hombres elegidos por el pueblo para aplicarla... Naturalmente hay algo que cambiar, pero bastarían dos o tres artículos para controlar el despojo de la democracia mediatizada por las rascas políticas. Lo demás puede enfrentarse con los mil instrumentos jurídicos de que goza el Gobierno. Lo que se necesita no es pasar de la democracia a la olocracia —el Gobierno de la multitud, fácil presa del engaño— sino mayores controles para que la democracia sea efectiva y no una farsa irrisoria como es hoy.

La Nación, según clásicas definiciones, es la comunidad de individuos ligados por la identidad de raza, religión, lengua, historia, tradiciones, y por la conciencia de constituir una unidad étnico-social amalgamada, unida por vínculos no jurídicos, sino naturales, sociales, morales, culturales, históricos...

Tratar de cambiar así la Nación soberana, que surge de nuestra historia y a todos nos trasciende, por un impreciso concepto de pueblo, generalmente transitorio, veleidoso y voluble, casi siempre a merced de electores sin escrúpulos, es una aventura que ojalá logremos detener, pues no sería al fin y al cabo sino un paso más hacia la disolución nacional.

No es cierto, por otra parte, que la Constitución actual no se haya actualizado. La Carta Magna de 1886, que hoy consta de 220 artículos, ha sido modificada nume-

rosas veces... Tuve la curiosidad de estudiar esa transformación. Hasta hoy, 172 de sus artículos han sido modificados y actualizados por diferentes reformas constitucionales, introducidas en 1910, 1936, 1945, 1957, 1968, 1969, 1975 y 1983... Nuestra Constitución es, incluso, demasiado larga: consta de 30 mil palabras aproximadamente. La norteamericana no pasa de 7.000 palabras y la inglesa no tiene ninguna porque no está escrita, es superior a todos los textos y a todas sus eventuales reformas.

El pueblo, nos enseñaban en otros tiempos en la escuela, es sólo uno de los elementos constitutivos del Estado (elemento personal y transitorio), el territorio es el elemento material y la soberanía el elemento jurídico. El pueblo, pues, no puede estar por encima de la Nación, ni puede abolir su pasado ni renegar de su historia. La mayoría electoral de un año no tiene derecho a transformar la esencia de la Nación. Puede en cada período electoral, indicar una dirección, una orientación al Gobierno de turno.

Pero solo eso. Esa mayoría es variable, irreflexiva, muchas veces no sabe ni siquiera lo que quiere. Se engaña con facilidad. Esa mayoría transitoria no puede identificarse con la Nación. Un pueblo que reniegue de su Nación es un pueblo condenado. Es bien sabido que el doctor Guillotín hizo adoptar por misericordia el aparato para cortar cabezas que immortalizó su nombre. No hagamos lo mismo.

Con la apelación al referendo permanente, un jefe ambicioso lograría en un santiamén su propia reelección, podría confiscar toda propiedad, establecer la pena de muerte para los mayores de sesenta años, reglar el territorio nacional, instituir campos de concentración para las minorías, instaurar un régimen monárquico y otras barrabasadas semejantes, todas contrarias al interés nacional y al espíritu de la Constitución y contra las cuales, aunque estuvieran fundamentadas en mayorías electorales, todo hombre consciente podría y debería rebelarse. Como debemos rebelarnos contra la intención de enterrar el concepto de nación. El país cambiará cuando haya gentes capaces de entender ese concepto y cuando esas gentes puedan influir sobre el Gobierno. De nada servirá cambiar los textos si no se cambian los hombres.

Norma Transitoria para la Consagración del Indulto, la Cesación de Procedimiento y el Auto Inhibitorio para Delitos Políticos

Constituyente: JAIME FAJARDO LANDAETA

ARTICULO. Conságrase la extinción de la acción penal y de la pena en favor de quienes se encuentren incurso en conductas tipificadas como delitos políticos y conexos, cometidos antes de la vigencia de la presente norma.

PARAGRAFO. Las denuncias, las diligencias preliminares e investigaciones en curso se suspenderán de inmediato a través del auto inhibitorio y la cesación de procedimiento.

PARAGRAFO. Los beneficios contemplados anteriormente se extenderán a los miembros de las agrupaciones en actual proceso de diálogo de paz con el Gobierno.

PARAGRAFO. El Gobierno reglamentará mediante decreto el procedimiento para hacer efectivas estas disposiciones.

EXPOSICION DE MOTIVOS

I— DEL DELITO POLITICO

El orden, el acuerdo, la tranquilidad, son notas distintivas de la paz; la turbación, el disenso y la inseguridad lo son de la guerra, cualquiera sea la denominación que se le de. Paz dentro del consenso, situación general. Guerra en el disenso con respecto al contestatario del acuerdo, situación de excepción, que al propio tiempo es lo extraño, lo anormal, lo ilícito. El contestatario es por ello, delincuente o loco. Puntos de partida de la teórica consensualista. (1).

La NORMA TRANSITORIA que ponemos a consideración de los H. delegatarios obedece al momento histórico-político que actualmente vive Colombia. Ya en otras oportunidades el Ejecutivo movido por el deseo de lograr la tan anhelada paz, dio paso a las conversaciones con los grupos alzados en armas que por una u otra razón se encontraban al margen del proceso político.

El desarrollo de estas ideas se realizó a través del tiempo y del cambio generacional e ideológico en el Gobierno colombiano, hasta llegar a una real situación de acuerdos de paz, ingreso a la vida política e intervención de las decisiones a través de mecanismos legítimos.

Ha sido muy difícil la ubicación del llamado "delito político". Tenemos primero una posición tradicional que niega su concepto. En tres fórmulas se consagró el delito político en nuestra carta original: como prohibición de la pena capital, como atribución principal del Congreso y como atribución constitucional del presidente de la República.

En el sistema legal colombiano, de reciente data, tanto en su norma sustantiva como procedimental hace referencia al delito en sus temas relacionados con la aplicación de la ley penal en el espacio, en

la extradición y en cierta forma como norma auxiliar en el derecho de asilo.

En la jurisprudencia se logró la interpretación de la norma jurídica y es célebre la sentencia de cesación de la H. Corte Suprema de Justicia de fecha 25 de abril de 1950. (2).

En el derecho internacional, encontramos el derecho de asilo, declaración de rebeldes e insurrectos; pero la interpretación debe hacerse a la luz de la evolución, el desarrollo y la ejecución del poder en cada estado y en cada caso concreto. Finalmente, consideramos conveniente traer a colación, algunos apartes de la exposición de motivos del proyecto que se convirtió en la ley 49 de 1985 donde se señalaron las diferencias del delito político y el común:

"El delincuente político busca siempre un interés social reflejado en una transformación que él considera necesaria para la sociedad y su satisfacción es la satisfacción social de su clase o grupo político. Por eso JIMENEZ DE ASUA señalaba con razón: el motivo noble o altruista del delincuente político debe conllevar necesariamente a una transformación que beneficie a todo el conglomerado social, permitiendo un desarrollo armónico de los medios de producción, reflejado en paz, seguridad y felicidad. Pero si el motivo es levantar una revolución para instaurar una anarquía absoluta, para volver a los tiempos de la esclavitud, y en donde no se tengan los más mínimos derechos, perpetran un delito común y jamás deben recibir sus acciones delictivas el privilegiado trato del delito evolutivo" (3).

No ha existido ni en la jurisprudencia ni en la doctrina una diferencia entre el delito político y el común que permita establecer sus lineamientos. Han sido muchas las aproximaciones, las discusiones y las conclusiones que son el reflejo de la situación vivida. Tal vez nadie ni ninguna corporación lo ha entendido. La interpretación ha obedecido al momento político vivido a los parámetros con que se mide y se le teme.

Explicar el fenómeno de la criminalidad ha sido tarea de muchos siglos, se ha adscrito a factores biológicos, psicológicos, sociológicos, se ha llegado a extremos de dibujar al delincuente por sus características morfológicas: basados en el consenso social se observa, que lo extraordinario, lo extraño a la sociedad, lo anormal; una especie de maniqueísmo invade los esquemas científicos: los contestatarios del statu quo, del establecimiento, son pues delincuentes o locos, a ellos se les debe recluir, excluir, y no entender; se envían esas piezas mal logradas a los sanatorios o

a las cárceles.

Al redactar la NORMA TRANSITORIA entendemos que son delincuentes políticos aquellas personas que conscientemente han intentado luchar contra el Estado a fin de obtener un cambio en su manejo, de acuerdo con los planteamientos de reforma que consideraron pertinentes para motivar su levantamiento armado.

En este orden de ideas los integrantes de las Farc, Eln, Epl, Quintín Lame, Prt, etc., los entendemos como luchadores armados por un cambio, que compartido o no constituye de por sí un cúmulo de conductas tipificadas penalmente y encauzadas al cambio estatal.

De esta manera, figuras delictivas de la más diversa índole las entendemos subsumidas por la finalidad central del SUJETO ACTIVO radicada en el cambio político, conductas tales como el porte de armas, el hurto, el daño en bien ajeno, la calumnia etc., se consideran conductas medios cuanto están ordenadas a un fin central: el cambio político.

Al sugerir esta normatividad estamos realizando simplemente un acto de reconocimiento a un proceso socio-político que de hecho se encuentra en plena marcha y haciendo una interpretación del sentimiento nacional, lo hemos plasmado en un texto cuya realización práctica es el diario acontecer del país.

Es muy importante que la Asamblea Nacional Constituyente se pronuncie sobre el olvido total del cúmulo de conductas que perturbaron al Estado en los últimos años como consecuencia del levantamiento político-militar protagonizado por distintas organizaciones guerrilleras, con base en sus programas políticos.

La mecánica para realizar el cometido anterior la ubicamos en la extinción de la acción penal y la pena, en la cesación de procedimiento y el auto inhibitorio. Debeamos significar con esto que todo proceder judicial ya en marcha o la simple expectativa de que el pueda acontecer en cualquier forma, modalidad o ante cualquier autoridad se suspenda con la fuerza de cosa juzgada, de manera que la norma interpretativa deberá ubicarse bajo el lema de "borrón y cuenta nueva".

Entendemos que el camino procesal a seguir para la aplicación de la NORMA TRANSITORIA que aprobemos deberá ser breve, preferiblemente ante la autoridad competente para los delitos políticos (jueces superiores) y el criterio hermenéutico a emplear deberá ser netamente civilista.

En desarrollo de este principio, consideramos que las autoridades que apliquen esta norma deberán otorgar prelación sobre cualquier otra actividad o función pública que ejerzan.

El Gobierno dotará el decreto pertinente que desarrolle el mandato de la Asamblea Nacional Constituyente, en relación con la

(1) El Delito Político tratamiento en la Normatividad interna. AUGUSTO JOSÉ IBÁÑEZ GUZMAN. Revista de derecho penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia. Volumen XII N° 41-42 Mayo—Dic. de 1990, página 183.

(2) SENTENCIA de 25 de abril de 1950. G.J.T. LXVII Pág. 543.

(3) AMNISTIA E INDULTO (Monografía). CARLOS HUGO MEDINA MESA, VICENTE EMILIO GAVIRIA LONDONO. UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, FACULTAD DE DERECHO 1990.

competencia, requisitos y demás elementos que resultaren para la correcta aplicación de la NORMA TRANSITORIA.

Se ha elevado a la categoría de canon constitucional este mecanismo de olvido y perdón de los delitos políticos en razón de ser uno de los temas más importantes dentro del marco vital de la actual existencia del Estado colombiano.

En este orden de ideas hemos querido hacer un análisis del momento histórico concreto cuya vigencia es estrictamente colombiana, circunscrita a 1991, por lo tanto al no encontrar parecido con los acontecimientos internacionales en otros países y por la importancia para la subsistencia del Estado, por la peculiaridad que representa se decide ubicarla como NORMA TRANSITORIA anexa al ordenamiento constitucional principal.

Razón tenía CARRARA cuando afirmaba:

"Por una parte, a los conspiradores y a los innovadores políticos se les califica de infames y se les persigue hasta en sus bienes y en sus hijos; por otra, se esparcen flores sobre sus tumbas, y se perpetúa su memoria, como si fueran mártires, en biografías y en cánticos populares; y mientras unos reproducen su elígie para entregarla al verdugo, otros colocan en el muro doméstico como un recuerdo digno de veneración y de llanto". (4).

II ANTECEDENTES HISTÓRICOS SOBRE ALGUNAS NORMAS Y SENTENCIAS ACERCA DEL INDULTO

1. EXPEDIENTE NUMERO 957

REVISIÓN CONSTITUCIONAL DEL DECRETO LEGISLATIVO NUMERO 474 DE 1982. SENTENCIA NUMERO 17 MAYO 10 DE 1982. MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. LUIS CARLOS SÁCHICA.

El Decreto 474 de 1982, proveía que durante el término de dos meses, las agrupaciones contrarias al orden jurídico de la nación, hicieran llegar al comandante de la unidad Operativa con jurisdicción en la respectiva área, una manifestación expresa de que estaban dispuestos a acogerse a los beneficios.

La H. Corte Suprema de Justicia consideró que se trataba de un Decreto expedido dentro del recto ejercicio del poder Presidencial para restar transitoriamente efecto a las normas legales de tiempo de paz de cuya aplicación puede resultar mayor perturbación o entrabe del esfuerzo para obtener que cese la acción subversiva, esto es, cuya ejecución resulte incompatible con la obligación de restablecer el orden.

Finalmente declara exequible la totalidad del decreto 474 de 1982. (5).

2. LEY 49 DE 1985

Esta Ley autorizó al Presidente de la República para que con base en la facultad que le confiere el ordinal 4 del artículo 119 de la Constitución Nacional, concediera indultos, con sujeción a que sólo podía cobijar a los condenados mediante sentencia ejecutoriada por los delitos de rebelión, sedición y asonada.

Era extensivo a los Delitos conexos por haber sido cometidos para facilitarlos, procurarlos, consumarlos o ocultarlos con excepción del secuestro, la extorsión, los

delitos tipificados en el decreto 1188 de 1974 y el homicidio fuera de combate en el proceso (6).

3. LEY 77 DE 1989

Por la cual se facultó al Presidente de la República para conceder indultos y se regularon casos de Cesación de procedimiento y de expedición de autos inhibitorios en desarrollo de la política de reconciliación.

El artículo 8 establecía que el Indulto se concedía por resolución ejecutiva suscrita por el Presidente de la República y los Ministros de Gobierno y Justicia. Una copia de dicha Resolución era enviada al Juez o Corporación en cuyo poder se encontraba el Proceso. (7).

4. SENTENCIA NUMERO 94. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. EXPEDIENTE NUMERO 2096. ACCION DE INEXEQUIBILIDAD CONTRA UNA PARTE DE LOS ARTICULOS 4, 10 Y 12 Y CONTRA EL ARTICULO 5 EN SU INTEGRIDAD DE LA LEY 77 DE 1989. ACTOR JOSE EDUARDO UMANA MENDOZA. JULIO 12 DE 1990.

En síntesis la demanda se basa en:

a. Las disposiciones acusadas desconocen en forma manifiesta el artículo 76-19 de la carta porque es una atribución privativa del Congreso.

b. Los delinquentes políticos tienen tal calidad sin que ésta dependa de la decisión que llegare a adoptar la organización guerrillera de la cual forma y haya formado parte cada uno.

La Corte Suprema de Justicia después de hacer referencia a los lineamientos generales de la ley 77 de 1989 y de analizar la evolución normativa del Indulto y la Amnistía en la Carta fundamental, desde su consagración por la constitución de 1821 así como las diferentes teorías sobre el Delito político y la Jurisprudencia de la Corte en esta materia y sobre terrorismo; recuerda que tanto el indulto como la amnistía son "instrumentos políticos" de que dispone el Estado para la consecución de la paz pública.

Finalmente la H. Corte Suprema de Justicia resolvió declarar exequibles las disposiciones demandadas. (8).

5. DECRETO NUMERO 0206 DE 1990 (ENERO 22)

El decreto en mención reglamentó la ley 77 de 1989, en relación con los requisitos de la solicitud de Indulto.

(Inciso del artículo 4 de la ley 77 de 1989). (9).

6. DECRETO 213 DE ENERO 22 DE 1991

Consagró la extinción de la Acción Penal y de la pena en favor de los Nacionales Colombianos autores o cómplices de hechos constitutivos de delitos políticos cometidos antes de la vigencia del presente decreto siempre que se cumplan las condiciones exigencias y requisitos establecidos en el mismo. (10).

(6) Ley 49 de 1985. (Junio 4). Diario Oficial junio 5 de 1985.

(7) Ley 77 de 1989 (diciembre 22). Diario Oficial. Viernes 22 de diciembre de 1989.

(8) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Número 94. Expediente número 2096. Acción de Inexequibilidad contra una parte de los artículos de la ley 77 de 1979. Actor José Eduardo Umana Mendoza. Julio 12 de 1990.

(9) DECRETO NUMERO 0206 DE 1990 (Enero 22). DIARIO OFICIAL DE LUNES 22 DE ENERO DE 1990.

(10) DECRETO NUMERO 213 DE ENERO 22 DE 1991. DIARIO OFICIAL DE ENERO 22 DE 1990.

7. REVISIÓN CONSTITUCIONAL DEL DECRETO LEGISLATIVO NUMERO 213 DE 22 DE ENERO DE 1991.

Considera la Corte que tradicionalmente los Gobiernos han ofrecido la paz a quienes impulsados por motivos puramente políticos han propuesto formas de organización por el camino equivocado de las armas. Son varias las Leyes que han establecido la posibilidad de amnistías e Indultos por delitos políticos. Unas han tenido éxito otras no. Pero ha sido una constante en el Poder Público, esta clase de ofrecimientos, en medio de las más agudas crisis, para resolver los problemas engendrados en las injusticias sociales, en la desatención de las necesidades públicas, en inadvertencias sobre las angustias más elementales y significativas de los colombianos y en situaciones que muchas veces escapan al querer y a las buenas intenciones de los gobernantes.

La Corte Suprema declaró exequible el Decreto legislativo número 213 de enero 22 de 1991, con excepción de los Artículos 4 inciso 2, 6 inciso 4 y 11 que se declararon inexecutable, y correspondían a:

4 inciso 2: El Ministerio de Justicia declarará la existencia de dicha connexidad exclusivamente para los efectos preventivos de dicho decreto los efectos previstos en este decreto y siempre que se trate de delitos cometidos antes de su vigencia.

6 inciso 4: Si dentro del proceso o actuación no aparece que los delitos sean políticos o conexos con éstos, el Ministerio de Justicia requerirá al peticionario para los efectos previstos en el artículo 4.

11: El Ministerio de Justicia estudiará el expediente o la documentación para determinar si se llenan las condiciones establecidas en este decreto. Si la connexidad no estuviere acreditada en el proceso, se requerirá al peticionario para los efectos previstos en el artículo 4. (11).

Finalmente H. Delegatorios presentamos a consideración el artículo para ser sometido a debate en la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente.

Cordialmente,

JAIME FAJARDO LANDAETA.
Constituyente.

(11) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. REVISIÓN CONSTITUCIONAL DEL DECRETO LEGISLATIVO NUMERO 213 de 22 de enero de 1991.

ARTICULO.— Declárase amnistía general para todas las personas condenadas, procesadas, o que hayan incurrido en delitos políticos y conexos cualesquiera sea la jurisdicción que haya conocido, esté conociendo, o debiera conocer de tales delitos siempre que éstos se hubieran cometido con anterioridad a la vigencia de la presente norma.

ARTICULO.— Se entenderá como delitos políticos o conexos con éstos, cualquiera sea la denominación que se le haya dado o debiera dar en el proceso los cometidos por los siguientes motivos:

a. Ataque al Gobierno o las autoridades;

b. Por actos de animadversión política contra el sistema político vigente;

c. Por actos que busquen garantizar la finalidad política o el delito político mismo.

ARTICULO.— Las autoridades que hayan conocido o estén conociendo, por competencia, por cualquier recurso o por consulta, un proceso relacionado con las infracciones a que se refiere esta norma, procederán de inmediato a enviarlo al respectivo tribunal, a fin que de oficio aboque el conocimiento y trámite del beneficio aquí consagrado. El Tribunal decidirá en el término de quince días (15) y si concediere el beneficio ordenará la libertad inmediata del detenido y la extinción de la acción penal correspondiente.

En los casos de providencia negativa y el solicitante fuere un procesado podrá acudir en recurso de apelación ante la Honorable Corte Suprema de Justicia. Si la situación afectare a un condenado, la decisión deberá ser enviada en consulta ante el Tribunal de Gracia que crea esta norma, quien emitirá concepto obligatorio para el respectivo Tribunal.

(4) PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL FRANCISCO CARRARA. Vo. VII Tomo 9. Editorial Temis Bogotá. 1982 párrafo 3938 página 523.

(5) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Revisión Constitucional del Decreto Ley número 474 de 1982. Magistrado sustanciador Dr. Luis Carlos SÁCHICA. Sentencia número 17. Mayo 10 de 1982.

Actas de Comisión

Comisión V - Subcomisión II

Coordinadora Constituyente: **HELENA HERRAN DE MONTOYA**

Secretario ad-hoc: **EFRAIN GOMEZ CARDONA**

Bogotá, junio 5 de 1991

Señor doctor
EDGAR MONCAYO
Coordinador de la
GACETA CONSTITUCIONAL
Asamblea Nacional Constituyente
E.S.M.

Apreciado señor:

Para su publicación me permito remitirle copias de las Actas Números 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10, levantadas con motivo de las deliberaciones cumplidas por la Subcomisión Segunda de la Comisión Quinta que estuvo coordinada por la doctora Helena Herrán de Montoya.

Atentamente,
RICARDO PELAEZ DUQUE, secretario
Comisión V

ACTAS DE COMISION V ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE COMISION QUINTA SUBCOMISION SEGUNDA

ACTA N° 4 CORRESPONDIENTE A LA REUNION DE MARZO 6 DE 1991.

LUGAR: SALA DE JUNTAS 1235 HORA:
3:00 P.M.

ASISTENTES: Estuvieron presentes todos los miembros de la subcomisión, a saber:

DR. ALVARO FEDERICO CALA HE-
DERICH
DRA. HELENA HERRAN DE MONTOYA
DR. MARIANO OSPINA HERNANDEZ
DR. JESUS PEREZ GONZALEZ-RUBIO
DR. CARLOS RODADO NORIEGA
DR. GERMAN ROJAS NIÑO

DESARROLLO DE LA SESION: El Doctor Alvaro Cala plantea que el Dr. Jesús Pérez González-Rubio redacte la recomendación de la subcomisión sobre el punto de la distribución de recursos del Estado. Presente el Dr. Carlos Rodado Noriega, se acuerda que entre él y el Dr. Pérez hagan la redacción. A continuación inicia su exposición el Dr. Rodado, indicando algunas cifras como que los ingresos corrientes de la Nación en 1990 ascendieron a \$2.391 millones, de los cuales corresponden a actuaciones de economía interna \$1.598 millones y de economía externa 793 millones. Discriminados los ingresos de la economía interna, tenemos que por impuesto de renta fueron 816 mil millones, por IVA interno \$369 mil millones y por IVA sobre artículos importados 229 mil millones. El impuesto ad valorem a la gasolina arrojó 143 mil millones, los ingresos no tributarios fueron de 232 mil millones, y por otros se recibieron 36 mil millones. La exposición se circunscribe a los ingresos de la persona jurídica nación, por tanto sin incluir las entidades descentralizadas por

servicios, pues las transferencias tienen como base los ingresos de la Nación exclusivamente.

El total de ingresos del IVA fue de \$598 mil millones, de lo que hay que deducir 18 mil millones correspondientes al cemento que van al INURBE. Luego el ingreso neto de IVA es de 580 mil millones; de allí se cede el 42% en 1990, que representa \$238 mil millones, mientras en 1991 será el 45% y en 1991 el 50%.

238 mil millones significan aproximadamente el 10.6% del total de los ingresos corrientes de la Nación.

Los Departamentos de Antioquia, Cundinamarca, Valle y Boyacá reciben aproximadamente el 50% de lo que se distribuye.

Tras este muestreo, el expositor manifiesta que las esferas gubernamentales no son partidarias de aumentar la participación de las entidades territoriales en las rentas nacionales, y que en su lugar hablan de "soberanía fiscal", para que sean los municipios, a partir de la creación de nuevos impuestos, los que asuman las nuevas cargas o competencias.

El incremento gradual de la participación en el IVA no es un suicidio fiscal, como algunos pretenden hacer creer, puesto que un incremento del 5% no representaría más que 30 mil millones de pesos en el año, y sería apenas el 1% del total de ingresos de 1990.

Cuenta que el Banco Central Hipotecario adelantó un estudio sobre solicitudes de financiación de municipios para 730 proyectos que allí se tenía. Tras la investigación se concluyó que el municipio promedio colombiano trabaja con un presupuesto de \$160 millones (para 1988), de los cuales 138 millones corresponden a ingresos corrientes, entre éstos 20 millones a recursos de capital y 64 millones a participación en el IVA.

En los municipios de menos de cien mil habitantes el IVA representa entre el 57% y el 73% de los ingresos ordinarios, y el 36% de todos los ingresos. En los municipios entre cien mil y quinientos mil habitantes el 32% de los ingresos corrientes provenientes del IVA, mientras que en las ciudades mayores el IVA es el tercer recurso en importancia, después de los de capital e industria y comercio.

Las áreas fundamentales de inversión son vías, educación, servicios básicos, vivienda y salud.

Si cada municipio adelantara tres proyectos en cada sector, serían quince proyectos a financiar.

El Banco Central Hipotecario tenía 741 proyectos por financiar, y el valor promedio de ellos era de 237 millones en 1988. En los cinco años siguientes (hasta 1992) los

municipios del estudio (730) recibirían en conjunto por IVA 577 mil millones de pesos, de ellos 188 mil para inversión forzosa. Promediando, cada municipio recibiría 187 millones en los cinco años. Se establecieron índices promedio de grados de desarrollo en los cinco sectores fundamentales de inversión, encontrándose los siguientes porcentajes:

SECTOR	NECESIDADES	
	INDICE	INDICE
Vial	70%	30%
Educación	43%	57%
Servicios básicos	37%	63%
Vivienda	48%	52%
Salud	26%	74%

En estas condiciones, se estableció que el plan de desarrollo típico municipal para el municipio promedio según el promedio de necesidades costaría 1.962 millones de pesos, luego se tardaría 32 años llevarlo a cabo.

En Departamentos como Sucre el promedio sería de 32 años, y en el Chocó 40 años.

Si el municipio se ayudara con el 25% de su presupuesto propio, el término se reduciría a 19 años. ¿Cuánto debería aumentar la participación de los municipios en el IVA para que cada Alcalde pudiera adelantar un proyecto típico, uno solo, durante su mandato de dos años? La respuesta es que la parte del IVA que debería distribuirse a los municipios no podría ser inferior al 70%.

Es que la Nación se quedó con los tributos más dinámicos y dejó a los municipios las necesidades más dinámicas para atenderlas con los recursos más estáticos.

Presenta el Dr. Rodado un proyecto de articulado. El Dr. Cala interroga sobre los controles que deben establecerse para que los recursos no se dilapiden, y el Dr. Rodado plantea la posibilidad del establecimiento de una especie de ombudsman para ese efecto, en tanto que los Dres. Herrán y Pérez hablan del control de resultados.

Parece existir acuerdo sobre la búsqueda de un parámetro de eficiencia que consulte el volumen de recursos, su destinación y el aparato burocrático que el municipio emplea para su administración.

Así se termina la reunión, quedando citada la subcomisión para el día martes 12 de marzo a las tres de la tarde, en el mismo sitio. Se recordó que para mañana viernes se tienen invitados algunos miembros de la Comisión Segunda a un desayuno, con el fin de intercambiar opiniones sobre los temas en que coinciden las tareas de esa comisión y esta subcomisión.

HELENA HERRAN DE MONTOYA
Coordinadora
EFRAIN GOMEZ CARDONA
Secretario ad-hoc

ACTA N° 5 CORRESPONDIENTE A LA REUNION DE MARZO 13 DE 1991.

LUGAR: SALA DE JUNTAS 1135

HORA: 11.00 A.M.

ASISTENTES: estuvieron presentes los siguientes miembros de la subcomisión, a saber:

DR. ALVARO FEDERICO CALA HERDERICH

DRA. HELENA HERRAN DE MONTOYA

DR. JESUS PEREZ GONZALEZ-RUBIO

DR. CARLOS RODADO NORIEGA

El Dr. Ospina se excusó por razones personales. Con el Dr. Rojas parece haberse suscitado un mal entendido respecto a la hora de la reunión.

DESARROLLO DE LA SESION: Conforme se había anunciado, interviene hoy el Dr. Cala sobre el tema del control fiscal. Comienza diciendo que parecen existir aproximadamente 20 proyectos de reforma que se refieren al tema, y que coinciden todos en los siguientes puntos:

1. Elección para un periodo entre 4 y 6 años.

2. No reelección.

La mayoría, casi todos los proyectos, contemplan una elección por fuera del Congreso.

Existe una organización de organismos de control llamada INTOSAI, que aglutina a los Organismos Superiores de Control (OSC), así genéricamente llamados, universalmente se admite que el OSC es una delegación del poder legislativo para controlar al Ejecutivo.

En muchos países (Colombia entre ellos) su función se limita a una auditoría, es decir a vigilar que los funcionarios sean honrados y no se apropien los recursos públicos. Sin embargo, la tendencia parece dirigirse hacia la inclusión de la evaluación de eficiencia y efectividad, a través de indicadores de gestión.

En Colombia el control ha sido ejercido por un tribunal de cuentas, por contraloría de cuentas, hasta que en 1945 se configuró la Contraloría General de la República con el perfil que hoy presenta.

Hay dos grandes grupos de OSC: los colegiados y las contralorías unipersonales. Entre los primeros podemos nombrar a Argentina, Brasil, Salvador, España y Francia, y entre los segundos a Costa Rica, Estados Unidos, etc.

En decir de los funcionarios de la Contraloría General existe propensión en el mundo hacia las Contralorías más que hacia los tribunales. Es lo común que las cortes o tribunales de cuentas tienen poder de sancionar, mientras que las contralorías deben dejarlo a la autoridad jurisdiccional. De entre los que tiene conocimiento de expositor, nueve países tienen control de resultados, a saber: Canadá, Venezuela, Suecia, Gran Bretaña, Francia, Alemania, Emiratos Árabes, Uruguay y España.

Los proyectos del ML-19 y del Partido Social Conservador contemplan un tribunal o corte, en tanto que los restantes mantienen la contraloría.

EL PROYECTO DE LA CONTRALORIA. Es el que más se asemeja a lo que hoy existe, y habla de control fiscal y de resultados, eficiencia, eficacia y economía. Solamente se dará el control posterior, lo mismo para las entidades territoriales, dejando a la ley la determinación de los organismos de control para éstas.

El contralor será elegido por el Congreso para un periodo de 6 años, sin posibilidad de reelección. Dentro de los cuatro años siguientes a la cesación de sus funciones no podrá ocupar cargo público alguno excepto en la diplomacia y la docencia. El Dr. Cala plantea como una curiosidad que nunca se habla del tiempo anterior a la elección, es decir que se busque que el contralor no haya ocupado en un periodo anterior cargo alguno en el Ejecutivo, pues podría estar impedido para controlar actos en los que de algún modo intervino.

Las atribuciones básicamente se mantienen, sólo que incluyendo el control de gestión. Otra novedad es la obligación de llevar un registro de los recursos naturales y de medio ambiente; propone igualmente la creación de una jurisdicción penal fiscal para que investigue y juzgue los delitos contra la administración patrimonial pública.

PROYECTO PEREZ GONZALEZ-RUBIO: Contempla un periodo de 4 años, sin posibilidad de reelección, el control sólo posterior y como novedad propone que sea selectivo. Las contralorías departamentales y municipales deben consultar los mismos principios.

Un artículo nuevo contempla que la elección se haga de ternas conformadas por candidatos a la Presidencia de la República, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. El Dr. Cala habla de lo inconveniente que podría resultar la postulación de candidato por el presidente, puesto que él va a ser el vigilado; el Dr. Pérez admite la observación. La elección corresponde al Congreso pleno. Otra interesante innovación es la exigencia de que un mes antes de producirse la elección se den a conocer los nombres con el fin de que la opinión pública pueda conocerlos y pronunciarse. El nombramiento de los funcionarios de la Contraloría debe hacerse con base en listas elaboradas por un consejo asesor. El Dr. Cala hace mención de que parece sano que exista una junta asesora que maneje tanto el recurso humano como el económico. Los Dres. Herrán y Noriega hacen notar que el cambio del contralor por un tribunal o corte eliminaría la necesidad de esa junta, pues el órgano plural manejaría los recursos.

El proyecto Pérez separa el control de resultados, dejándolo a cargo de un organismo distinto, de naturaleza jurídica especial, cuyo objetivo es vigilar el cumplimiento de los planes de desarrollo incluyendo los de la administración de justicia.

Seguidamente se da una discusión sobre si debe haber o no autonomía presupuestal de la rama jurisdiccional y la legislativa.

Otro artículo nuevo señala funciones al Departamento Nacional de Control de Resultados: la universidad Sergio Córdoba en un proyecto habla de un censor, que guarda bastante similitud con la idea del Dr. Pérez. En el proyecto de éste el director del Departamento lo designa el Congreso para un periodo de cinco años de terna presentada por el presidente.

Se pregunta al Dr. Pérez la razón para que el control de resultados no pueda hacerlo el mismo órgano de control fiscal, y éste responde que son dos funciones muy distintas, pues el control fiscal es meramente numérico-legal en tanto el de resultados es mucho más complejo, comprende desde que se hizo la planeación

hasta la ejecución plena de un proyecto. El Dr. Rodado expresa que en su parecer perfectamente el órgano de control podría tener una subdivisión en virtud de la cual una dependencia se hiciera cargo del control fiscal y otra del de resultados. Así se termina la reunión a la 1.30 de la tarde, y se cita para las tres de este mismo día cuando terminará su presentación el Dr. Cala y luego expondrá el Dr. Mariano Ospina Hernández lo relativo a la planeación.

Se hace constar que durante la sesión se presentó el Dr. Eduardo Verano de la Rosa para invitar a la subcomisión a una reunión que la Comisión Segunda sostendrá el martes a las tres de la tarde con el Dr. Eduardo Wiesner, para tratar aspectos comunes a las comisiones segunda y quinta.

HELENA HERRAN DE MONTOYA

Coordinadora

EFRAIN GOMEZ CARDONA

Secretario ad hoc

ACTA N° 6 CORRESPONDIENTE A LA REUNION DE MARZO 13 DE 1991.

LUGAR: SALA DE JUNTAS 1233 HORA: 4:00 p.m.

ASISTENTES: Estuvieron presentes los siguientes miembros de la subcomisión, a saber:

DR. ALVARO FEDERICO CALA HERDERICH

DRA. HELENA HERRAN DE MONTOYA

DR. JESUS PEREZ GONZALEZ-RUBIO

DR. CARLOS RODADO NORIEGA

DR. MARIANO OSPINA HERNANDEZ

DESARROLLO DE LA SESION: PROYECTO DEL GOBIERNO: El Dr. Cala empieza a hablar del proyecto del Gobierno Nacional en cuanto a control fiscal, y dice que mantiene la figura del Contralor, elegido por el Congreso para un periodo de seis años de terna que se conforma con sendos candidatos del Presidente, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, dejando las atribuciones a la ley.

PROYECTO AD-M-19: Cambia la contraloría por una corte de cuentas integrada por 9 magistrados elegidos cuya elección inexplicablemente se deja al consejo de Estado, para un periodo de 8 años sin posibilidad de reelección. La Corte se dividirá en secciones, y ejercerá el control de presupuesto, financiero y de gestión en forma selectiva; entre las funciones se atribuye la de establecer normas de auditoría interna para el Gobierno, así como la de examinar el control interno que ejerce la propia administración. Los miembros de los tribunales territoriales serán designados por los magistrados de tribunales administrativos.

Según el artículo 69, el Presidente hará la dirección del control administrativo interno, respecto de las rentas y demás bienes, su recaudación, conservación, utilización y consumo.

PROYECTO P.S.C.: Este habla de un control moral de fiscalización, que comprende al Ministerio Público, al Defensor de los Derechos Humanos y al Tribunal Supremo de Cuentas. La facultad genérica es de investigar hechos violatorios de la ley. En lo específico, el Tribunal Supremo de Cuentas ejerce el control fiscal y de resultados, siendo un control exclusivamente técnico. Por un artículo nuevo se dice que el número de magistrados lo determina la ley.

y que serán elegidos por el Congreso para un período de seis años por el sistema del cuociente. Organización, las funciones, la división en salas, se deja a la ley. No se exigen calidades para ser magistrados (que lo común es que sea colombiano de nacimiento y mayor de 35 años, como mínimo), y al respecto el Dr. Rodado y el Dr. Ospina aclaran que fue una omisión puesto que el proyecto debía incluir requisitos semejantes para los magistrados de la corte suprema de justicia y para la de cuentas, pero se olvidó lo atinente a la última.

Este proyecto trae tres funciones nuevas, a saber:

1. Establecer la responsabilidad que se derive de la administración de fondos o bienes públicos.

2. El título ejecutivo que la función precedente origine prestará mérito ejecutivo para jurisdicción coactiva.

3. El control de las sociedades de economía mixta, cuya reglamentación se difiere a la ley.

PROYECTO URIBE VARGAS: Propone un contralor electo por el Congreso para período de cuatro años sin reelección.

PROYECTO JUAN GOMEZ-HERNANDEZ LONDOÑO: Habla de un Fiscal General de la Nación, funcionario que aglutina la Procuraduría, la Contraloría y la Consejería para los Derechos Humanos que hoy existen. Será de elección popular y controlado por la Cámara; debe reunir las mismas calidades que un magistrado de la Corte Suprema, y entre sus funciones tiene la de ser el jefe y representantes legal del órgano de control, además de que elaborará el presupuesto para ese órgano. El Dr. Cala lee las muchas funciones asignadas. Este fiscal tendrá cuatro fiscales delegados, uno para los derechos humanos, otro disciplinario, el fiscal procurador y el fiscal contralor. Observa el Dr. Rodado que el proyecto de su partido concede mucha importancia a la defensa de los derechos humanos y lee la parte pertinente.

Las funciones del fiscal contralor son más o menos las mismas que usualmente se otorgan, con la observación de que elimina la de llevar el libro de deuda pública, y dispone que el control sea sólo posterior.

En cuanto al contralor territorial dice que eventualmente la ley podrá disponer que el funcionario titular sea elegible, y mientras tal no se haga el mecanismo actual de escogencia se mantiene. El Fiscal General puede vetar a los departamentales y éstos a los municipales. Curiosamente, el fiscal territorial cumplirá por sí mismo, es decir sin delegaciones, la totalidad de las funciones de control (Derechos humanos, disciplinarios, procurador y contralor).

El Dr. Pérez anota que es muy sano que la contraloría departamental guarde el mismo principio nacional de diversidad de centros de postulación, y que los municipios con población de menos de 50.000 habitantes si se asocian podrán elegir un contralor común, pero si no lo hacen se someterán a la vigilancia del contralor departamental.

Concluida así la intervención del Dr. Cala hace uso de la palabra el Dr. Mariano Ospina Hernández quien subraya que sólo hará mención de los principios capitales de planeación. Así, enuncia en primer lugar el de que la planificación debe hacerse fundamentalmente de abajo hacia arriba, pero sin desconocer la necesidad del doble flujo, de modo que también se presente de forma descendente. Algunos piensan que sólo

debe hacerse planeación sectorial, es decir únicamente física, o económica, o social. Particularmente para el nivel local muchos proponen reducirla a la física para hacerla menos compleja. Su pensamiento es que la planeación debe ser integral, es decir contemplar no sólo el aspecto físico sino también el económico y el social. Debe también ser estratégica, como factor temporal, es decir proponerse horizontes a largo plazo, no limitarse al corto y al mediano.

Resultaría también importante fortalecer las instancias regionales de planeación, en atención a la diversidad de peculiaridades de que está hecha Colombia, y finalmente explica la necesidad de establecer mecanismos de coordinación entre los diversos niveles mencionados y la conveniencia de dar participación al sector privado, con voz pero sin voto, en los organismos de planeación del Estado.

A la reunión se presenta el Dr. Rodrigo Lloreda, presidente de la comisión quinta, con el objeto de hablar del cronograma de trabajo de la comisión así como de los mecanismos para designación de ponentes. Expresa su satisfacción de que las ponencias sean colectivas y anuncia que hará llegar próximamente a las subcomisiones un cronograma de actividades. En la próxima semana tendrán lugar plenarios de la comisión para escuchar a los ministros de salud y hacienda, lo mismo que al jefe del DANE. En este estado se da por terminada la reunión, fijándose la próxima para mañana jueves 14 de marzo a las tres de la tarde, cuando hablará el Dr. Germán Rojas sobre funciones del Congreso en las materias objeto de estudio para la subcomisión.

HELENA HERRAN DE MONTOYA

Coordinadora

EFRAIN GOMEZ CARDONA

Secretario ad hoc

ACTA N° 7 CORRESPONDIENTE A LA REUNION DE MARZO 14 DE 1991

LUGAR: SALA DE JUNTAS 1235 HORA: 4:00 P.M.

ASISTENTES: Estuvieron presentes todos los miembros de la subcomisión, a saber:

DR. ALVARO FEDERICO CALA HERDERICH

DRA. HELENA HERRAN DE MONTOYA

DR. JESUS PEREZ GONZALEZ-RUBIO

DR. CARLOS RODADO NORIEGA

DR. MARIANO OSPINA HERNANDEZ

DR. GERMAN ROJAS NIÑO

DESARROLLO DE LA SESION: Comienza su exposición el Dr. Rojas Niño respecto de las atribuciones del Congreso y del Gobierno en materia de planeación. Afirma que el problema de si el legislativo es unicameral o bicameral es secundario para estos efectos, luego no vale la pena enfrascarse en esa discusión ahora, puesto que lo importante, como se ha dicho, es tratar de sumar factores de coincidencia, e ir reduciendo las discordancias. A este propósito el Dr. Rodado manifiesta que es evidente que se coincide en que:

1. El plan sea aprobado por Ley, la cual trace principios generales que debe desarrollar el gobierno.

2. Que el Congreso cumpla un papel principal en la modificación, aprobación y vigilancia del plan.

El Dr. Rojas expresa su inquietud por encontrar de qué manera se puede lograr que la planificación sea un proceso continuo, que no sufra traumatismos a causa de los cambios de gobierno. El Dr. Cala dice que esa es una de las bondades de la existencia de un consejo permanente, puesto que garantizaría la continuidad a pesar de los relevos presidenciales.

El Dr. Rodado agrega que los principios y orientaciones deben integrar una parte general del plan, en tanto que los recursos, sistemas y métodos componen la parte programática, que puede adicionarse a través de leyes complementarias.

El Dr. Pérez observa que el proyecto del gobierno carece de objetivos, y que en este país es un grave problema y generalizado la carencia de objetivos. El Dr. Cala interpele diciendo que el plan mismo es un objetivo, a lo que el Dr. Ospina agrega que si no es, sí implica objetivos. El Dr. Pérez sustenta que en nuestro país no se tienen objetivos, pues las obras se hacen sin consultar ninguno predeterminado, sino por clientelismo, por un interés específico, lo cual se propicia por el hecho de no existir objetivos sino meras orientaciones muy amplias. Un plan deberá tener objetivos claros respecto de los cuales se pueda juzgar la acción del gobierno. En el proyecto del M-19, afirma el Dr. Rojas, se retorna al parlamento la función planificadora y la iniciativa del gasto, pues se usa la palabra "expedir" para el plan y el presupuesto, en el artículo 93. El Dr. Pérez aclara que no obstante el empleo de ese término la iniciativa sigue librada al ejecutivo ya que se dice que él presentará el respectivo proyecto. A continuación se presenta una discusión en torno a si la ley del plan debe o no incluir cifras, metas cuantitativas.

El Dr. Pérez insiste en la necesidad de objetivos claros, no meros principios vagos. El Dr. Ospina interviene para decir que se ha vuelto lugar común afirmar que la planeación está de capa caída, lo cual sólo es cierto respecto de la planeación centralizada y totalitaria de los países socialistas, pues aun los gobiernos neoliberales como el de Inglaterra tienen planeación, otra cosa es que ya no esté en manos del gobierno sino en las de las transnacionales hacia las cuales se ha desplazado esta función. Habla de que la planeación contempla tres etapas, denominadas así: Los planes estratégicos o de largo plazo, en inglés "goals"; los planes que ya tienen cuantificación, aunque no fechas, es decir lo que podríamos llamar programas, en inglés "objectives"; y finalmente la etapa en que no sólo se cuantifica sino que se precisan fechas de ejecución, que es verdaderamente el presupuesto, o "targets". El Dr. Cala expresa su identificación con este criterio, y dice que hay que incluir la participación de la comunidad en la planeación, participación que traen casi todos los proyectos.

La planeación a base de participación puede ser el escenario propicio para captar la opinión de la sociedad y así darle piso democrático a ese proceso. Aunque los representantes de la sociedad no tengan derecho a voto, la suma de las voces sí hace voto de peso ante la instancia estatal, pues la planeación no puede hacerse a espaldas del país.

El Dr. Rodado apunta que es claro que el proceso de planeación debe regular la actividad del sector público y orientar la del sector privado; el Dr. Pérez dice que ello

equivale a afirmar que para el sector público es imperativo en tanto que para el privado es indicativa.

El Dr. Cala dice que en su proyecto el Consejo de Planeación permanente debe tener siete representantes de las regiones y 4 de los sectores (no gremios sino sectores) de la producción. El Presidente enviará ternas al Congreso y éste nombrará. La edad de los integrantes debe ser mínimo de 40 años, y además se exige que hayan trabajado en la alta dirección empresarial pública o privada, para garantizar la experiencia necesaria. El periodo sería de ocho años, y el órgano así compuesto sería independiente del Congreso y del gobierno.

El Dr. Pérez dice que una cosa es la concertación y otra un consejo permanente, puesto que el entiende el consejo como un cuerpo sin origen popular que representa a la sociedad, al que el gobierno le presenta proyectos para que opine sobre ellos, sin que su opinión vincule jurídicamente en grado alguno a las cámaras que son las que deben decidir. Luego es sólo un órgano de estudio y análisis.

La concertación es un proceso que debe ser previo, que no implica permanencia de un órgano, tampoco implica obligatoriedad para el congreso ni el gobierno. Es decir, no es delegar la autoridad del Estado pues es éste el que decide unilateralmente, a través del Presidente, que propone, y del Congreso, que decide.

Así se termina la sesión, quedando citados los integrantes de la subcomisión para el día martes 19 de marzo, una vez termine la sesión plenaria de la Comisión Quinta.

HELENA HERRAN DE MONTOYA
Coordinadora
EFRAIN GOMEZ CARDONA
Secretario

ACTA N° 8 CORRESPONDIENTE A LA REUNION DE ABRIL 2 DE 1991

LUGAR: SALA LA COMISION SEGUNDA
HORA: 4:00 P.M.

ASISTENTES: Estuvieron presentes los siguientes miembros de la subcomisión, a saber:

DR. ALVARO FEDERICO CALA HERDERICH
DRA. HELENA HERRAN DE MONTOYA
DR. JESUS PEREZ GONZALEZ-RUBIO
DR. CARLOS RODADO NORIEGA
DR. MARIANO OSPINA HERNANDEZ

El Dr. GERMAN ROJAS NIÑO había manifestado ante la Coordinación la imposibilidad de asistir a esta reunión.

DESARROLLO: Corresponde a esta sesión la presentación del informe del Dr. MARIANO OSPINA HERNANDEZ en punto a planeación, y así se procede. Comienza su intervención diciendo que no le ha sido posible el examen de todos los proyectos que se refieren al tema, pero sí ha consultado una muestra más que representativa, con base en la cual hará su exposición. Lee la introducción, en la que se resalta que la planeación no está de capa caída, salvo la totalidad, la democrática, por el contrario, está en auge. Continúa diciendo que son más de 100 los proyectos y propuestas que tratan la planeación. Que, en su opinión, son tres los conceptos fundamentales traídos por los proyectos: la democracia participativa, la descentralización admi-

nistrativa y la atención de las necesidades básicas de la población. La planeación local debe estar imbuida de los mismos principios, sólo que difiere su aplicación en proporción a la menor complejidad que en el ámbito nacional. Así, lo local se contrae fundamentalmente a los aspectos físico y social.

El plan contempla cuatro elementos, a saber: a. Medio físico; b. Medio Social, c. Medio económico y d. El elemento humano.

La planeación local adecuada debe aprovechar los profesionales con que allí se cuenta, sin incurrir en clientelismo. De no existir, y mientras se cumple el proceso de capacitación, debe procederse a la contratación externa. Los planes deben ser coordinados con los de los niveles superiores y armonizados con los de las comunidades vecinas. El sector privado debe tener presencia, como en los demás niveles territoriales, con voz y sin voto en el proceso planificador.

Estos principios mínimos deben ser consultados en las comunidades con menos de diez mil habitantes. Tentativamente podría decirse que el consejo local de planeación esté integrado por el Alcalde, el Personero, el Presidente del Concejo, un representante del Departamento y 2 voceros de los gremios.

Avanza el expositor en la lectura de su informe, que entregará por escrito, y el Dr. Jesús Pérez G. advierte que en la exposición no se menciona para nada la planeación en la administración de justicia, el Dr. Ospina dice que está incluida en el aspecto social, pero que sin embargo reconoce su importancia y la incluirá con mayor especificidad. Acabada la lectura interviene el Dr. Cala para decir que el atraso en la justicia se puede superar rápidamente, luego no habría lugar a norma constitucional a menos que fuera de carácter transitorio, o incluso dejarlo a una norma legal para llenar el vacío que hoy existe.

El Dr. Pérez insiste en que la necesidad de la planeación en la justicia es permanente, no meramente coyuntural. El Dr. Rodado apunta que en cada sector oficial debe haber una oficina de planeación, luego también debe existir en la justicia, como algo interno del sector. Además, la planeación también debe incorporar los servicios públicos, y entre ellos aparece el de justicia, además de que debe figurar el de seguridad, que no es menos importante.

De otro lado, también debe hacerse referencia a la ecología, en un gran capítulo. En este estado se termina la sesión, quedando citados los integrantes de la subcomisión para mañana 3 de abril a las tres de la tarde en el mismo sitio.

HELENA HERRAN DE MONTOYA
Coordinadora
EFRAIN GOMEZ CARDONA
Secretario

ACTA N° 10 CORRESPONDIENTE A LA REUNION DE ABRIL 4 DE 1991

LUGAR: SALA COMISION SEGUNDA
HORA: 4:00 P.M.

ASISTENTES: Estuvieron presentes todos los miembros de la subcomisión, a saber:

DR. ALVARO FEDERICO CALA HERDERICH
DRA. HELENA HERRAN DE MONTOYA
DR. JESUS PEREZ GONZALEZ-RUBIO
DR. CARLOS RODADO NORIEGA
DR. MARIANO OSPINA HERNANDEZ
DR. GERMAN ROJAS NIÑO

DESARROLLO: Antes de dar inicio a la intervención del Dr. Rojas, el Dr. Cala manifiesta que reexaminando los diversos proyectos sobre órganos de control fiscal encontró que por ejemplo el proyecto del Dr. Rodrigo Lloreda combina el contralor unipersonal con la existencia de una corte de cuentas sólo para apelaciones, es decir que decide en segunda instancia sobre las determinaciones tomadas por el Contralor. De ahí que considere importante que la subcomisión acuerde algo así como una segunda vuelta para el punto del control fiscal. Se produce consenso al respecto.

El Dr. Rojas procede a la lectura de su informe, que lleva por título "Antecedentes de la Planeación en Colombia", al final del cual se incluye el proyecto de articulado. Entrega un ejemplar a cada integrante, así como a la secretaria.

Terminada la lectura el Dr. Rojas por su completo informe y seguidamente hacer notar cómo en él se consignan las bases que han sido acogidas por consenso. Promete que a su turno presentará también un proyecto de articulado, el cual quizá será un poco más amplio para dejar más pautas señaladas al legislador. Por ejemplo, la Constitución deberá dejar claro que la planeación será descentralista, democrática, de largo plazo, integral, con participación del sector privado pero sólo con derecho a voz, entre otros aspectos.

La diferencia sería entonces más cuantitativa que cualitativa con el proyecto del Dr. Rojas. La Dra. Herrán sugiere que se intente presentar un proyecto unificado por los dos Constituyentes, y así se acuerda. El Dr. Rodado expresa su preocupación porque se defina la participación de las regiones y municipios en el Consejo, así como porque la atribución del Consejo sea meramente consultiva del ejecutivo, cuando es el Consejo el que debe elaborar el plan.

La Dra. Herrán se declara partidaria de que se hable de participación de las entidades territoriales, genéricamente, sean ellas cuales fueren, y de que se incluya el aspecto ambiental en la planeación.

El Dr. Cala deplora que no se haya tenido en cuenta su proyecto, pues en la filosofía están de acuerdo, e insinúa se lea siquiera el articulado puesto que allí podría encontrarse principio de solución a algunos inconvenientes que en la sesión se han esbozado, por ejemplo en cuanto a la participación de las regiones y del sector privado en el Consejo.

El Dr. Pérez plantea quién debe tener la iniciativa del plan, pues la Constitución vigente la asigna exclusivamente al ejecutivo. En su parecer este principio debe conservarse, sin perjuicio de la concertación, que debe ser un proceso previo, muy importante pero que no puede coartar la facultad del Gobierno de presentar el proyecto del plan. Recuerda que el Dr. Mariano Ospina habló de goals, objetivos y targets y que tal estructura debe acogerse de modo que el plan contemple objetivos. Celebra que el Dr. Rojas incluya el control de resultados del proceso de planeación; Interpela el Dr. Rojas diciendo que quisiera

incluir control de calidad pero no halla en qué sitio corresponda, y la Dra. Herrán replica que no es aconsejable consignar un principio específico pues ahora se habla de calidad total y no se sabe cuánto durará ese concepto.

El Dr. Rodado recuerda que en la pasada sesión se habló de la conveniencia de un

sólo gran ente dedicado al control de resultados en todos los aspectos, con dependencias ramificadas según las distintas especialidades, y que esa idea es perfectamente compatible con la propuesta por el Dr. Rojas de crear el Departamento de Control de Resultados.

En este estado finaliza la sesión, que-

dando citada la subcomisión para almuerzo de trabajo el día 9 de abril a las 12 meridiano en el mismo recinto.

HELENA HERRAN DE MONTOYA

Coordinadora.

EFRAIN GOMEZ CARDONA

Secretario.

Ponencia para Primer Debate en Plenaria Bienes de la Nación

Constituyente: **JAIME ARIAS LOPEZ**

El problema de la propiedad, no solamente ha interesado al derecho privado, concretamente al derecho civil, sino también al derecho público, máxime con el apareamiento de la teoría intervencionista del Estado, puesta en práctica desde el New Deal Rooseveltiano, como consecuencia de la crisis económica de 1929, cuyos efectos se extienden hasta 1937, inclusive.

En efecto, a raíz de este fenómeno político, económico y social, encerrado entre las dos guerras mundiales, se presenta una profunda diferencia entre el derecho privado y el derecho público, que en el tema de la propiedad, determina la amplitud de los bienes públicos, en la mayoría de los casos con un tratamiento muy diferente a la de los particulares.

En Colombia, a raíz de las llamadas guerras de Independencia, libradas frente a la Corona española en el siglo pasado, se pasó de la propiedad del encomendero, junto con la paupérrima propiedad de resguardos y de los ejidos municipales, a la propiedad particular de los generales victoriosos en dichas campañas. El gran latifundio, principalmente en la segunda mitad del siglo pasado, hostiga para que se dé una legislación que permita a los particulares concentrar y expandir su poder de propiedad, fenómeno que también se dio en la primera mitad del siglo XIX. Aquí encontramos una de las razones poderosas para plantearse el mal llamado federalismo, que no es más que el fortalecimiento de esos grandes latifundios, llegándose hasta permitir el manejo de las minas por los particulares con un criterio privatista, que se ve reforzado con el manejo de la moneda.

No hay tiempo de entrar en la discusión sobre la posibilidad de existencia de un Estado nacional en Colombia. Sin embargo, podemos afirmar que el intento más fuerte lo dio el gobierno de Rafael Núñez, principalmente a partir de su segunda presidencia, y sin pretender hacer defensas históricas gratuitas, se debe recordar que Rafael Núñez fue el primer gobernante que legítimamente se titulara con una elección nacional.

Esto último es importante, ya que se abre paso a la necesidad de una idea nacional, que

como es lógico exige el concepto de nación. Dicha noción desarrolla una iconología de comunicación común, pero, además, una base de evolución también nacional; de ahí que Núñez buscara la manera de quitarle el control a los particulares sobre bienes de ciertas especies, como del manejo de la moneda, teniendo como instrumento la creación del Banco Nacional, que acogió como sector público algunos fenómenos económicos manejados hasta el momento de manera exclusiva por el sector privado. Por ello se le dio el monopolio de manejo de la moneda y el oro.

Pero este banco quiebra y, pasando por el intento del Banco Real de Reyes se llega al Banco de la República, que hoy monopoliza manejos económicos públicos. Además se ha creado el fenómeno de los contratos de Asociación, en superación de los exclusivamente de concesión, para la explotación de minas y yacimientos petroleros, administrados en la actualidad por ECOPE-TROL, administración regulada por normatividad que merece un pronto estudio.

Volviendo a 1886, se presentan dos artículos en la Constitución de dicho año, a los cuales es necesario hacerles una aclaración.

En efecto, el artículo cuarto sostiene que el "territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenece ÚNICAMENTE a la Nación". (Mayúsculas fijas nuestras)

El artículo 202, afirma que "pertenecen a la República de Colombia..." Sin querer hacer un ambiente de especulación metafísica, es necesario aclarar que una cosa es la Nación como concepto sociológico y jurídico, que determina la actividad estatal, y otra cosa es el ejercicio del poder político, que cuando no es despótico sino amplio y democrático, recibe el nombre de República. En otras palabras una cosa es el elemento del Estado y otra cosa es el ejercicio del poder estatal, a través del Gobierno.

En su último capítulo del primer libro del Contrato Social, Juan Jacobo Rousseau desarrolla la idea del llamado dominio eminente, pudiendo exponer la difícil hibridez de la propiedad pública y la pro-

piedad privada, que se encierra dentro de un solo territorio estatal, haciéndose entender el porqué del territorio necesitaba convertirse en elemento del Estado, pues como él mismo dice, a diferencia de los monarcas antiguos, los de ese entonces —siglo XVIII— eran más astutos y sabían que "dominando el territorio dominaban así a sus habitantes".

Esto abre una gran posibilidad, ya que tenemos una unión estrecha entre la población de un territorio y éste mismo, identificación que fortalece el concepto de Nación con el de Patria. Por ello creemos conveniente colocar la titularidad de los bienes públicos, no en el Gobierno ni en el Estado, sino en la Nación, unificando los dos artículos anteriormente señalados, para así no dejar en el vacío los mencionados bienes, pues las normas que exponemos tienen como finalidad expresar dicha titularidad de manera clara y concreta, normas basadas en valores como el de la nacionalidad, y los de responsabilidad, cargas y derechos ciudadanos.

Como consecuencia de lo anterior, proponemos el siguiente articulado, para que se le dé primer debate en esta plenaria:

BIENES DE LA NACION

ARTÍCULO: El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenece únicamente a la Nación.

ARTÍCULO: Pertenecen a la Nación colombiana:

1.- Los bienes, rentas, fincas, valores, derechos y acciones que pertenecían a la unión colombiana el 15 de abril de 1886.

2.- Los baldíos, minas y salinas que pertenecían a los Estados, cuyo dominio recobra la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros por dichos Estados, o a favor de éstos por la Nación a título de indemnización.

3.- Las minas de oro, de plata, de platino y de piedras preciosas que existan en el territorio Nacional, sin perjuicio de los derechos que por leyes anteriores hayan adquirido los descubridores y explotadores sobre algunas de ellas.

JAIME ARIAS LOPEZ
constituyente

Ponencia para Primer Debate en Plenaria

Fines del Estado

Constituyente: JAIME ARIAS LOPEZ

A partir del siglo XIII, comienza un proceso que dura cinco siglos, el cual da como resultado una nueva concepción de Estado, presentada en el siglo XVIII. De la personalización del poder absoluto en el rey se llega al concepto institucional del Estado, que conlleva a la despersonalización de dicho poder, teniéndose al Estado como un producto racional del hombre.

El proceso, brevemente citado, impulsa la lucha entre fe y razón, lo que determinaría un cambio de actitud y concepción del mundo, presentado por el racionalismo del Siglo de las Luces. Ese cambio tanto material como espiritual del hombre, tiene su reclamo principalmente en la revolución francesa de 1789, la cual, como un primer paso dado, cita a Asamblea Nacional Constituyente, expidiendo los derechos universales del hombre, que como su nombre lo indica aspiran a encerrar el universo humano y no limitarlo al concepto naciente de Estado Nacional, importante en lo político. En dicho movimiento se tuvo claro que para existir un gobierno republicano o democrático, expresado en la nueva forma de Estado institucionalizado, era necesario reunir tres elementos: una constitución, una tridivisión de poderes y una declaración de derechos y garantías sociales.

Esos tres pilares garantizarían la razón de ser que se le da al Estado, la cual mira tres fines del mismo: la seguridad, la tranquilidad y la salubridad de los asociados. Por lo tanto, la concepción de Estado moderno, no hace de éste algo gratuito o parásito, si no que le da funciones relacionadas con fines, para así justificar su existencia.

Los tres fines señalados anteriormente, son buscados por los caminos trazados a través de las funciones del poder político o Estado, a saber: la legislativa, la ejecutiva, la jurisdiccional, que hoy día se amplían con otras como la electoral y la fiscal, que producen la organización del Estado comprendiendo y exigiendo la función pública, que encierra a todos los funcionarios del Estado, trabajadores en la búsqueda del bienestar social.

De los renglones anteriores, podemos

deducir que si un Estado, entendido en el concepto racional de la palabra, en su organización, no busca y logra el mínimo de los fines y propósitos que se le han impuesto, sería un germen burocrático por exclusividad, en el peor de los sentidos, lo que daría más perjuicio que beneficio a la sociedad. La relación estrecha entre Estado y sociedad y el servicio de aquél a ésta, ha hecho aparecer el novedoso concepto del Estado Social de Derecho, en busca de la mejoría y desarrollo no discriminado.

El derecho administrativo contemporáneo acepta los tres fines del Estado citados anteriormente, llegando en algunas ocasiones a extenderlos a otros. Como tal, en la historia de dicho derecho se ha tratado de identificar los actos del poder, para darles un tratamiento soberano, lo que ha recorrido el panorama histórico de dos siglos con las teorías diferenciales de los actos de gestión y actos de poder, del servicio público, de las cláusulas exorbitantes y otras, que siempre miraban a la actividad estatal como en proceso de decisiones políticas y administrativas, en busca del bienestar social, lo que hace que hoy día el gobernante no sea soberano, que no pueda cometer desafueros a la sociedad, obligándose a actuar de acuerdo a los intereses de ella.

A pesar de esa acogida tácita de los fines del Estado por el derecho, en Colombia hace falta una norma constitucional que así lo exprese de manera clara y específica. Aun cuando algunos artículos los refieren sin concretarlos, como es el caso del actual artículo 55 CN y de manera más general en el 16 ibidem, no se da, repetimos, un origen normativo superior a tal temática.

Así las cosas, es necesario proponer dicho artículo dentro del cual se exprese la necesidad de colocar a la comunidad y a los asociados en general, como utilizadores bien pensados de algo que debe estar a su servicio, cual es el Estado. Así, se desmitifica la figura y se le da su verdadero sentido de servir a los hombres y no someterse éstos a su propia creación, lo que permitiría que la sociedad actual desarrolle valores como el de vivir armoniosamente, con

responsabilidades y progreso, teniendo el Estado que identificarse con los fines perseguidos por la sociedad.

Por otro lado, las autoridades legítimamente constituidas deben respetar el valor de la paz, consecuencia necesaria de los fines principales del Estado, teniendo que presentar los medios para ser factibles los derechos en su ejercicio, la exigencia de los deberes ciudadanos y la práctica de los principios, todos también singularizados en la Constitución.

Pero además, el Estado no se va a considerar algo autónomo que de por sí responda, sino que recogiendo esa determinabilidad de la comunidad al Estado, aquella tiene participación activa en las decisiones que le afectan, en todo sentido, económico, político y cultural, lo que sin duda haría posible una verdadera nación, envuelta en una democracia de participación y en una educación integral.

Por último, es fin primordial del Estado garantizar y fortalecer el concepto de unidad nacional, sobre un territorio soberano, de acuerdo con sus decisiones internacionales, que sea cimiento de un pueblo autodeterminado, en un orden justo y pacífico, en miras a un fortalecimiento del Estado nacional.

Como consecuencia de lo anterior, proponemos el siguiente artículo, para que se le dé primer debate en esta Plenaria:

FINES DEL ESTADO

Artículo.- Los poderes del Estado tienen como finalidad esencial servir a la comunidad; promover la prosperidad general y las condiciones de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las instancias de decisión que los afecta, y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional y mantener la integridad territorial; asegurar la pacífica convivencia y la vigencia de un orden justo.

JAIME ARIAS LOPEZ
Constituyente

Fe de Erratas

EDGAR MONCAYO
Gaceta Constitucional
ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

La presente con el fin de solicitarle sea corregido el nombre del delegatario MARCO

ANTONIO CHALITAS VALENZUELA, ya que en las Gacetas ha venido apareciendo como Marco Antonio Chalitá Velásquez.

Agradezco su amable atención.
GUILLERMO BUENAVENTURA C.
Asesor
Marco Antonio Chalitas