

REFORMA POLÍTICA Y CONTROL FISCAL

Rodrigo Naranjo Galves

Se está tramitando un proyecto de reforma constitucional en el Congreso de la República, con orientación e impulso del Gobierno Nacional, el cual ha hecho de la llamada "reforma política" una de sus principales metas. En este proyecto de acto legislativo el tema del control fiscal sólo se toca en lo relacionado con el procedimiento de elección del contralor general de la República; lo cual no es de extrañar a la luz de la orientación general del proceso de reforma, cuyos críticos no vacilan en calificar de "electorera", calificativo no del todo injusto.

Cabría preguntarse si en el campo del control sobre el manejo y utilización de la hacienda pública, el único asunto digno de mejora y reforma lo constituye el mecanismo mediante el cual se escoge al máximo directivo de la contraloría. Creo sinceramente que ello no es así. El examen detenido del asunto permite concluir que la existencia de un sistema efectivo de control fiscal, es condición esencial de todo Estado de derecho, y se torna aún más importante si de lo que se trata es de consolidar un Estado que merezca el calificativo de Estado social de derecho.

Sin duda alguna contribuye a la cordedad de miras del proyecto de reforma política, en lo que al control fiscal se refiere, la deteriorada imagen de varios de los últimos

ABOGADO DEL COLEGIO
MAYOR DE NUESTRA
SEÑORA DEL ROSARIO.
ESPECIALISTA EN DERECHO
ADMINISTRATIVO Y PROFESOR
AUXILIAR DE ESA MATERIA EN
LA UNIVERSIDAD DEL
ROSARIO.
INVESTIGADOR JUNIOR
DE LA FACULTAD DE
JURISPRUDENCIA.

contralores de los cuales cuatro están condenados o se encuentran privados de la libertad; circunstancia que conduce a centrar la atención en el problema de cómo elegir un hombre honesto para ese cargo. De otro lado, al carácter técnico del asunto lo rodea un halo de misterio, propio de los temas que o bien no se tocan al momento de plantear cambios institucionales de envergadura, o bien se dejan en manos de comisiones de expertos.

No está mal que se busque el consejo de expertos, pues el tema del control fiscal tiene más de una arista técnica; pero estos aspectos técnicos no son más numerosos ni más difíciles que los presentes en otras ramas del Derecho Público. Cabe afirmar —parodiando a Clemenceau— que el control fiscal es asunto tan importante que sería absurdo dejarlo sólo en manos de quienes se consideran o aspiran a ser especialistas en la materia; especialistas cuya labor debe ser más bien la de ilustrar el criterio de la academia y de la sociedad a la hora de plantear reformas. Debe recordarse, que las reformas substanciales en este campo, suelen romper con los paradigmas establecidos, labor que casi nunca han efectuado los especialistas* y que este tema, por su carácter esencialmente político, interesa al conjunto de la sociedad.

En consonancia con lo anterior, en este escrito me propongo lo siguiente:

- Insistir en la importancia fundamental que tiene en un Estado social de derecho, el control sobre el manejo e inversión de los bienes y fondos públicos, y con ello, en la importancia política e institucional del asunto.
- Plantear la necesidad urgente de dar comienzo a un proceso de debate y discusión respecto de una verdadera reforma al sistema de control fiscal; que vaya más allá de lo que hoy se discute en el Congreso de la República.
- Aportar algunos elementos de juicio para ese futuro debate.

* KHUN Thomas S, *La Estructura de las Revoluciones científicas*. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1992, Pág 125.

1. ESTADO DE DERECHO, CONTROL Y PODER POLÍTICO

El control sobre la hacienda pública debe ser estudiado como parte del gran grupo de controles al ejercicio del poder político que se han diseñado en los sistemas políticos de la democracia constitucional. Por tal razón, el estudio de este tema debe arrancar desde la órbita del control al ejercicio del poder político.

1.1. La necesidad del control al ejercicio del poder. Ese conjunto de controles obedece a la idea de que el poder político debe ser objeto de límites y restricciones, pues aquel poder que no sea objeto de control tiende a cometer abusos en perjuicio de derechos y libertades de los destinatarios del mismo¹.

Esta idea, constatada una y otra vez a través de la historia, está detrás de toda la elaboración conceptual del constitucionalismo y de la democracia constitucional, en su lucha por racionalizar el ejercicio del poder, sometiéndolo al derecho y confiriéndole calidad de responsable en los resultados de su ejercicio. Cabe afirmar que el Estado de derecho, como instrumento de realización del constitucionalismo² es un conjunto de controles al ejercicio del poder; de los cuales la Constitución Política es el principal.

¹ ACOTON Lord, citado por LOEWESTEIN Karl en *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1982, págs. 28 y 29: "Power tends to corrupt, absolute power tends to corrupt absolutely. El poder tiende a corromper, el poder absoluto tiende a corromper absolutamente".

² Siguiendo a los profesores SÁCHICA y LOEWESTEIN, es necesario hacer en este punto una aclaración terminológica, distinguiendo entre el concepto más general de constitucionalismo y el constitucionalismo como ideología; y entre éste último y el concepto de constitucionalismo como sistema político. Así, para el profesor SÁCHICA "...al movimiento que en la historia de las ideas políticas se denomina "constitucionalismo" lo entendemos en una definición muy general, como el esfuerzo humano por racionalizar jurídicamente el ejercicio del poder político, sometiendo su organización, legitimando su origen y asignándole sus límites según un cierto ordenamiento normativo...". El mismo autor explica como en su etapa moderna la ideología del constitucionalismo, pretendió despersonalizar el poder, cambiar el título de su justificación, variar su fin, desconcentrarlo y racionalizarlo mediante su subordinación a la ley y al sistema jurídico, que se constituye en límite del poder. El constitucionalismo como sistema político, opuesto a la autocracia, es sinónimo de Democracia Constitucional y se caracteriza por una distribución del poder en el "que varios e independientes detentadores del poder u órganos estatales participan en la conformación de la voluntad estatal. Las funciones que se les han asignado están sometidas a un respectivo control a través de los otros detentadores del poder, como está distribuido, el ejercicio del poder político está necesariamente controlado. Es una verdad de Pero Grullo que donde dos

1.2. Tipos de controles. Estos controles pueden clasificarse en dos grandes grupos: verticales y horizontales, y dentro de estos últimos se distingue entre los interorgánicos y los intraorgánicos.¹

La característica esencial de los controles verticales radica en que se ejercen por sociedad —o de algunos de sus componentes— sobre los detentadores oficiales o instituidos del poder. Adicionalmente, no son consecuencia necesaria de las normas constitucionales. Un ejemplo de este tipo de control lo constituye la actividad de los grupos pluralistas o intermedios que actúan entre los destinatarios del poder y los detentadores del mismo.

Los controles de tipo horizontal están constituidos por específicas instituciones de control previstas en las normas, que operan dentro del cuadro del aparato estatal. Cuando las instituciones de control funcionan dentro de los mismos órganos objeto del control, se denominan intraorgánicas (v. gr. el carácter bicameral del órgano legislativo) y se califican de interorgánicas cuando operan entre los diferentes detentadores del poder político. Un ejemplo de este último tipo de control lo constituye el mecanismo de la disolución del Parlamento por el gobierno. Es importante resaltar que de la disposición específica del conjunto de los controles horizontales depende el tipo de gobierno de cada Estado.

1.3. El control fiscal su naturaleza y ubicación dentro del esquema de controles. El control fiscal responde a la necesidad de vigilar el manejo de la hacienda pública en toda su extensión, desde su recaudo hasta su inversión o gasto y además, en el Estado de derecho, a la necesidad de controlar a quienes ejercen el poder, en cuanto tienen a su cargo los recursos del Estado o los manejan, inviertan o gasten.

Ahora bien, todo Estado, cualquiera sea su naturaleza o la concepción ideológica que anime su organización, tendrá la necesidad de vigilar el manejo o inversión de los recursos públicos; necesidad que surge de razones de elemental lógica administrativa: gobernar es entre

cabezas tienen que tomar una decisión una sola no podrá hacer prevalecer su opinión". Al respecto ver:

SÁCHICA Luis Carlos, *Exposición y glosa del constitucionalismo moderno*, Ed. Temis, Bogotá, 1979; Págs 16 a 31.

¹ LOEWESTEIN Karl, Ob. Cit., Págs 39, 233 y 353

otras cosas administrar, y administrar es gastar. Es así que tratadistas y estudiosos de la hacienda pública y los temas fiscales, al estudiar este punto nos muestran cómo en la Francia de la Edad Media existieron órganos o dependencias de control, para la protección del patrimonio del Rey, las llamadas Cámaras de Cuentas. En nuestro país hubo instancias de control sobre el manejo de la hacienda pública desde el descubrimiento y la conquista y la época colonial. Posteriormente en la República también se instituyeron mecanismos de control fiscal (cosa diferente es cuál haya sido su efectividad).⁴⁻⁵ Pero en un Estado de derecho el control fiscal adquiere especiales connotaciones de carácter político, las cuales se explican en virtud de los principios de “no tributación sin representación”, de “legalidad presupuestal” y del control político al gasto.

Así, en virtud del postulado de la “no tributación sin representación”, queda proscrita la creación de tributos sin la intervención de los órganos de representación popular. Como consecuencia del principio de “Legalidad presupuestal” es indispensable la aprobación del órgano legislativo (que incluye a los representantes del pueblo o de la nación) para que el Estado pueda recaudar impuestos y efectuar gasto público,⁶ aprobación que se ve reflejada en una ley anual de presupuesto. De esta forma se concreta un poderoso instrumento de control político del Congreso o Parlamento sobre el ejecutivo.⁷

Pero si el órgano legislativo controla al ejecutivo en lo relacionado con la creación de tributos y su recaudo, con los ingresos y gastos, igualmente es lógico que controle u ordene controlar la ejecución misma del presupuesto, ello es, vigilar el uso de los recursos públicos, para evitar abusos por parte de quienes manejan o administran bienes o rentas públicas; papel que debe cumplir el control denominado fiscal, el cual adquiere de esta forma el carácter de instrumento del control político al gasto.

⁴ YOUNES MORENO Diego, *Nuevo régimen del control fiscal*. Diké, Bogotá, 1995, Págs 73 a 81.

⁵ BETANCUR AGUILAR Jorge Hernán, *El control fiscal en Colombia*. Luz Editorial, Medellín, 1995, Págs 14 a 18.

⁶ RESTREPO SALAZAR Juan Camilo, *Hacienda pública*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, Pág 189.

⁷ PLAZAS VEGA Mauricio, *El liberalismo de los y la teoría tributos*. Ed. Temis, Bogotá 1995, Pág 227.

En este punto es necesaria una aclaración: los tratadistas no suelen clasificar al control fiscal como un control político, por cuanto no lo ponen en marcha los órganos políticos del Estado, ni la opinión pública;⁸ sino como control administrativo⁹ o como control de naturaleza presupuestal¹⁰ o como control interorgánico confiado a un ente especializado.¹¹ Comparto esta última tesis, especialmente en cuanto hace relación a la forma en que la vigilancia fiscal se encuentra organizada en nuestro sistema jurídico. Sin embargo, deseo resaltar la importancia política derivada de su carácter de instrumento del control político sobre el gasto público (carácter que como más adelante explico, se ve resaltado en un Estado social de derecho). El olvido o la falta de conciencia sobre este aspecto contribuye en buena medida a que el tema del control fiscal sea relegado o soslayado y con ello, a que no se les busque solución a los problemas que enfrenta.

1.4 Organización y funciones del sistema de control fiscal. La forma concreta que adopte el control fiscal dependerá del sistema jurídico de cada Estado; pero a grandes rasgos se pueden identificar dos formas o sistemas de organización de la vigilancia sobre la ejecución del presupuesto y el manejo de los bienes o fondos públicos en el Estado de derecho, a saber:

- Sistema de *Cortes o Tribunales de Cuentas*.
- Sistema de *Contralorías*.

Los dos sistemas presentan rasgos comunes, a saber :

- Son formas de organización del control fiscal que buscan independencia del ente de control frente a los órganos que ejecutan el presupuesto y en especial frente a los que conforman o hacen parte de la rama ejecutiva;

⁸ El profesor Jaime Vidal Perdomo (citado por YOUNES MORENO, Ob. Cit., Pág 24), define el control Político como aquel "que pueden poner en marcha los órganos políticos del Estado (Senado de la República y Cámara de representantes y sus comisiones) y los caudales de opinión pública como son los partidos políticos, la prensa y los grupos de personas que también la expresan". Cita tomada del artículo *El control político en Colombia* publicado en la Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, No. 511, 1980, Pág 11.

⁹ CABALLERO SIERRA Gaspar y ANZOLA GIL Marcela. *Teoría Constitucional*. Ed. Temis, Bogotá, 1995, Pág 351.

¹⁰ RESTREPO SALAZAR Juan Camilo, Ob. Cit., Pág 275.

¹¹ SÁCHICA Luis carlos. Ob. Cit., Pág 135.

- Por lo general, se presenta la participación del legislativo en la designación de las personas que dirigen las contralorías o son Magistrados de las cortes de cuentas;
- Finalmente, en los dos sistemas su función básica la constituye únicamente el examen de la legalidad de las cuentas presentadas por las personas que manejan o administran fondos o bienes del Estado, el finiquito de las mismas si son satisfactorias, y la fijación de la respectiva responsabilidad pecuniaria, si no lo son.

Se trata de un control más de legalidad que de mérito, en virtud del cual el responsable del manejo y custodia de bienes o fondos públicos explica qué recibió, cómo lo gastó, qué le quedó y allega los soportes contables respectivos. En esta versión decimonónica, lo relativo al mérito de su actuación no es en principio objeto de examen.¹²

En cuanto a las diferencias entre los mencionados sistemas de control fiscal, tenemos que las cortes o tribunales de cuentas tienen naturaleza jurisdiccional y por ello hacen parte de la rama judicial; conformando, en palabras del doctor Esteban Jaramillo, un sistema de control fiscal de naturaleza contencioso-administrativa. Constituye el modelo de control fiscal europeo continental; de hecho la corte de cuentas que sirvió de patrón o paradigma durante el siglo diecinueve fue la corte de cuentas creada por Napoleón Bonaparte en 1807.¹³

Las contralorías son dependencias de auditoría pública¹⁴, que operan bajo el esquema de órganos autónomos e independientes, ello es, órganos estatales ubicados por fuera del esquema tradicional de las ramas del poder público. Hacen parte de lo llamado algunos tratadistas el "cuarto poder."¹⁵ Son el modelo anglosajón de control fiscal y su labor por definición está muy cercana la de un auditor externo frente a una empresa; haciendo énfasis en lo relativo al control de legalidad y de ejecución del presupuesto, a través de auditorías financieras.

¹² Sobre los conceptos de control de mérito y control de legalidad, y la diferencia entre ellos, ver YOUNES MORENO, Ob. Cit., Pág. 45.

¹³ AMAYA OLAYA Uriel Alberto, **Fundamentos constitucionales del control fiscal**, Unibral Ediciones, Bogotá, 1996, Págs 25 y 28.

¹⁴ AMAYA OLAYA Uriel Alberto, Ob. Cit., Págs 28 y 29.

¹⁵ SÁCHICA Luis Carlos, Ob. Cit., Pág 135.

En nuestro país se utilizó el sistema de cortes de cuentas desde la colonia, en la versión anterior a la revolución francesa, propia del absolutismo. Una vez obtenida la independencia se siguió utilizando el modelo bajo los parámetros del Estado demo-liberal y este patrón –con algunos altibajos– se mantuvo durante casi un siglo.

2. EL CONTROL FISCAL EN COLOMBIA

Pero a partir de 1923, nuestro país adoptó el sistema de contralorías, acogiendo las recomendaciones de la primera misión Kemmerer; sistema que adquirió rango constitucional con la reforma de 1945 y se mantuvo, pese a las críticas, en la reforma de 1991.

2.1 El sistema de contralorías a partir de 1923. La historia de la evolución del sistema colombiano de control fiscal entre 1923 y 1991 está reflejada en los siguientes actos legislativos y leyes:

- Ley 42 de 1923
- Decreto legislativo 911 de 1932
- Acto legislativo No. 1 de 1945
- Ley 58 de 1946
- Acto legislativo No.1 de 1968
- Ley 20 de 1975
- Decreto Ley 222 de 1983

El sistema de control fruto de la aplicación de estas normas, fue de estirpe numérico-legal, marcadamente orientado al examen de legalidad de la gestión pública y al control de índole presupuestal; un mero instrumento de verificación de los requisitos formales de legalidad del gasto y de la conformidad entre dicho gasto y el presupuesto.¹⁶

Era el control fiscal típico de un Estado liberal clásico; lo cual no deja de ser curioso pues con la reforma constitucional de 1936 se habían introducido las tesis del constitucionalismo social y sentado las bases del Estado social de derecho. Por ello hubiera sido lógico que después de 1936 se proyectara el papel del control fiscal a determinar la efectividad de la intervención estatal y evaluar en qué medida el gasto público contribuía al cumplimiento de los deberes sociales del Estado.

¹⁶AMAYA OLAYA Uriel Alberto, Ob. Cit., Pág 33.

No fue así, y por ello cabe afirmar que en nuestro país la estructura y el funcionamiento del sistema de control fiscal estuvo retrasado con respecto a la evolución del Estado, a partir de 1936.

2.2. El control fiscal en la asamblea nacional constituyente de 1991.

Al momento de comenzar el trabajo de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, existía una gran desconfianza respecto de las contralorías, objeto de severas críticas, dentro de las cuales cabe destacar las siguientes¹⁷:

- “Politización”: entendiéndose por ello que las Contralorías, sobre todo a partir de la finalización del frente nacional, se convirtieron en un importante engranaje del clientelismo político, desdibujando su labor y creando, de contera, una enorme e inútil estructura burocrática.
- Rechazo del control previo: este tipo de control se realiza durante el proceso de formación del acto o antes de que este produzca sus efectos. Se prestó a la coadministración por parte de las contralorías y, en no pocos casos, a las prácticas corruptas de las personas que llevaban a cabo las labores concretas de auditoría.
- Falta de aplicación de sistemas de auditoría que permitieran juzgar eficiencia y economicidad del acto: el simple control numérico legal no permitía evaluar la conveniencia, sensatez y mérito de la gestión fiscal; aspectos estos que demandaban la utilización de técnicas modernas de auditoría, tales como, la auditoría financiera, la auditoría operativa y la auditoría integral y de gestión.
- Insuficiente extensión del control: era necesario controlar no sólo el gasto sino también el ingreso. De otro lado, era indispensable extender la órbita del control a las sociedades de economía mixta y a las entidades descentralizadas indirectas.

Así las cosas, se sometieron a consideración de la Asamblea Nacional Constituyente importantes propuestas de modificación al régimen de control fiscal, elaboradas por el Gobierno nacional y la Contraloría General de la República.

¹⁷ YOUNES MORENO Diego, Ob.Cit., Págs 47 a 52.

Adicionalmente, se presentaron once propuestas por partes de los señores delegatarios.¹⁸⁻¹⁹

2.3 Características principales del actual régimen de control. El texto constitucional sobre control fiscal finalmente aprobado, está contenido en los artículos 113, 117, 267 a 274 de la Carta Política de 1991 y las principales características del nuevo régimen de control son las siguientes:

- Se establecen mecanismos para garantizar la autonomía e independencia de las contralorías frente a la administración y de ésta frente a las contralorías, a saber:
- Se reitera el carácter de las contralorías como órganos autónomos e independientes, dotándolas de autonomía administrativa y presupuestal y otorgándoles personalidad jurídica propia.
- Se les prohíbe expresamente a las contralorías el ejercicio de funciones administrativas que no sean inherentes a su propia organización.
- El control es posterior y selectivo: ello implica abolir el crítico control previo sobre la totalidad de las operaciones o actos.
- La tarea de las contralorías se amplía expresamente al control de gestión y resultados (y a la evaluación de los sistemas de control interno).

En este punto debe aclararse que se mantuvieron las funciones típicas y tradicionales del control fiscal, relativas a la revisión o examen de cuentas y la fijación de responsabilidades fiscales, pero al mismo tiempo

¹⁸ Propuestas sobre modificaciones al régimen del control fiscal presentadas por los delegatarios Jesús Pérez González-Rubio, Diego Uribe Vargas, Antonio Navarro Wolff y otros, Juan Gómez Martínez y Hernando Londoño, María Teresa Garcés Lloreda, Carlos Lemos Simmonds, Antonio Yepes Parra, Guillermo Plazas Alcid, Rodrigo Lloreda Caicedo, Misael Pastrana Borrero y otros, Lorenzo Muelas Hurtado, Alfredo Vásquez, Aída Abella y Luis Guillermo Nieto Roa.

¹⁹ En relación con el contenido de las principales propuestas de modificación al régimen de control fiscal y la discusión sobre ellas en la Asamblea Nacional Constituyente, ver: YOUNES MORENO Diego, Ob. Cit., Págs 52 a 67, y AMAYA OLAYA Uriel Alberto, Ob. Cit., Págs 38 a 42.

se consagra como su función principal la de efectuar el control de la gestión y resultados de quienes efectuaran gestión fiscal.

- El control fiscal tiene naturaleza estrictamente objetiva: se ejerce sobre todas las personas que manejen, administren o inviertan bienes o fondos públicos y en cuanto respecta a dicho manejo; sean personas servidores públicos o particulares, personas jurídicas de derecho público o de derecho privado;
- El control fiscal es una función pública: está a cargo de las contralorías, únicamente. Éstas pueden, contratar empresas privadas colombianas como herramienta para su ejercicio.
- Se complementa la tarea de las contralorías con la posibilidad de participación ciudadana en el ejercicio del control fiscal.

Las contralorías hacen parte de un conjunto y sistema de controles sobre la gestión pública; controles que en unos casos son llevados a cabo por órganos autónomos e independientes (v. gr. el Ministerio Público), en otros por órganos o instancias de control que hacen parte de la propia administración (v. gr. los sistemas de control interno) y todos ellos tienen su complemento en mecanismos de control ciudadano sobre la administración pública, entre los cuales cabe mencionar las veedurías para la vigilancia de la gestión contractual de las entidades estatales y la participación de los ciudadanos en el control fiscal.

3. ESTADO SOCIAL DE DERECHO, LEGITIMIDAD Y CONTROL FISCAL

La reforma constitucional de 1936 sentó las bases del constitucionalismo social en nuestro país.²⁰ Continuando esa tarea, la Constitución Política de 1991 define expresamente a Colombia como un Estado social de derecho (artículo 1º); reitera la existencia de deberes sociales tanto del Estado como de los particulares (artículo 2º); declara que es obligación del Estado promover las condiciones para que la de-

²⁰ Los antecedentes del Estado social, se remontan a los trabajos de Lorenz Von Stein en 1850 y a la social democracia clásica de Ferdinand Lasalle. Al respecto ver: GARCÍA-PELAYO Manuel, *Las grandes transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, Págs 14 a 17.

mocracia sea real y efectiva y adoptan medidas en favor de grupos discriminados o marginados (artículo 13); reitera la función social de la propiedad, adicionándole la función social ecológica (artículo 58); y consagra los derechos económicos y sociales, esto es, los llamados “Derechos de segunda generación” (artículos 58 a 77).

Para los propósitos de este artículo es necesario partir del concepto de Estado social de derecho, mostrar cómo se legitima este tipo de Estado y hecho lo anterior, establecer una relación entre la efectividad del control fiscal y el logro de tal legitimidad.

3.1 Naturaleza del estado social de derecho. Es este un tipo o modelo de Estado que centra su interés en la obtención del bienestar social y es opuesto tanto al comunista como al autoritario,²¹ en cuanto que su propósito de generar y distribuir bienestar, se cumple dentro de un clima de libertad.²² Puede ser definido como un Estado de derecho que armoniza los postulados liberales con las exigencias de la justicia social.²³

La naturaleza de este tipo modelo estatal puede aprehenderse con mayor facilidad al compararlo con el Estado formal de derecho, comparación que permite poner de presente, entre otros, los siguientes puntos:^{24 - 25}

- Mientras que el estado liberal clásico insiste en la igualdad formal frente a la ley, en el Estado social se hace énfasis en la igualdad material.
- El Estado liberal clásico se sustenta en el principio de “Justicia conmutativa”, en tanto el Estado social de derecho se sustenta en la “Justicia distributiva”.
- En el Estado de derecho se busca restringir al máximo la expansión de la acción estatal; en el Estado social se le exige una actividad orientada a la realización de los valores sociales, la justicia y la igualdad.

²¹ GARCÍA-PELAYO Manuel, Ob. Cit., Pág 13.

²² SÁCHICA Luis Carlos, Ob. Cit., Pág 211.

²³ CABALLERO SIERRA Gaspar y ANZOLA GIL Marcela, Ob. Cit., Pág 89.

²⁴ VIDAL PERDOMO Jaime, *Derecho constitucional general e instituciones políticas colombianas*, Legis, Bogotá, Pags 237 y 254.

²⁵ GARCÍA-PELAYO Manuel, Ob. Cit., Pag 26.

3.2 Legitimidad en el Estado social de derecho. Es importante resaltar cómo por las características antes mencionadas, el Estado social de derecho, está obligado no sólo en un sentido de abstención sino además, y principalmente, en uno de prestación. En efecto, además de los servicios típicos del Estado liberal clásico —policía y seguridad interior, administración de justicia, etc.— está en el deber de implementar y ejecutar políticas que permitan la satisfacción de las necesidades concretas que demandan la seguridad material y el desenvolvimiento espiritual de sus gobernados y ciudadanos.²⁶

Debe recordarse que con la Carta Política de 1991 se pasó de una Constitución programática —un esquema jurídico— a una Constitución normativa, que goza de eficacia jurídica inmediata en la mayoría de sus normas. Ahora bien, una Constitución escrita es lo que de ella hagan, en la práctica, los detentadores y los destinatarios del poder.²⁷

3.3. Control fiscal y legitimidad del Estado. Ahora bien, el Estado Social de derecho, en cuanto Estado de Derecho, tiene como supuesto la democracia política y por ello, el consentimiento de los gobernados es fuente de su legitimidad. Pero en cuanto Estado social, como Estado de prestaciones (y Estado a cargo de la dirección general de la actividad económica) su principio particular de legitimidad está constituido por la funcionalidad de su gestión; ello es, por la eficacia en el cumplimiento de sus fines.²⁸

De esta manera la legitimidad democrática coexiste e interactúa con el principio de la legitimidad por funcionalidad o eficacia, lo cual es lógico, pues el Estado social de derecho no niega los valores básicos del Estado liberal burgués sino que pretende hacerlos efectivos y así, los complementa con otros criterios axiológico-políticos; añadiendo a los derechos clásicos, los derechos económicos y sociales, en el entendido que la dignidad humana materializada en supuestos socio-económicos es condición para el ejercicio real de la libertad.²⁹

²⁶ VIDAL PERDOMO Jaime, Ob. Cit., Pág 223.

²⁷ MARTÍNEZ CABALLERO Alejandro, *El Estado social de derecho*, artículo que hace parte del texto de V.V.A.A. *Hermenéutica jurídica*, Ediciones Rosaristas, Bogotá, Págs 105 y 111.

²⁸ MARTÍNEZ CABALLERO Alejandro, ob.cit págs 110 y 111 (citando a Korad Hesse).

²⁹ GARCÍA-PFLAYO, ob cit, págs 26, 29, 38, 50 y 56.

Los fines cuyo logro condiciona la legitimidad del Estado social de derecho, se destacan, para los efectos de este ensayo, en los relacionados con el otorgamiento de prestaciones a los ciudadanos y la distribución del ingreso, coherentes ambos con el concepto de "procura existencial."³⁰

En tal virtud se entiende que el Estado social de derecho debe asegurar a los destinatarios del poder un conjunto de situaciones, bienes y servicios que constituyen sus posibilidades de existencia y que ellos no pueden asegurarse por sí mismos. Es un Estado de prestaciones que asume la responsabilidad de la distribución y redistribución de bienes y servicios económicos y, en general, del producto social.³¹

Y es que la actividad del Estado es indispensable para la efectividad de los derechos económicos y sociales pues, por la misma naturaleza de las cosas, su realización efectiva exige además de su otorgamiento, de la existencia de condiciones que permitan su disfrute, especialmente de organismos estatales de servicios públicos que lleven a cabo programas sociales específicos financiados por el Estado.³²

3.4 Relación entre legitimidad y eficacia del control fiscal

El cumplimiento de estas tareas implica, de un lado, obtener los recursos necesarios y, de otro, utilizarlos adecuadamente. Para lo primero, es esen-

³⁰ Para los efectos de este escrito se acoge la distinción que hace el profesor Manuel García Pelayo entre los conceptos de estado social de derecho y estado de bienestar (distinción que no todos los autores aceptan): Así el estado de bienestar ("Welfare State") "Se refiere capitalmente a una dimensión de la política estatal, es decir, a las finalidades de bienestar social; es un concepto mensurable en función de la distribución de cifras del presupuesto destinadas a servicios sociales y de otros índices (...) En cambio en la denominación y el concepto de estado social, incluyen no sólo los aspectos de estado social, aunque estos sean uno de sus componentes capitales, sino también los problemas generales del sistema estatal de nuestro tiempo ...", (ob. Cit. Págs 13 y 14). Cabe destacar entre los aspectos que este mismo autor menciona como propios de la labor del Estado social de derecho y que incluyen el Estado de bienestar pero que van más allá de el mismo:

- Política social generalizada (en lugar de una simple política social sectorial);
- El Estado está a cargo de la dirección permanente y programada del conjunto del sistema económico;
- Distribución del producto nacional;
- Prestaciones sociales a los ciudadanos;
- Formas de participación de los ciudadanos y de las organizaciones de la sociedad civil en la toma de decisiones estatales, que implican un proceso democrático más complejo que el de la simple democracia política.

³¹ GARCIA-PELAYO, ob cit, págs 28, 30 y 35.

³² VIDAL PERDOMO Jaime, ob cit págs 237, 254, 255 y 261.

cial el uso de la potestad fiscal y para lo segundo orientar y ejecutar el gasto público.

Llegado a este punto es posible establecer un nexo entre el gasto público y la legitimidad del Estado social de derecho: como se explicó, la obtención y mantenimiento de dicha legitimidad depende de la efectividad del Estado en el logro de sus fines (especialmente en sus tareas como prestador de servicios y distribuidor de la renta nacional), logro que a su vez depende de la obtención de recursos y de la orientación y ejecución del gasto; concluyéndose así que exista una relación importante entre la realización del gasto público y el logro de la legitimidad estatal.³³

Pero la simple ejecución del gasto no puede garantizar el logro o la obtención de los fines que con él se buscan, pues el gasto público por sí sólo no produce redistribución del ingreso ni prestación eficiente de servicios: para la realización de estos fines el gasto público debe ser eficiente.

Por esta razón el Estado social está obligado a implementar mecanismos efectivos de control sobre eficiencia del gasto. De lo contrario deberá afrontar los riesgos de desperdicio de los recursos públicos — que por su naturaleza son limitados, pues también lo son los ingresos tributarios y de otro tipo— y de deslegitimación por falta de efectividad en su tarea. A su vez, los gobernados o destinatarios del poder, en su doble condición de contribuyentes y de beneficiarios directos e indirectos de la acción estatal, están en su derecho de exigir la implementación de este tipo de controles.

Así se aprecia la importancia política del control fiscal orientado a la llamada auditoría de gestión,³⁴ pues este tipo de control está, por

³³ En este punto es necesario aclarar que no sólo las funciones propias del Estado social dependen del gasto público. También las funciones clásicas del Estado liberal burgués requieren o dependen del gasto público: V.gr la administración de justicia requiere de ingentes cantidades de recursos para poder funcionar, lo mismo sucede en relación con el funcionamiento de la rama legislativa o la rama ejecutiva — aún suponiéndola reducida a la mínima expresión. De la misma forma, también en la efectividad de las funciones clásicas del Estado liberal (justicia, legislación, policía y seguridad, relaciones internacionales, guarda de fronteras) inciden en la legitimación del Estado. V.gr un Estado, cualquiera sea su naturaleza, que no pueda mantener unas mínimas condiciones de paz y tranquilidad perderá, indefectiblemente, toda legitimidad.

³⁴ Al respecto ver el pronunciamiento No. 7 del Concejo Técnico de la Contaduría Pública; citado en el libro de *Normas de Auditoría Ética y Revisoría Fiscal*; Ecce Ediciones Limitada, Bogotá, 1995, págs XIV y 183 a 224.

definición, orientado a evaluar la eficacia y la eficiencia en el uso de los recursos públicos y el logro de los objetivos para los cuales están destinados. Reiterando ideas expuestas en el punto 2.1 de este escrito, cabe afirmar que el desarrollo del Estado social de derecho exige un control que haga énfasis en la gestión y los resultados.³⁵

Así lo entendió con claridad el constituyente de 1991 y el legislador. En efecto, el Artículo 267 inciso tercero de la Constitución Política expresa: *“la vigilancia de la gestión fiscal del estado incluye el ejercicio de un control financiero de gestión y de resultados fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales...”* A su vez los Artículos 12 y 13 de la Ley 42 de 1993 (sobre organización de control fiscal) consagran y definen este tipo de control.

Orientado de esta manera el control fiscal se constituye en indispensable instrumento técnico de control político sobre el gasto público. Técnico en cuanto a implementación y desarrollo, pero con claro sentido político en cuanto permite controlar el cumplimiento de los propósitos que marcan la legitimidad del Estado.

4. EL PROYECTO DE REFORMA POLÍTICA

4.1 La actual coyuntura política y económica. El país enfrenta un momento bastante difícil caracterizado, entre otras cosas, por un acentuado deterioro de las finanzas públicas, una crisis de la legitimidad del Estado y graves problemas de violencia política. En efecto, el déficit fiscal ha sobrepasado los límites aceptables, con graves consecuencias en punto de inflación y desempleo. La legitimidad del Estado es bastante precaria en un país donde cerca de un tercio de la población vive en condiciones de pobreza absoluta y la violencia de los grupos guerrilleros —que discuten la legitimidad de todo el régimen— aumenta día por día, agravada por la violencia igualmente desestabilizadora de los grupos paramilitares.

La realidad de estas circunstancias —de por sí evidente— no es nueva y además ha sido reconocida por el Estado. Cabe recordar que la Constitución Política de 1991 puede entenderse como un nuevo “pacto

³⁵ AMAYA OLAYA Uriel Aalberto, citando además el criterio de la Corte Constitucional contenido en la Sentencia C-167 del 20 de abril de 1995, M.P. Fabio Morón Díaz, Ob. Cit págs 112 y 113.

político" que buscó resolver una crisis de falta de legitimidad del régimen y profunda descomposición social.³⁶ De otro lado, el Presidente de la República, otros altos funcionarios del Estado y las fuerzas políticas con representación en el Congreso, han aceptado la existencia de la crisis y sus características. Ejemplo de ello lo constituyen los discursos pronunciados por el Presidente de la República y por el Presidente del Congreso el 7 de agosto de 1998. Así mismo, el discurso del Vicepresidente el 16 de julio de 1998³⁷ y el llamado "Acuerdo de Casa Medina", que antecedió al actual proyecto de reforma constitucional, denominado "para la reforma de la política colombiana y la profundización de la democracia".

Hay que partir de un hecho claro: la calamitosa situación de las finanzas públicas le pone un límite claro a la actividad del Estado pues no hay posibilidad de aumentar el total del gasto público, circunstancia que tiene especial gravedad porque las medidas que tome el Estado para corregir la actual situación de déficit, ilegitimidad y violencia, demandarán un aumento del gasto público en áreas especialmente sensibles: salud, agua potable y saneamiento básico, educación, obras públicas de infraestructura. El Artículo primero del proyecto de reforma política actualmente en curso, que le otorga al gobierno facultades especiales para adelantar procesos de paz y entre ellas unas muy amplias en materia de gasto público, constituye un reconocimiento de este hecho.

En estas circunstancias el Estado no tiene alternativa diferente a priorizar y reorientar el gasto público y vigilar muy de cerca su ejecución (no sólo en cuanto al gasto directamente relacionado con el proceso de paz sino de todo el gasto estatal), para aprovechar al máximo su capacidad redistributiva.

Debe recordarse que el problema de las finanzas públicas tiene su origen no tanto en el aumento del tamaño del Estado, como en la baja calidad e ineficiencia del gasto. En palabras del Ministro de Hacienda, Juan Camilo Restrepo "el problema no se reduce a inyectar dinero y más dinero a los problemas sino también en evaluar la calidad del gasto público que se está ejecutando, su productividad, en síntesis su eficiencia".

³⁶ DUGAS John, *La Constitución de 1991: ¿un pacto político viable?* texto que hace parte del libro de V.V.A.A. con el mismo título, del Departamento de Ciencia Política de la Universidad de los Andes y Fescol, 1993; págs 15 a 16.

³⁷ El texto de estos discursos puede consultarse en Revista *Consigna*, Edición No. 457, III Semestre de 1998, Bogotá; Fundación Universitaria del Área Andina, págs 9 a 33.

“El gasto público está introduciendo elementos desestabilizadores en el manejo de las finanzas públicas colombianas, no tanto por su nivel absoluto como porque su calidad es deplorable”.³⁸

La tarea del control fiscal sobre la ejecución del gasto es indispensable o debería serlo y por ello cabe preguntarse: si el funcionamiento del sistema de control fiscal no es adecuado —y consideramos que no lo es— entonces, ¿cómo hará frente el Estado a la necesidad apremiante de vigilar y hacer eficiente el manejo de los recursos públicos?

4.2 El proyecto de reforma constitucional. Pero al parecer, no existe en el Gobierno ni en el Congreso una clara conciencia sobre la importancia que tiene el funcionamiento de un buen sistema de control en las actuales circunstancias del país. Así lo demuestran los antecedentes y el texto mismo del proyecto que está en trámite.

A fines de agosto de 1998 el Gobierno hizo circular entre los medios de comunicación el primer borrador de proyecto de Acto Legislativo. En él se planteó —entre otras cosas— una propuesta bastante interesante de creación de una Jurisdicción disciplinaria y fiscal, quitándole a las contralorías la función consagrada en el Artículo 268 No. 5 de la Constitución Política y, al Ministerio Público la competencia de imponer sanciones disciplinarias, modificando el procedimiento de elección del Contralor general de la república y suprimiendo las contralorías municipales. En septiembre circuló otro borrador en que solamente se incluyó lo relativo al sistema de postulación y elección del Contralor. Esta característica se mantuvo en el proyecto de Acto Legislativo No. 088 radicado el 7 de octubre de 1998 en la Cámara de Representantes, por el Ministro del Interior.³⁹⁻⁴⁰

En la exposición de motivos, se explica que en este punto el proyecto se propone solucionar los problemas que trajo consigo el sistema de elección de Contralor general de la república (y de los Contralores departamentales y municipales) establecido en la Constitución Política de 1991, sistema que «lamentablemente trasladó a las cortes y a los tribunales un debate político alejado de toda consideración técnica» al otor-

³⁸ RESTREPO Juan Camilo, ob.cit. págs 41, 54, 55 y 56.

³⁹ *Hacia una nueva política*, Ministerio del Interior, Bogotá, 1998.

⁴⁰ Gaceta del Congreso No. 215 del 8 de octubre de 1998.

garle a estas dependencias judiciales la competencia de postular candidatos para el cargo de Contralor. La solución planteada consiste en otorgarle a la Junta directiva del Banco de la República la facultad de postular candidatos a Contralor, dejando la elección en manos de la Cámara de Representantes.⁴¹

Como antes se explicó, la importancia del funcionamiento del control fiscal supera con creces el problema relativo al sistema de elección del Contralor general de la república y de los Contralores de los entes territoriales. La cortedad de miras del proyecto es evidente y tendrá como consecuencia la continuación de una situación caracterizada por la ejecución del gasto público sin adecuado control fiscal que lo evalúe en cuanto a su eficiencia, eficacia y logro de objetivos.

El propósito general de todo el proyecto de reforma política es realizar cambios constitucionales que mejoren en conjunto la legitimidad del Estado; cambios que en palabras del propio Ministro del Interior constituirán una «cuota inicial» para el proceso de paz fortaleciéndolo en la mesa de negociaciones.⁴² Entonces, ¿por qué no abordar de una vez el tema del control fiscal? ¿Por qué no se debate un tema esencial para lograr la confianza de la sociedad civil en el funcionamiento del Estado?

Se puede lograr una mayor legitimidad recuperando la confianza ciudadana en la idoneidad de la auditoría y control de los dineros y recursos públicos. Ya que no con cambios más bien superficiales como los que significan los nuevos períodos de alcaldes y gobernadores, o la aplicación del "umbral" o lista única —temas todos ellos incluidos en el actual proyecto de Acto Legislativo.

5. PROPUESTAS

La Constitución Política de 1991 trajo cambios muy positivos en materia de control fiscal. Sin embargo, la situación actual de las finanzas públicas, el grado de ineficacia del Estado en general y la corrupción en la administración pública, son indicios claros de que el control fiscal aún no está funcionando adecuadamente. Por ello, es necesario que a la mayor brevedad posible se lleve a cabo un debate público a nivel de la

⁴¹ *Hacia una nueva política*, págs 24 y 24.

⁴² Intervención del Ministro del Interior en la Comisión Primera del Senado, en septiembre de 1998, explicando el alcance de la reforma política.

academia, las universidades y organizaciones de la sociedad civil sobre el tema de reformas al control fiscal.

Sería muy útil que dicho debate estuviera precedido o acompañado de una evaluación general del funcionamiento del sistema de control fiscal, efectuada por una comisión independiente de expertos en la materia, que trabaje en forma similar a la comisión que estudió el problema del gasto público. Esa evaluación permitiría informar a la sociedad civil y al Estado sobre la verdad de las cosas en la Contraloría general de la república y en las controlarías de los entes territoriales, además de elaborar propuestas coherentes para mejorar su funcionamiento.

.....