

AEU 7772 /

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

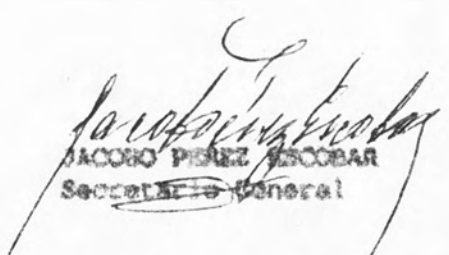
Bogotá, D.E., 24 de abril de 1991

Señor
EDGAR MONCAYO
Coordinador Gaceta Constitucional
E. S. D.

Estimado señor:

Conforme lo dispone el inciso 2o. del artículo 33 del Reglamento de la Asamblea, me permito enviarle copia de los informes presentados a la Comisión Tercera sobre el tema: ESTRUCTURA DEL ESTADO de los Constituyentes: Hernando Herrera Vergara, Carlos Lleras de la Fuente, Antonio Navarro Wolf, José Matías Ortiz y Abel Rodríguez para la publicación en la Gaceta Constitucional;

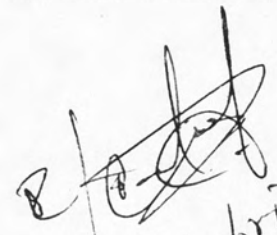
Atentamente,


JACOBO PÉREZ ESCOBAR
Secretario General



C.C. Relatoría, Relatoría Auxiliar, Subsecretaría, Centro de Computo.

JPE/im


24 abril / 3:30 PM

**INFORME A LA COMISION TERCERA
DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE**

TEMA: Estructura del Estado

PONENTES: Hernando Herrera Vergara, Carlos Lleras de la Fuente
Antonio Navarro Wolf, José Matías Ortiz, Abel Rodríguez

340.044,
753

El Estado en la práctica y no en sus textos, en cuanto se refiere a su organización y funciones, ha rebasado las doctrinas tradicionales y ha evolucionado tanto que la actual distribución del poder público en tres ramas en verdad ya no corresponde ni en la teoría ni en la práctica a la estructura real del Estado moderno.

Y esa afirmación es cierta porque, como se verá, hay órganos que no encuadran en ninguna de las tres ramas del poder público, porque sus funciones ni son legislativas, ni administrativas, ni judiciales. Sus instituciones ejercen primordialmente unas funciones propias, específicas y distintas y por lo mismo no encajan dentro de la simplista y elemental teoría tripartita por lo que, a nuestro juicio, hay necesidad de hacer una enumeración adicional.

280277-02-02-94

Por lo tanto se trata de consagrar en la Constitución las ideas básicas de la organización del Estado, tales como:

1 Las ramas del Poder Público. El Estado es titular del poder público que es uno, y cosa distinta es que para su ejercicio se distribuya la acción en ramas u órganos que hagan efectivo su funcionamiento.

2. Los órganos del Estado. Cumplen cada uno de ellos con una función básica, sin perjuicio de que ejerzan otras en condiciones especiales, De donde es menester, una cláusula general de competencia respecto de cada función básica, con el fin de evitar vacíos que entorpezcan la eficacia del Estado.

3. Las funciones. Se distribuyen las funciones básicas en virtud de las competencias que se asignan a las personas, individuales o colegiadas, que conforman los diferentes órganos.

4. Entidades descentralizadas. La creación de entidades por el Estado, que cumplan con algunas de sus funciones debe ser estrictamente regulada por la Constitución, asignando esa competencia al Legislador u otro órgano y determinando sus condiciones de ejercicio.

I. Antecedentes teóricos.

No sobra hacer una breve reseña acerca de la evolución de la teoría tripartita del poder.

Platón que tanto no penetró en materia de formas de gobierno, no dedicó mucha atención al asunto, como si lo hizo Aristóteles en su "Política" aunque se reconozca que "el estagirita" no llegó a formular con precisión un principio concreto sobre el asunto; pero se le identifica como uno de los precursores de la separación de las ramas del poder público, por su observación sobre la organización y vida política de las principales ciudades de su tiempo, pues en efecto, señaló la variedad de funciones, tal como se mostraban en la actividad de las magistraturas que describiera:

"En todo estado - dice, generalizando sus observaciones - hay tres partes cuyos intereses debe el legislador, si es entendido, ocuparse ante todo, arreglándolos debidamente. Una vez bien organizadas estas tres partes, el Estado todo resultará bien organizado; y los estados no pueden realmente diferenciarse sino en razón de la organización diferente de estos tres elementos. El primero de esos tres elementos -agrega-, es la asamblea general, que delibera sobre los negocios públicos; el segundo, el cuerpo de magistrados, cuya naturaleza y modo de nombramiento es preciso fijar; y el tercero, el cuerpo judicial."¹

Es digno de reconocer la anticipación con que Aristóteles señaló y distinguió en las estructuras políticas que se ofrecían a su observación, la existencia de esas tres ramas del poder público que más tarde serían materia de análisis de Montesquieu y que el derecho público recogió como piedra angular del Estado. La doctrina de Aristóteles tardó mucho tiempo en definirse y formularse, no

¹ ARISTOTELES. " La Política" Ediciones Universales, Bogotá 1981, pág. 199

obstante haber sido sostenida por no pocos autores de la antigüedad misma v..gr. Cicerón y Polibio.

John Locke en su "ensayo sobre el gobierno civil" (2) distinguió tres ramas del poder con el nombre de poderes que denominó: el legislativo, el ejecutivo y el federativo, cuyas funciones las caracteriza atribuyendo al primero el poder de dar a la sociedad leyes fijas, conocidas de todos, y promulgarlas y no gobernar mediante decretos extemporáneos (nums. 124-131); al ejecutivo el poder ininterrumpido que atienda a la ejecución de las leyes con vigencia y esté en fuerza permanente (num. 144) y al federativo "el poder de paz y guerra, ligas y alianzas y todas las transacciones con cualquier persona y comunidad ajena" al Estado, pues es de su resorte el resolver "las contiendas sucedidas entre cualquier hombre de la sociedad con los que estuvieren fuera de ella" y tal facultad expresa "puede llamársele federativa si de ello se gustare" (nums. 145-146). Comparándolo con el ejecutivo dice en el número 147, del ensayo, que son realmente distintos en sí mismos, pues el segundo "corresponde" al manejo de la seguridad de intereses públicos con el exterior, con la consideración de cuanto pudiere favorecerles o perjudicarles" o en otros términos, como se lee en el número 131, le corresponde usar la fuerza de la comunidad "en el exterior para evitar o enderezar los agravios del extraño y amparar a la comunidad contra las incursiones y la invasión". Para Locke el poder (sic) federativo tiene por objeto funciones hoy encargadas a la Rama Ejecutiva en el orden exterior, es decir, en las relaciones del Estado con los demás sujetos de derecho internacional, ya sean de paz, de guerra, tratados, etc. y esto para evitar o castigar los agravios de la República o a alguno de sus miembros por extraños a esa comunidad.

Sin embargo, a pesar de la distinción teórica y material que de la función hace Locke, dice finalmente en el número 148 del ensayo que: "Aunque, como dije, los poderes federativo y ejecutivo de cada comunidad sean en sí realmente distintos -anota- difícilmente cabrá separarlos y ponerlos al mismo tiempo en manos de distintas personas, porque ambos requieren de la fuerza de la sociedad para su ejercicio y es casi impracticable situar la fuerza de la comunidad política en manos distintas y no subordinadas o que los poderes

² LOCKE, John: "El verdadero y nativo alcance y fin del gobierno civil". Ed. Aguilar, Buenos Aires, 1963, página 169.

ejecutivo y federativo sean asignados a personas que pudieren obrar por separado... "3

No se percibe en la doctrina de Locke a la rama jurisdiccional aunque en el número 131 alude a "jueces rectos e imparciales que en las contiendas decidan por tales leyes" pero refiriéndose a autoridades dentro de la Rama Ejecutiva.

A principio del S. XVIII al operarse en Europa y muy especialmente en Francia, un movimiento ideológico enderezado o desacreditar a los gobiernos despóticos y a prestigiar la evolución hacia las monarquías limitadas a los gobiernos republicanos, tuvo su mayor auge la teoría de la separación tripartita de los poderes (sic) con Fenelon, primero, pidiendo limitar el poder de los reyes; con el abade de Saint Pierre y el marqués D'Argenson, después, bregando por un mayor control de la autoridad aquel, y procurando éste destruir el feudalismo y abatir las diferencias aristocráticas, y, finalmente con Montesquieu en sus obras "Las cartas Persas", "consideraciones sobre las causas de la grandeza de los romanos y su decadencia", y "El espíritu de las leyes" 4. En la primera, intentó exhibir los vicios de todo régimen despótico, tanto en las monarquías europeas como en las autocracias asiáticas, con una interesante diferencia que anota, de que en las primeras el poder de los reyes es mayor que el de los monarcas orientales "precisamente porque es más limitado".

En la segunda, obra del historiador o quizás del filósofo de la historia y que ha sido considerada como clásica, por la concisión y firmeza de su estilo, comparado al de Tácito, no es menos explícito en su condenación al despotismo, y define su inclinación hacia formas moderadas en el ejercicio del gobierno y de respeto a los derechos de la persona: "un país libre, dice, es decir, siempre agitado, no sabría sostenerse si no fuera por sus propias leyes, capaz de corregirse" 5 En esta obra, Montesquieu creyó encontrar entre los romanos las bases suficientes para anticipar, aunque

³ LOCKE, John, Ob. Cit. pag. 150.

⁴ La primera escrita en el año de 1737 y la segunda apareció en el año 1748.

⁵ MONTESQUIEU: "Consideraciones sobre las causas de la grandeza de los romanos y de su decadencia", citada por TAGLE Carlos A; "Equilibrio de poderes, en Rconciclopedia jurídica OMEBA, Buenos Aires. Ed. Bibliográfica Argentina, 1959, IX, pág. 451

embrionariamente, el principio de la división de los poderes (sic): "Las leyes de Roma sabiamente habían previsto, dijo, el poder público en un gran número de magistraturas que se sostenían, se contenían y se atemperaban recíprocamente".⁶

En el año de 1748 con la aparición de "El espíritu de las leyes", Montesquieu presentó su teoría de la división tripartita del poder. El es, el verdadero filósofo de la teoría, pues no obstante lo que tomó de los antiguos autores, fué él su sistematizador. Y justamente, observando la constitución de Inglaterra, tuvo una base firme para su generalización de que "en cada Estado hay tres calses de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil. Por el poder legislativo, el príncipe, o el magistrado promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previenen las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares. Llamaremos a este poder judicial, y al otro, simplemente poder ejecutivo del Estado" ⁷

Pero la fórmula del principio vincula estrechamente la existencia de esos tres poderes a la garantía de libertad que para el ciudadano respresenta: "La libertad política de un ciudadano, dice, es la tranquilidad de espíritu que proviene de la confianzas que tiene cada uno en su seguridad; para que esa libertad exista, es necesario un gobierno tal que ningún ciudadano pueda temer a otro". Y agrega: "cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo no hay libertad; falta la confianza, porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente,. No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos: como que el juez sería legislador; si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo se habría perdido, concluye, si el mismo hombre, la

⁶ Ibidem.

⁷ MONTESQUIEU, "Del espíritu de las leyes", traducción por Mercedes Blasquez y Pedro de Vega. Madrid, Editorial Tecnos, S.A. Reimpresión de la 1a. ed. 1980, pág. 151.

misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o pleitos entre los particulares" ⁸

En el capítulo IV del mismo libro XI enseña que la libertad política no reside fuera de los gobiernos moderados, pero "sería indispensable que para encontrarla en ellos no se abusara del poder, y nos lo ha enseñado una experiencia eterna, dice que todo hombre investido de autoridad abusa de ella. No hay poder que no incite al abuso, a la extralimitación" ⁹. Así, la doctrina de Montesquieu se ha consagrado como una teoría política protectora de la libertad. Montesquieu, no creó la teoría de la tridivisión del poder; lo que corresponde a él sólo es haber mostrado en ella la verdadera garantía y en su distribución la verdadera medida de la libertad, principio ese sí descubierto al examinar la Constitución inglesa y que era ignorado antes de él. La división de los poderes no resulta solamente de la existencia de funciones distintas en el Estado, que por la ley de división del trabajo tienden a determinarse y diferenciarse en magistraturas propias, como de la necesidad de imponer a todo poder del Estado un límite con otro poder.

"El poder limitará al poder para impedir el despotismo y proteger la libertad ciudadana "dice Carlos Tagle ¹⁰. Como medida enderezada a tal fin, se usa la de fijar con precisión en las constituciones el límite de las atribuciones del gobierno, como también la de declarar y reconocer los derechos individuales. Pero esas declaraciones por sí solas no tienen ni podrán tener jamás la virtud de impedir los avances y los atentados del poder público.

El verdadero medio de mantener a los gobiernos dentro de los límites de sus legítimas atribuciones, y la aplicación prudente y acertada del principio de la división de los poderes, es la distribución de las diversas funciones entre varios funcionarios públicos.

⁸ MONTESQUIEU, Ob. Cit. págs. 151-152

⁹ MONTESQUIEU, Ob. cit. pág. 150

¹⁰ TAGLE, Carlos, "Estado de derecho y equilibrio de poderes en la constitución argentina" Ed. U. del Litoral, Santa Fé, 1944. Obra citada por el mismo autor en "Equilibrio de Poderes" Ob. cit. pág. 454.

A raíz de las exposiciones de Montesquieu, se creyó, erróneamente que el poder se dividía en varias partes y que cada una era autónoma e independiente en forma absoluta de las demás, En fin, que en su ejercicio no debían entrometerse para nada la actividad de las otras partes.

Es desde luego, la expresión de los malos lectores de "El espíritu de las leyes" que riñe con el verdadero pensamiento de su autor y fundamentalmente con la naturaleza misma del poder. El poder público sólo es uno, y su unidad es una de las características esenciales, emanada del principio de la soberanía. No puede existir antes o en el Estado más que un poder; el poder público, que al estructurarse el Estado ha de constituirse en el poder del Estado. Que para su ejercicio se distribuya la acción en distintas ramas que hagan efectivo su funcionamiento de acuerdo con los fines propuestos es cosa distinta. Por eso se habla de funciones del poder o más técnicamente de ramas que ejercen esas funciones. Ya es un principio definitivamente establecido el de la distribución del ejercicio del poder mismo, por lo que no parece oportuno que el Estado colombiano retroceda tres Siglos para poner en vigencia una teoría que perduró inclusive hasta los primeros años del Siglo XX pero que fué definitivamente abandonada.

II. Nuevas funciones del Estado.

Luis Carlos Sáchica, al respecto y refiriéndose a la teoría de la separación y tridivisión del poder dice que "por fuerza de la evolución del aparato estatal, ya no corresponde ni en la teoría ni en la práctica a la estructura real del Estado moderno, cuya actuación se ha tornado más compleja y comprensiva". Agrega sin embargo, que "no es que la doctrina de la tridivisión haya perdido su validez política como fórmula para lograr la desconcentración y racionalización del poder público, mediante la separación, distinción y equilibrio de las ramas del poder, en orden a impedir la concentración absoluta y totalitaria de la potestad pública, pues este principio es de la esencia del Estado de derecho. Es que hoy se presenta una imposibilidad lógica de enmarcar e incluir en esa clasificación tan simplista, tan elemental, las múltiples funciones asumidas por el Estado que desbordan su nomenclatura. Esas nuevas funciones estatales no son, por naturaleza, consideradas específicamente, ni pura labor legisladora, ni mera ejecución de

ésta, ni aplicación judicial de la norma, lo cual hace desueta la clasificación tripartita, moderada como ha sido por una racional colaboración".

A pesar de esto, sistemas como el colombiano la mantienen, formalmente al menos, con desconocimiento de la realidad estructural del Estado, adscribiendo impropriamente a uno de los tres órganos clásicos del poder, funciones nuevas que exigen organismos especializados, o, al contrario, han creado otros pero sin encuadrarlos en el orden constitucional"¹¹

Al concluir la estructuración del Estado y concretarse en él toda una serie de principios fundados en los valores jurídicos que constituyen el soporte y definición del ordenamiento jurídico y que a su vez garantizan la vigencia y el respeto de esa organización activa y estable, el mundo vió un avance significativo que ha perdurado por muchos siglos. Definidos su estructura, fines y funciones de acuerdo con el pensamiento y concepciones vigentes a esa estructuración, la humanidad se ha dedicado luego a la tarea de su conservación a fin de poder desarrollar cada una de sus propias funciones dentro de la comunidad política.

Las reformas a la estructura del Estado en cuanto hace a la distribución del poder para garantizar las libertades públicas, evitar la concentración y el despotismo, y alcanzar una mayor eficacia del Estado, se fueron desarrollando poco a poco en la medida en que la opinión fué tomando conciencia acerca del alcance de los principios de las libertades y garantías públicas. Luego, la estructura orgánica para el funcionamiento del Estado, es apenas obvio que corresponda a las concepciones y principios vigentes en las épocas en que se diseñó y poco a poco ha ido modificándose de acuerdo con el avance y consolidación del pensamiento político y cultural. Lamentablemente, no han venido corriendo parejos los cambios de los hechos y las modificaciones o reformas de los textos constitucionales, los cuales, en verdad parecen haberse petrificado en un punto tal que por inercia no han evolucionado. Quiere decir ello que la estructura del Estado, según las normas constitucionales se quedó ahí mientras que otros acontecimientos han venido transcurriendo y nuevas concepciones, principios e instituciones se proponen para movilizar,

¹¹ SACHICA, Luis Carlos, "Constitucionalismo Colombiano" Ed. Temis, Bogotá, 1877, págs. 191-2.

para poner de nuevo al Estado a tono con los tiempos actuales, para desfossilizar la desueta y caduca estructura, renovando sus funciones, creando otras instituciones y eliminando algunas inservibles.

El derecho constitucional y la ciencia política en ese afán de evolucionar han tratado de recoger esas inquietudes y han traído consigo nuevas figuras, nuevos conceptos, nuevos fenómenos políticos, otras relaciones de poder y otras instituciones dentro de las cuales se materializan y desarrollan aquellas. Así mismo, han recogido y sistematizado instituciones que, a pesar de existir hace muchos siglos, como por ejemplo las encargadas de desarrollar la función electoral, no tuvieron en su momento, para los forjadores de las concepciones sobre la estructura del Estado, la importancia que sí revistieron las clásicas funciones de expedir la ley, ejecutarla y aplicarla judicialmente, que hoy perduran en los textos constitucionales, como el nuestro, pues se conserva ese espíritu de la tradicional y añeja doctrina de la separación y clasificación tripartita del poder público, hoy morigerada con la tesis de la no separación absoluta, sino de una racional y armónica colaboración.

El Estado en la práctica y no en sus textos, en cuanto hace referencia a su organización y funciones, ha rebasado las doctrinas tradicionales; y ha evolucionado tanto que la actual distribución del poder público en tres ramas o su ejercicio a través de tres funciones, en verdad, ya no corresponde ni en la teoría ni en la práctica a la estructura real del Estado moderno.

Hay órganos que no encuadran en ninguna de las tres clásicas ramas del poder público porque sus funciones ni son legislativas, ni administrativas, ni judiciales. Así, la función fiscalizadora no la podemos encuadrar ni como encaminada a producir la ley ni dentro de la rama que se encarga de ejecutarla ni a la que corresponde aplicarla judicialmente. La función electoral que tiene por objeto obtener la pura, seria y genuina expresión de la voluntad general de la opinión pública para mantener o transformar la estructura, organización y funcionamiento del Estado, es otra función pública que requiere ser regulada en forma autónoma e independiente, no solo porque lógica y materialmente no encuadra dentro de la clásica teoría tripartita, sino porque debe garantizarse la pureza y autenticidad de esa expresión de voluntad, alejándola de cualquier indebida intromisión para que se conserve y amplíe aún más la

esencia de la democracia y por sobre todo se fortalezca el Estado de Derecho.

Hay casos en que esas nuevas funciones impropriamente se han adscrito a una de las tres ramas clásicas del poder, como ocurrió con los órganos de la fiscalizadora, al sostener que la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República formaban parte de la rama ejecutiva del poder público. Lo indicado entonces, es la presencia de órganos especializados que como tales, autónoma e independientemente, eso sí, en mutua y armónica colaboración con las ramas del Poder Público desarrollen a cabalidad los fines y los propósitos de sus funciones, que son esencialmente los mismos del Estado.

A las instituciones como a las personas hay que llamarlas por su nombre y ubicarlas en donde corresponde. La esencia y naturaleza de las cosas como de las personas hace que las distingamos unas de otras, que les hallemos sus diferencias específicas, no sólo en sus manifestaciones externas, sino en su contenido. Por ello, nos corresponde tratar al menos de encontrar el camino para definir y ubicar esas instituciones en el lugar que les corresponde de acuerdo con su naturaleza, sus características, sus fines y sus funciones. Como a nuestro juicio, varias de esas nuevas instituciones no encajan dentro del sistema tradicional, creemos que debe abrirse paso en forma definitiva a la teoría de la existencia de otros órganos del poder público autónomos e independientes.

III Estructura del Estado Colombiano.

La Constitución de 1886 establecía en su artículo 57 el principio de separación de poderes en los siguientes términos: "Todos los poderes públicos son limitados y ejercen separadamente sus respectivas atribuciones". Posteriormente, con el Acto Legislativo No. 1 de 1936, ya no se habla de poderes sino de órganos del Poder Público y se atenuó la separación estableciendo la colaboración armónica. Se señalaron como órganos el Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Mediante el Acto Legislativo No. 1 de 1945 se mantuvo la tridivisión clásica, pero no en órganos sino ramas del Poder Público.

En cuanto al Legislativo, la Constitución de 1886 radicó la potestad de hacer las leyes en el Congreso y determinó su composición bicameral de Senado y Cámara de Representantes. El Acto Legislativo

No. 1 de 1936 modificó su denominación refiriéndose a órgano, ya no poder, y mantuvo su composición bicameral. Mediante el Acto Legislativo No. 1 de 1945, se modificó su denominación a rama y se mantuvo la composición bicameral.

En cuanto al Ejecutivo, la Constitución de 1886, determinó como Jefe al Presidente de la República, quien debía ejercerlo indispensablemente con cada uno de los ministros respectivos. El Acto Legislativo No. 1 de 1910 exceptuó los actos de nombramientos de ministros de la necesidad de refrendación por el ministro del ramo. el Acto Legislativo No. 1 de 1936, constituyó el órgano ejecutivo con el Presidente y los ministros, quienes configuran el gobierno. El Acto Legislativo No. 1 de 1945 incluyó en la rama ejecutiva a los jefes de Departamento Administrativo.

En cuando al Judicial, la Constitución de 1886, señaló a la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y juzgados como las autoridades que conformaban el Poder Judicial y al Senado que ejerce determinadas funciones judiciales. El Acto Legislativo No. 1 de 1936 mantuvo dicha composición más no la denominación de Poder sino de órgano. El Acto Legislativo No. 1 de 1945 estableció la rama jurisdiccional, calificó la justicia como servicio público a cargo de la Nación, sin que introdujera más modificaciones en esta materia.

En cuanto a la vigilancia de la gestión fiscal, la Constitución de 1886, no contenía previsiones sobre la materia en el Título V. El Acto Legislativo No. 1 de 1945 atribuyó dicha vigilancia a la Contraloría General de la República, señaló sus funciones y determinó la elección de Contralor por la Cámara para un período de dos años. El Acto Legislativo No. 1 de 1968 modificó el anterior ampliando el período del Contralor a cuatro años y, fijándole calidades y redefiniendo sus funciones.

En cuanto al Ministerio Público, la Constitución de 1886, no lo ubica en el Título V sino en el Título XIV, determinando que será ejercido por el Procurador General y los fiscales bajo la suprema dirección del Gobierno, sin perjuicio de que la Cámara ejerza determinadas funciones fiscales. El Acto Legislativo No. 1 de 1945 adicionó la Constitución dándole la misma categoría, remuneración, privilegios y prestaciones de los magistrados y jueces a los funcionarios del Ministerio Público.

En cuanto a la organización electoral, el artículo 180 originario de la Constitución de 1886, aun vigente, difiere al legislador la facultad de regular lo relativo a las elecciones, escrutinios, definición de delitos electorales y sanciones.

IV Estructura de los Estados Latino-americanos.

Argentina,. Estado Federal con la tridivisión clásica de tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Bolivia. Estado unitario con la tridivisión clásica de tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Además establece el Ministerio Público y la organización electoral.

Brasil. Estado Federal con la tridivisión clásica de tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

México. Estado Federal con la tridivisión clásica de poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Nicaragua. Estado unitario con cuatro órganos de gobierno: El Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial y el Poder Electoral. Además, establece una Contraloría General de la República dotada de autonomía funcional y administrativa.

Panamá. Estado unitario con distribución de funciones en órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Además, establece un Tribunal Electoral autónomo con personería jurídica y patrimonio propio; un Ministerio Público ejercido por el Procurador General de la Nación , el Procurador de la Administración, los fiscales y personeros; una Contraloría General de la República como organismo independiente.

Paraguay. Estado unitario, con la tridivisión clásica de poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Además, establece un Ministerio Público, en cabeza de un Fiscal General del Estado elegido por el Poder Ejecutivo.

Perú. Estado unitario con la tridivisión clásica de poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Además, establece un Ministerio Público independiente y autónomo; y un Jurado Nacional de Elecciones autónomo.

Uruguay. Estado unitario con la tridivisión clásica de poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Además, establece un Tribunal de Cuentas con autonomía funcional y una Corte Electoral.

Venezuela. Estado Federal con distribución de funciones en órganos tales como el Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Ministerio Público. Además, establece una Contraloría General de la República como órgano auxiliar del Congreso con autonomía funcional.

V Las Propuestas de Reforma.

En cuanto al artículo 55 encontramos varios proyectos que proponen mantener el texto constitucional vigente, ellos son: Centro de Estudios Colombianos, Jesús Pérez, Diego Uribe, Futuro Colombiano, Universidad Sergio Arboleda, Hugo Escobar, Alfonso López M., Concejo de Bogotá y Hernando Herrera; mantienen la tridivisión clásica de poderes los proyectos del Gobierno, Juan B. Fernández y el Colegio de Abogados Javerianos; otros proponen la creación de nuevos órganos como es el caso de AD M-19, órganos de control y electoral; Quirama propone tres nuevas funciones: la electoral, fiscalizadora y planeación, al igual Juan Gómez; los demás proyectos coinciden en la creación del órgano electoral; proponen la creación de órganos de control o fiscalizadores: María Teresa Garcés, Antonio Galán, E.P.L., Guillermo Plazas A., Arturo Mejía, Antonio Yepes, Lorenzo Muelas, Universidad Católica y A.I.D.I. Iván Marulanda propone un órgano de participación ciudadana: Juan Gómez propone la creación de una función de Planeación, igualmente la Universidad Católica y el A.I.D.I.; Arturo Mejía propone crear la función de evaluación: A.I.D.I. y la Universidad Católica proponen la creación de un órgano comunitario.

Adjuntamos a la presente anexo con los textos de propuestas al cual no haremos otros comentarios en relación con la definición de cada una de las ramas del poder por tratarse de asuntos de competencia de otras comisiones.

VI Existencia y justificación del Organismo Fiscalizador

Existe una faceta del poder público del Estado que, en ejercicio de las competencias asignadas por la Constitución le corresponde primordialmente el ejercicio de la función fiscalizadora.

Sustituído el gobierno de los hombres por el gobierno de las normas, es decir, operada la despersonalización del poder, por la institucionalización normada del mismo, corresponde al Estado buscar los mecanismos adecuados para que impere aquel y al mismo tiempo reconozcan y garanticen los derechos de los hombres y de los ciudadanos; para que frente a la actuación de quienes tienen a su cargo el ejercicio del poder público, aquellos puedan solicitar la invalidación de los actos contrarios a la Constitución y a la ley o que atenten contra los derechos de personas y para que puedan pedir la investigación y sanción de los responsables.

Es preciso que se inspeccione y se vigilen los actos de quienes tienen a su cargo la dirección del Estado en todos sus frentes, y alguien debe encargarse de hacerlos. Unos órganos han de instituirse para que fiscalicen si los actos expedidos por los funcionarios y las actuaciones de éstos se ajustan o no a las prescripciones legales; si cumplen con las funciones asignadas en la Constitución y la ley o el reglamento; si cumplen, en fin con los preceptos de la Carta o si se extralimitan en sus funciones o las omiten.

Todas las ramas del poder público, pero en especial una, debe encargarse de manera preferente de velar por el imperio de la ley y porque se cumpla a cabalidad con las funciones a todos asignadas en la sociedad o en los cargos de dirección y regencia político administrativos. Una función propia del Estado, por ser una faceta distinta del poder y ejercida por unos órganos autónomos e independientes.

El conjunto de personas que detentan el poder, son las elegidas para que integren los cuadros de acción del Estado distribuidos en cada una de las ramas que constituyen el poder público; y son ellos los que tienen en sus manos la responsabilidad y destinos del Estado o para elaborar y promulgar el derecho positivo conforme a las normas fundamentales, o para ejecutarlo o aplicarlo a los casos concretos, y son ellos los que deben en fin, procurar la realización del bien común de acuerdo con los supremos valores de toda sociedad y conforme a las normas que a ella la rigen dadas por esa sociedad.

La labor de todos los funcionarios públicos es la de servir entonces a la comunidad; por ello son los servidores públicos del Estado, de acuerdo con unos objetivos y fines comunes y dentro de unos marcos legales previamente establecidos. Y son servidores públicos porque cumplen o ejecutan las funciones públicas de ese Estado. Toda

función está delimitada a su objeto y ejercida conforme a su naturaleza.

En este orden de ideas, el Congreso por ejemplo, por eso tiene unos límites que no le permiten actuar más allá. Ni siquiera cuando actúa como constituyente secundario lo hace como soberano, ignorando la soberanía de la Nación. Por encima de él está lo establecido por el constituyente primario, consagrado en la Constitución misma, y a eso tiene que sujetarse y esos principios tendrá que respetar. Cuando los desborda, aparece, cierto, el control constitucional sobre el acto proferido.

Es característica esencial de la función fiscalizadora y de los organismos encargados de realizarla, que tenga autonomía frente a las demás funciones, órganos y ramas del poder público, sin que ello implique que deje de colaborar armónicamente en la realización de los fines del Estado.

En Colombia, sin embargo, es contradictorio que de una parte la Constitución le imparta al Ministerio Público la obligación de acusar al Gobierno ante la Cámara cuando estime que sus miembros han cometido cualquier clase de hechos punible, y de otro lado se le someta a la dirección suprema del gobierno.

El Dr. J.A. César Salgado, expresidente de la Asociación Interamericana del Ministerio Público decía, refiriéndose a esta institución ¹²:

"En un régimen nítidamente democrático cabe al Ministerio Público papel de importancia inexcusable. Es menester sin embargo, que sus agentes se cubran de independencia necesaria para vengar todos los atentados a la ley 'parta la ofensa de donde partiere'". Y citando a García Musant en comentario al Decálogo del Fiscal, en la primera Convención de Fiscales de Venezuela, se pregunta con él: "cómo podría un fiscal del Ministerio Público cumplir con sus delicadas funciones si se deja cohibir con influencias enervantes? Cómo podría un fiscal del Ministerio Público dar cabal satisfacción a los

¹² SALGADO, J. A. César. Discurso pronunciado en la ceremonia de inauguración del III Congreso Interamericano del Ministerio Público. Procuraduría General de la República. Estados Unidos Mexicanos. México, 1964, pág. 77.

requerimientos de su conciencia si ha de prestar oídos a las voces de interesadas sugerencias? Cómo podría un fiscal del Ministerio Público hacer valer ante los tribunales de la justicia humana, el derecho de los hombres, si temeroso de sufrir daño alguno y carente de valor moral, rinde su conciencia de funcionario ante el soberbio pedestal de otro poder que no sea el de la Ley? ¡Nunca!

"Si consideramos la evolución del Ministerio Público desde sus orígenes -dice Salgado- cuando él se definía en las ordenanzas de Felipe el Hermoso, como simples mandatarios del rey -'gentes nostrae', según los monarcas franceses; si verificamos la situación actual de esta 'grande et belle magistrature'-, tendremos que convenir que el Ministerio Público, vencidas las limitaciones que le desfiguraban, dejó de ser un simple agente del poder ejecutivo para revestirse de las características de auténtico 'órgano del Estado". Y así -según la escuela de Giuseppe Sabatini, seguida por otros eminentes tratadistas-, el Ministerio Público, tanto como otros órganos estatales, 'vive y se movimenta en la persona jurídica del Estado, con autonomía de voluntad, de objetivos y de poderes.

"Esta conceptualización consagrada en los congresos interamericanos del Ministerio Público de Sao Paulo y de la Habana, nos atribuye, eminentes colegas de las Américas, responsabilidades a las cuales no podemos escapar, cuando los destinos del hombre oscilan como péndulo entre la libertad y la opresión.¹³

La función fiscalizadora es distinta de las demás funciones tradicionales del Estado.

Después de promulgada la ley, ésta asume una posición vigilante del orden jurídico; y como es una función distinta, debe interpretar fielmente a la sociedad, actuando en su nombre, protegiendo sus intereses, ejercitando las acciones necesarias, promoviendo el acto jurisdiccional para lograr la justicia; que el administrador no se aleje del cumplimiento de su deber, y que el juez declare el derecho; en fin, salva y protege el orden jurídico producto de la determinación democrática de la sociedad.

¹³ SALGADO, J. A. César. Ob. Cit. pág. 78

Por eso debe ser independiente y no debe actuar como auxiliar de la rama jurisdiccional ni como asesora y dependiente de la rama ejecutiva. Tampoco es una prolongación de la rama legislativa.

Parafraseando el doctor Elpidio Gavis Tuduri ¹⁴, al órgano fiscalizador le corresponde la función de interesar, en nombre del pueblo y de la sociedad, a los que representa, que las distintas ramas ejerzan sus potestades y ajusten su funcionamiento conforme a la Constitución y a la concepción e ideario político en que se ha constituido el Estado y su desenvolvimiento a través de las leyes, amén que en la aplicación de éstas, en las órbitas o campos respectivos de esos poderes, se observen y se respeten sus contenidos o finalidades esenciales que los animan.

Así, por ejemplo, el Ministerio Público, integra desde luego el Estado, pero no depende de ninguna de las demás ramas constituidas para realizar sus funciones. El Ministerio Público es el conjunto de órganos instituidos para ejercer la representación de la sociedad ante las demás del Estado y actúa solamente cuando está o aparece comprometida la causa pública con motivo de la aplicación de la ley. Es decir, siempre que se trate de salvaguardarla de normas de orden público cuya inobservancia pudiere afectar los intereses generales de la sociedad directa o indirectamente; esto es, en cuanto se pueda atentar contra los derechos fundamentales de sus miembros o contra el Estado.

La Contraloría por su parte, represente a la sociedad en cuanto que es ella, la titular de sus finanzas en último término, pues en principio lo son del Estado. Vela porque los recursos que le proporciona al Estado estén lo correctamente manejados. El Ministerio Público entonces actúa en función de la sociedad, como la Contraloría para velar porque sus intereses no estén comprometidos.

La función fiscalizadora es al mismo tiempo una función de control, y tal como lo expresa Silva Cimma ¹⁵ ésta es de la esencia y está íntimamente vinculada a un régimen democrático de gobierno. "Bien

¹⁴ Citado por Guido Berro Uribe, "El Ministerio Público en la República del Uruguay, pág. 93

¹⁵ SILVA CIMMA, Enrique. "El Control Político, filosofía -principios" Ediciones de la Contraloría General de la República de Venezuela, 1976, pág. 27

podríamos expresar que no hay democracia sin control, ni control sin democracia. En efecto, así como para que el control se perfeccione y desarrolle en su más amplio sentido, es menester la existencia de un sistema que implique garantías de respecto e independencia por su gestión, así también para que la acción de las esferas políticas y administrativas de un Estado importe garantía de que ese actuar no caerá en los límites de la arbitrariedad, es necesario un control jurídico fuerte, sereno, eficaz objetivo e independiente".

Tiene como finalidad procurar el respecto del orden jurídico por parte de las ramas del poder público y en el campo administrativo, en cuanto a la gestión fiscal, lograr que ésta se ajuste a la Constitución, a la ley y a las necesidades del servicio. Así por ejemplo, según la ley, un gasto no puede ejecutar daño al patrimonio público o perjudicar el interés legítimo de un particular.

En cuanto se refiere también a la gestión fiscal, la función fiscalizadora es de interés primordial del Estado, en cuanto que tiene que ver con el correcto manejo de las finanzas públicas, que son objeto de su atención. "Los caudales o recursos que tienen las actividades gubernamentales provienen del pueblo y a él deben revertir en forma de servicios. Los organismos superiores de control a entidades de derecho público reciben diversos nombres: Contralorías o tribunales de cuentas, pero una es su función, a saber, asegurar la recta utilización de los recursos fiscales. Estas son las pautas que debe seguir una entidad fiscalizadora, si desea cumplir correctamente su misión" ¹⁶

"Función esencial en la dinámica administrativa de la hacienda pública es el control que asegure el cumplimiento de las normas de jerarquía constitucional y de las leyes en ella enmarcadas, y a la vez la aplicación de principios técnicos y científicos que hacen a la economicidad y a la eficiencia" ¹⁷ sostiene Rubén Cardón.

¹⁶ SAJCHE SOSA, Leopoldo. "Latinoamérica Control" . Ilacif, tercer trimestre, Quito, Ecuador, 1977, pág. 40.

¹⁷ CARDON. Rubén C.A. "Necesidad de ampliar los límites del control de los gastos públicos más allá del control de la legalidad. . Latinoamerica-Control, Ilacif, segundo trimestre. Quito, Ecuador 1978, pág. 53.

Para Constant, de acuerdo con el esquema de la distribución tripartita del poder, era necesario introducir un "cuarto poder", llamado neutro, cuya función -titularizada por el rey- tendería a asegurar el equilibrio de los otros poderes (sic) y a evitar la exorbitancia de cualquiera de ellos en perjuicio de la coexistencia armónica. La presencia de una autoridad ajena a las posibilidades conflictuales resultantes de la tarea de hacer, ejecutar y aplicar la ley, es considerada suficiente garantía para mantener en su sitio a los órganos encargados de cumplir esas funciones y que, por su naturaleza, están inclinados al desborde institucional. En algunos casos, las tensiones propias de un sistema así concebido -en que el poder debe contener o frenar al poder- ocasionan mayores desajustes que las previstas normalmente en el cauce constitucional, y entonces solo un poder que esté más allá de los roces de los otros poderes puede cumplir la función de árbitro o moderador,. Para Constant ese poder debe recaer en el rey, "autoridad neutral o intermediaria (que) está en medio de estos tres poderes sin ningún interés, por supuesto, en transtornar el equilibrio, y teniendo al contrario, todo interés en mantenerlo" 18.

Asomos de la función fiscalizadora en nuestro derecho constitucional los encontramos en la Constitución de Cundinamarca de 30 de marzo de 1811 (promulgada el 4 de abril de ese año), en dos normas fundamentales: .La primera de ellas, el art. 32 del T. IV según el cual "en cualquier caso, siempre que un funcionario o funcionarios de un poder se entrometan en el ejercicio de otro u otros, todo lo que así se efectúe será nulo, de ningún valor ni efecto; y al funcionario o funcionarios entrometidos se les castigará severamente por el Senado con la pena que la ley asigne a los perturbadores del orden público y usurpadores injustos de la autoridad que no les ha delegado el pueblo". Y la segunda, el art. 4 del T. VIII que atribuye al Senado de censura y protección estatuído para sostener la Constitución y los derechos del pueblo, "velar sobre el cumplimiento exacto de esta Constitución e impedir que se atropellen los derechos del pueblos y del ciudadano".

La Constitución de Tunja de 9 de diciembre de 1811 atribuye a la Sala de Representantes "privativamente actuar y perseguir ante el

18 CONSTANT, Benjamín. "Curso de Política Constitucional" . Trad. de Marcial Antonio López. Segunda edición T.I. Imprenta de la Wallejoven. Burdeos, 1823.

Senado a todos los individuos, incluidos los secretarios de los tres poderes, que en el ejercicio de sus funciones hayan violado o no observado la Constitución; por haber violado el sigilo en materias peligrosas al Estado; por haber sobornado o seducido a sus compañeros y finalmente por vivir estragada y escandalosamente. Puede si usar de una comisión para que adelante y agite la acusación".

Es el fundamento del ejercicio de funciones fiscalizadoras por la Cámara de Representantes y la actuación y origen de la comisión de acusaciones de dicha Cámara.

Esa misma Constitución autoriza al Senado además para que "sin que preceda acusación o denuncia de la Cámara de Representantes pedir al gobernador o teniente gobernador razón de cualquier decreto, orden o determinación que se juzgue por las tres quintas partes de sus miembros ser contra la Constitución o perjudicial a la causa pública. En caso de que no se dé una razón satisfactoria, podrá el Senado prevenir cualquiera de los dos que suspenda su determinación".

Además, si conociese el Senado que dichos funcionarios, se manejan despóticamente quebrantando la Constitución o leyes mandadas a observar, "después de haberlos reconvenido dos veces sobre cualquiera puntos de grave infracción, si no se corrigieren convocará la Representación Provincial, y haciéndole patente la delincuencia de cualquiera de los dos, se procederá por toda ella a su deposición, que se hará si las dos terceras partes conviniesen en ello". Para este caso, el mando de las armas pasa a la representación de la provincia y ningún jefe de ellas debe obedecer al gobernador. Y "si a pesar de los medios que se han abrazado para que se abstenga del mando, aún no quisiese ceder, se procederá a fijar el decreto de deposición en los lugares más públicos de toda la provincia, para que no sólo no le obedezcan, sino que lo miren con toda la execración que merece un tirano (arts. 18, 19, 20 y 21 del capítulo II).

La Constitución de Antioquia de 1812 en el art. 10 de la Sección III del Título III, le atribuye también a la Cámara de Representantes la función fiscalizadores en forma privativa de 'acusar y perseguir delante del Senado a todos los individuos de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial y a sus secretarios cuando hayan delinquido por violación de la Constitución, mala conducta, soborno u otros crímenes semejantes. . . " Pero también al facultar al Presidente

para velar por la observancia de la Constitución y de las leyes, dice que "estará a la mira de las operaciones de todos los jueces, tribunales y empleados públicos para que cada uno llene las obligaciones de su destino. En el caso de infracción notoria denunciará los miembros de los tres poderes a la Cámara de Representantes, para que haga la debida acusación ante el Senado; y a los demás funcionarios a sus respectivos jueces para el castigo y reforma correspondientes. . . ."

Igualmente tal Constitución estatuyó en el título VII, artículos 6 y 7 a un "Tribunal de Cuentas Superior de Hacienda" ejercido por una Contaduría General compuesta de un contador mayor, un ordenador y un secretario archivero con la función de glosar y fenecer todas las cuentas que debían rendir los empleados encargados en la recaudación o distribución de los caudales del Estado.

Similar disposición consagró la Constitución de Cartagena expedida también en 1812, pero dando la facultad de vigilancia a la Rama Legislativa en estos términos: "corresponde a la legislativa el derecho de vigilar e inquirir sobre la conducta de todos los que cobran, manejan o tienen a su cargo ventas o caudales públicos, exigiendo cuentas, papeles y documentos y recibiendo informaciones, y el de requerir al poder ejecutivo para que tome las providencias convenientes a efecto de ocurrir a los abusos, decadencia o dilapidaciones que se hayan notado, aún con indicación de las que se juzguen más eficaces para remedio del mal, que deberán ser adoptadas" (art. 7 T. IX)

En febrero de 1819, Bolívar concibió una función fiscalizadora sobre todos los actos de los gobernantes y de los gobernados para la cual propuso la creación de un poder moral viviente en un cuerpo compuesto de un Presidente y cuarenta miembros, que bajo la denominación de Aerópago, ejercería una autoridad plena e independiente sobre las costumbres públicas y sobre la primera educación. A su vez el Aerópago se dividía en dos Cámaras: la de Moral, y la de Educación. A la Cámara de Moral le correspondía: dirigir la opinión moral de toda la República, castigar los vicios con el oprobio y la infamia y premiar las virtudes públicas con los honores y la gloria. Su autoridad sería independiente y absoluta. Sin apelación de sus juicios sino a la opinión y a la posteridad: "No admite en sus juicios otro acusados que el escándalo, ni otro abogado que el buen crédito"(art. 3).

Su jurisdicción se extendía tanto a los individuos como a las familias, a los departamentos, a las provincias, a las corporaciones, a los tribunales, a todas las autoridades y aún a la República en general, pues si llegare a desmoralizarse, debería la Cámara delatarla al mundo entero. Sobre el gobierno dice que le está sujeto, y ella (La Cámara) pondrá sobre él una marca de infamia, y lo declarará indigno de la República, si quebranta los tratados o los tergiversa, si viola alguna capitulación o falta a algún empeño o promesa (Art. 4).

Las obras morales y políticas, los papeles periódicos y cualquiera otros escritos estarán también sujetos a su censura, posterior a su publicación. El juicio recaerá sobre el aprecio o desprecio que merecieren las obras y se extenderá a declarar si sus autores son buenos ciudadanos, beneméritos de la moral o enemigos de ella, y como tales, dignos o indignos de pertenecer a una República virtuosa.

En su art. 8 disponá: "La gratitud pública, la deuda nacional, los tratados, las capitulaciones, la fe del comercio, no solo en sus relaciones, sino en cuanto a la calidad y legitimidad de las mercancías son objetos especiales sobre que la Cámara debe ejercer la más activa y escrupulosa vigilancia. En estos ramos cualquiera falta u omisión debe castigarse con un rigor inexorable".

Igualmente establecía que la ingratitude, el desacato a los padres, a los maridos, a los ancianos, a los institutores, a los magistrados y a los ciudadanos reconocidos y declarados virtuosos, la falta de palabra en cualquier materia, la insensibilidad en las desgracias públicas o de los amigos y parientes inmediatos, se recomiendan especialmente a la vigilancia de la Cámara que podrá castigarlos hasta por un solo acto" (art. 9).

La Cámara organizaría la policía moral y cada año debía publicar tablas estadísticas de las virtudes y de los vicios y listas comparativas de los hombres que se hubieran distinguido en el ejercicio de las virtudes públicas o en la práctica de los vicios públicos. Con base en tales listas, el pueblo, los colegios electorales, las municipalidades, los gobiernos de provincia, el Presidente de la República y el Congreso, se debería obrar para hacer las elecciones o nombramientos y para decretar los honores y recompensas. La persona cuyo nombre se hallare inscrito en la lista de los vicios no podía ser empleado en ningún ramo del servicio público ni de ningún modo; y no podía aspirar a obtener una

recompensa nacional, ningún honor especial, ni aún una condecoración aquella persona cuyo nombre no se hallare inserto en las listas de los virtuosos.

En la Constitución de 1821, promulgada por el Libertador en el Rosario de Cúcuta el 6 de octubre, se le confió a la Cámara de Representantes el derecho exclusivo de acusar ante el Senado al Presidente de la República, al Vicepresidente y a los Ministros de la Alta Corte de Justicia en todos los casos de una conducta manifiestamente contraria al bien de la República y a los deberes de sus empleos, o de delitos graves contra el orden social. Los demás empleados de Colombia también estarán sujetos a la inspección de la Cámara de Representantes la cual podía acusarlos ante el Senado por el mal desempeño de sus funciones, u otros graves crímenes, facultad que se entendía no derogar ni disminuir la de otros jueces y tribunales para velar por la observancia de las leyes, juzgar, deponer y castigar según ellas a sus respectivos subalternos (arts. 89 y 90).

En materia de control fiscal en la misma fecha y año, se expidió la ley que creó la Contaduría General de Hacienda con el fin de fiscalizar la gestión contable del Estado. Esta fué sustituida en 1824 por un cuerpo de expertos en Hacienda Pública que constituían una junta de cinco miembros y que a su vez vino a ser reemplazada por la Corte de Cuentas que existió prácticamente hasta 1823. ✓

En la Constitución de la República de Colombia de 1830, se estableció el artículo 100 el Ministerio Público "ejercido por un agente del Poder Ejecutivo, con el título de Procurador General de la Nación, para defender ante los tribunales y juzgados la observancia de las leyes y promover ante cualquiera autoridades, así civiles como militares y eclesiásticas, los intereses nacionales y en cuanto concierna al orden público".

Según tal Constitución, al Presidente de la República correspondía nombrar, a consulta del Consejo de Estado, el Procurador General de la Nación y a sus agentes (art. 85, ord. 13).

Em la Constitución de la República de la Nueva Granada del 20 de abril de 1843 primero se regula lo relativo a la "responsabilidad de los que ejercen el poder ejecutivo" en el artículo 105 y seguidamente, en el título XI, lo concerniente a "la responsabilidad de los empleados públicos."

Dice así el artículo 140: "Todos los empleados públicos son responsables ante las autoridades designadas en la Constitución o en la ley, por cualquier exceso de las atribuciones que les corresponden, o falta de cumplimiento en los deberes de su destino."

"A los encargados del Poder Ejecutivo, a los secretarios del Estado y a los Ministros Jueces de la Corte Suprema de Justicia solo puede exigirse la responsabilidad mediante acusación interpuesta por la Cámara de Representantes ante el Senado' (art. 141) y tal órgano también "tiene la facultad de acusar ante el Senado a cualesquiera otros empleados públicos, por abuso de las atribuciones que les corresponden o falta de cumplimiento en los deberes de su destino y la de requerir a las autoridades competentes, para que por las mismas causas les exijan la responsabilidad". (art. 142)

La facultad de condenar que tenía el Senado en ciertos casos, solo se "limita a destituir al acusado de su destino, y a lo más, declararlo inhábil para volver a ejercer el mismo destino, por abuso de las atribuciones que le correspondían o falta de cumplimiento en los deberes de su empleo" (art. 147), pues los condenados quedaban sin embargo sujetos al juicio y sentencia, ante el tribunal competente, si alguno de los hechos juzgados estuvieren definidos por la ley como delitos a los que pudiese imponerse otra pena mayor (art. 149).

En la Constitución de 1853, en el título VII relativo al "poder judicial" se estableció en el art. 45 que "el Procurador General de la Nación durará en su destino cuatro años, pudiendo ser reelecto; y llevará ante la Corte Suprema la voz de la República en todos los casos en que sea parte de la ley".

El Procurador General, según las voces del art. 13 era elegido por el voto directo de los ciudadanos granadinos, y al Congreso correspondía correlativamente "cuidar de que la justicia se administre pronta y cumplidamente en toda la República, excitando por medio del Procurador General de la Nación, y fiscales respectivos, o bien indirectamente, a la Corte Suprema y a los otros tribunales y juzgados, a que procedan al juzgamiento de los delincuentes".

Igualmente, el encargado del "poder ejecutivo" podía mandar acusar ante las autoridades competentes, por medio del respectivo Agente del Ministerio Público o en caso de negativa de éste, por medio de un Fiscal nombrado para tal efecto, a los gobernadores y a cualesquiera

otro funcionarios nacionales o municipales del orden administrativo o judicial, por infracción de la Constitución o de las leyes generales". (art. 54).

Según la Constitución de 1858 el Ministerio Público "será ejercido por la Cámara de Representantes, por un funcionario denominando 'Procurador General de la Nación' y por los demás funcionarios a quien la ley atribuya esa facultad" (art. 55)

A partir de ese año, el Procurador General de la Nación es elegido por la Cámara de Representantes para un período de cuatro años. En todo caso, el Ministerio Público ya está regulado en el título distinto a los que contienen la prescripción sobre las demás ramas del poder público.

Al Presidente se le sigue confiando la obligación de "cuidar de que la justicia se administre pronta y cumplidamente, promoviendo por medio de los que ejerzan el Ministerio Público el juzgamiento de los delincuentes y el despacho de los negocios civiles que se ventilen en los tribunales y juzgados de la Nación" (art. 43, ort. 10).

En la Constitución de los Estados Unidos de Colombia, se estableció en el artículo 53 como facultades de la Cámara de Representantes:

1. Examinar y fenecer definitivamente la Cuenta General del Tesoro Nacional.
2. Acusar ante el Senado a ciertos funcionarios.
3. Cuidar de que los funcionarios y empleados públicos al servicio de los Estados Unidos desempeñaran cumplidamente sus deberes y requerir al Agente respectivo del Ministerio Público para que intentase la acusación del caso contra los que incurrieren en responsabilidad, y
4. Nombrar anualmente por mayoría de votos al Procurador General y dos suplentes.

Igualmente, en título distinto a los relativos a las ramas tradicionales del Poder Público, reguló lo concerniente al Ministerio Público y estableció:

Art. 73: "El Ministerio Público será ejercido por la Cámara de Representantes, por un funcionario denominado 'Procurador General de la Nación' y por los demás funcionarios que determine la ley".

Y por primera vez en un texto constitucional colombiano se enumeraron en forma concreta algunas de sus funciones (art. 74):

1. Cuidar de que todos los funcionarios públicos al servicio de la Unión desempeñen cumplidamente sus deberes.
2. Acusar ante el Senado o a la Corte Suprema Federal a los funcionarios justiciables por estas corporaciones.
3. Desempeñar las demás funciones que la ley le atribuye.

Al Presidente de la Unión se le dió la atribución de "cuidar de que la justicia se administre pronta y cumplidamente, promoviendo, por medio de los que ejercen el Ministerio Público, el juzgamiento de los delincuentes y el despacho de los negocios civiles que se ventilen en los tribunales y juzgados de la Nación". (art. 66, ord. 10).

En la Constitución de 1886, también en título separado se reguló lo relativo al Ministerio Público (T. XIV).

Sin embargo, del texto del art. 119 se colige que el Ministerio Público forma parte de la Rama Jurisdiccional, pues dice la disposición que "corresponde al Presidente de la República, en relación con el poder judicial:

3o. Nombrar y remover a los funcionarios del Ministerio Público".

Sin embargo, estableció la Constitución en el art. 142 que:

"El Ministerio Público será ejercido, bajo la suprema dirección del gobierno, por un Procurador General de la Nación, por los fiscales de los tribunales superiores de distrito y por los demás funcionarios que designe la ley".

Dice igualmente que "La Cámara de Representantes ejerce determinadas funciones fiscales".

De todas maneras son funciones del Ministerio Público según dicho texto, las siguientes (art. 143):

1. Defender los intereses de la Nación;
2. Promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas;
3. Supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos;
4. Perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social.

Y son funciones especiales del Procurador General de la Nación (art. 145):

1. Cuidar de que todos los funcionarios públicos al servicio de la Nación desempeñen cumplidamente sus deberes.
2. Acusar ante la Corte Suprema a los funcionarios cuyo juzgamiento corresponda a esta corporación.
3. Cuidar de que los demás funcionarios del Ministerio Público desempeñen fielmente su encargo y promover que se les exija la responsabilidad por las faltas que cometan.
4. Nombrar y remover libremente a los empleados de su inmediata dependencia; y
5. Las demás que le atribuya la ley.

En todo caso, según la Constitución de 1886, el Procurador General de la Nación no es un agente del Presidente de la República, o un funcionario de la Cámara de Representantes ni un funcionario de la Rama Jurisdiccional, y le corresponde ejercer primordialmente la función fiscalizadora en los términos establecidos en la Constitución.

Por su parte, la función de examinar y fenecer definitivamente la cuenta general del tesoro continúa en cabeza de la Cámara de Representantes.

En 1923 la comisión de expertos presidida por el profesor Edwin Walter Kemmerer, recomendó la expedición de lo que fué la Ley 41 de ese año mediante la cual se creó el Departamento de Contraloría

encargado de los asuntos contables y fiscales del Estado, independiente de las demás entidades administrativas.

La exposición de motivos en algunos de sus apartes decía: ¹⁹

"El Departamento de Contraloría se recomienda para Colombia proque establece los medios de imponer la estricta observancia de las leyes y reglamentos administrativos en lo relacionado con el manejo de propiedades y fondos públicos, y ejercerá gran influencia para asegurar la recaudación de las rentas y hacer entrar su producto a la Tesorería. . . . Un Contralor debe ante todo, ser un auxiliar de la administración; él ni administra ningún departamento del gobierno, excepto el suyo propio; es un elemento necesario en la administración de una gran empresa de negocios:"


En el Acto Legislativo No. 1 de 1945, se reguló lo relativo tanto al Ministerio Público como a la Contraloría General de la República como dos órganos distintos de cada una de las tradicionales ramas del poder público, y con el objeto de ejercer la función fiscalizadora del Estado.

En efecto, estableció el constituyente de ese año que:

"El Ministerio Público será ejercido bajo la suprema dirección del gobierno, por un Procurador General de la Nación, por los fiscales de los Tribunales Superiores de Distrito y por los demás fiscales que designe la ley.

"La Cámara de Representantes tiene determinadas funciones fiscales" (art. 44 Act. Leg. No. 1 de 1945).

Según el art. 45 de dicho acto reformativo, el Procurador deberá ser elegido por la Cámara de Representantes, de terna enviada por el Presidente de la República, para un período de cuatro años, en tanto que los fiscales de los tribunales superiores serán nombrados por el Presidente de la República, por el mismo tiempo.

 Por su parte, los fiscales de los juzgados superiores y de los juzgados de circuito son designados para un período de tres años, por

¹⁹ Citado por Gustavo Penagos en su "Curso de Control Fiscal". Ed. Librería del Profesional, 1a. edición. Bogotá 1979, págs. 12-13

el Procurador General de la Nación de listas presentadas por los fiscales de los respectivos tribunales superiores.

En el art. 28, se consagran nuevamente las atribuciones del Presidente de la República en relación con la administración de justicia y se incluye como una de sus facultades la de enviar a la Cámara de Representantes una terna para la elección del Procurador General de la Nación y nombrar a los fiscales de los tribunales, de listas presentadas por este funcionario.

De conformidad con el art. 21, se dejó definitivamente como atribución especial de la Cámara de Representantes la de elegir al Procurador General de la Nación de terna presentada por el Presidente de la República..

En cuanto hace referencia a la Contraloría General de la República, el constituyente de 1945 estableció que ésta tendría a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal de la administración, y sería una oficina de contabilidad y de vigilancia fiscal, que no ejercería funciones distintas de las inherentes al desarrollo de su propia organización.

Así mismo dispuso que el Contralor sería elegido para un período de dos años por la Cámara de Representantes y que la ley determinaría sus funciones, además de las siguientes especiales:

1. Llevar las cuentas generales de la Nación, inclusive la deuda pública interna y externa.
2. Describir los métodos de contabilidad de todas las dependencias nacionales y la manera de rendir cuentas los empleados responsables.
3. Exigir informe a los empleados públicos nacionales, departamentales o municipales, sobre su gestión fiscal.
4. Revisar y fenecer las cuentas de los responsables del erario.
5. Proveer los empleos de su dependencia creados por la Ley.

De igual manera, en el art. 83 del acto reformativo, estableció como atribución de las Asambleas Departamentales la de organizar la

Contraloría Departamental y elegir el Contralor para un período de dos años.

Para unos el Ministerio Público es una prolongación especializada de la rama ejecutiva; para otros, de acuerdo con el ejercicio y naturaleza de sus funciones, pertenece más bien a la rama jurisdiccional; y, para otros dicen que se trata de un órgano creado por el Congreso para delegar en él algunas de sus atribuciones.

Copete afirma que la Constitución "aunque con mayor tendencia a encuadrar al Ministerio Público dentro de la rama ejecutiva, parece aceptar, como evidente falta de técnica, las tres posiciones. En efecto, afirma que el Ministerio Público se ejerce 'bajo la suprema dirección del gobierno', lo cual indica que aquel tiene atribuciones propias de la rama ejecutiva; al hablar de las facultades del Presidente relacionadas con la administración de justicia, señala la de enviar a la Cámara terna para la elección del Procurador General de la Nación, que es cabeza del Ministerio Público, dando a entender que éste forma parte de la rama jurisdiccional; finalmente, al dar a la Cámara ciertas funciones fiscalizadoras y colocar en ella la atribución de elegir Procurador, acepta la ascendencia parlamentaria del Ministerio Público" ²⁰.

"Dentro del régimen de separación de funciones entre las ramas del poder y de su recíproca colaboración para realizar los fines del Estado (art. 55 C.N.), a la Ejecutiva y más precisamente al Gobierno, le compete 'velar porque se administre pronta y cumplida justicia', mandar acusar a los funcionarios judiciales y a los demás empleados públicos por infracción de la Constitución o las leyes, o por delitos cometidos en ejercicio del cargo y prestar a los jueces los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias (Art. 119 No. 2 y 3 C.N.) Para el debido ejercicio de estas funciones de naturaleza ejecutiva, pero que tienen relación directa o inmediata con la administración de justicia, ha previsto la Constitución un órgano especializado, que se denomina el Ministerio Público (Título XIV de la C. N.). En efecto, sus atribuciones fundamentales (art. 143 C.N.), coinciden con las ya dichas como asignadas al Gobierno en relación con la administración de justicia, más la de defender en juicio los intereses de la Nación, cuya representación también ostenta el

²⁰ COPETE LIZARRALDE, Alvaro. Lecciones de Derecho Constitucional, Universidad Nacional, Bogotá, 1953, pág. 352

Gobierno. Precisamente, por tratarse de funciones calificadas por la Constitución como de naturaleza ejecutiva y no jurisdiccional, el artículo 142 de la Carta prescribe que el Ministerio Público se ejerce bajo la suprema dirección del Gobierno y, en consecuencia, le confiere al Presidente la iniciativa en el procedimiento para la elección del Procurador General de la Nación y la facultad de designar a los fiscales de los Tribunales (art. 144). Todo lo anterior permite concluir que en la Constitución Nacional está concebido el Ministerio Público como un órgano especial de la Rama Ejecutiva, a través del cual el Gobierno cumple las funciones que le corresponden en relación con la Administración de Justicia y que, por consiguiente, los funcionarios que hacen parte de tal órgano, lo son de la Administración en sentido lato y no de la rama Jurisdiccional. No contradice esta última conclusión, lo preceptuado en el art. 142 inciso final, según el cual los funcionarios del Ministerio Público tendrán la misma categoría, remuneración, privilegios y prestaciones que los magistrados y jueces ante quienes ejercen su cargo; ni lo dispuesto en el art. 159, conforme al cual 'las calidades exigidas a los funcionarios del orden judicial, del Ministerio Público y de la Jurisdicción de lo contencioso administrativo se acreditarán en la forma que la ley determina', ni la incorporación a la Carrera de los funcionarios del Ministerio Público prevista en el art. 162 de la C. N., pues, estas disposiciones tienen finalidades específicas, sin otro alcance que asegurarles independencia y dignidad, acordes con la función que ejercen y facilitar su escalafón, porque sus categorías son más asimilables a las jurisdiccionales que a las del orden administrativo, toda vez que su actividad se desarrolla ante unos órganos de jerarquías muy bien definidas por la propia Carta".

LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.

Según el profesor Gustavo Penagos ²¹, "el control de los bienes y valores del Estado es tan antiguo como la primera organización política de la sociedad. Pero el paso fundamental en esta materia data del año 1319 en el cual el Rey Felipe V creó una 'Cámara de Cuentas' dotada de poderes administrativos y jurisdiccionales para el control de los negocios financieros de la Corona".

²¹ PENAGOS, Gustavo. "Curso de Control Fiscal" Ediciones Librería el Profesional 1a. ed. Bogotá, 1979 pág. 11.

"La 'Cámara de Cuentas' y el parlamento permanecieron estrechamente ligados hasta la Revolución Francesa y sus decisiones podían ser reformadas o sustituidas por el Consejo del Rey.

En 1807 a instancias de Napoleón, dice Penagos, se expidió la ley de 16 de septiembre en virtud de la cual se creó la 'Corte de Cuentas', encargada de juzgar los asuntos contables de los dineros públicos, que sirvió de modelo para muchos países de Europa y América, entre ellos el nuestro a partir de 1821 hasta 1823.

En Colombia, mediante la Ley 42 de 1923 se creó el Departamento de Contraloría encargado de velar por los asuntos contables y fiscales del Estado, como fruto de las recomendaciones formuladas por la primera misión presidida por el profesor Edwin Kemmerer.

Tal organismo, desde su aparición es y naturalmente seguirá siendo, independiente y autónomo para vigilar la función fiscal. Así se expresó en la Ley 45 de 1923 y así lo entendió la Corte Suprema de Justicia en sentencia de agosto 9 de 1924 ²².

Desde 1945 se elevó a normas constitucionales las regulaciones sobre el funcionamiento y organización de la Contraloría General de la República.

Ahora, según la Carta Política que nos rige, la vigilancia de la gestión fiscal de la administración corresponde a la Contraloría General de la República y se ejerce conforme a las leyes (Art. 50). Por tanto el papel de la Contraloría se contrae a verificar si el ejercicio fiscal se ajusta a las normas y requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico y que aseguren al Estado su conservación y adecuado rendimiento.

Para el ejercicio de tal función el Decreto Ley 925 de 1976 determinó unos procedimientos generales de control fiscal y de auditoría, el alcance del control previo y la contabilidad general de la Nación, así como las normas sobre estadística. Igualmente estableció que la Contraloría podrá aplicar los sistemas de control en sus etapas integradas de control previo, control perceptivo y

²² Corte Suprema de Justicia, agosto 9 de 1924, G.J.T. XXXI págs. 31-32

control posterior a fin de garantizar al Estado la conservación y adecuado rendimiento de los fondos, valores y bienes nacionales.

Y esto es así, porque al tenor de lo establecido en el art. 20. de la Ley 20 de 1975, el Contralor General de la República debe ejercer sobre las entidades o personas que a cualquier título reciban, manejen o dispongan de bienes o ingresos de la nación, la vigilancia y el control fiscal que garanticen al Estado su conservación y adecuado rendimiento. Tal función, se extiende entonces sobre toda clase de personas naturales o jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que a cualquier título reciban manejen o dispongan de bienes o ingresos del Estado, o en otros términos bienes del tesoro público, sean de la Nación, los departamentos o los municipios.

En todo caso, la Constitución describe la función (vigilancia de la gestión fiscal) y determina cuál es el órgano a que corresponde ejercerla (La Contraloría) y al mismo tiempo prescribe que ese órgano ejercerá aquella función "conforme a la ley".

La función fiscalizadora en el campo financiero del Estado no es desde luego una participación en la toma de decisiones de la administración sobre el manejo de la gestión fiscal, sino un examen y control de ésta antes, al tiempo o después de su ejecución. Por eso no se trata de una actividad administrativa que culmina con un acto de naturaleza distinta, de carácter fiscalizador, de vigilancia, de supervisión. Quien controla no debe participar en la decisión objeto de control, pues entonces dicha intervención equivaldría a coadministrar y se alejaría de la intención y naturaleza de la función fiscalizadora.

Por lo mismo, el órgano de control no forma parte de las entidades que controla; es autónoma, e independiente y no está sujeto a las directrices y pautas que pueden señalar las que han de ser controladas, pues de lo contrario de nada serviría el control si éste debe ejercerse conforme a los términos e indicaciones que señale el que ha de ser fiscalizado. Simultáneamente el Contralor no es superior jerárquico de las entidades u organismos controlados; si lo fuere, podría revocar directamente los actos administrativos de aquella; además, como sus actos, antitécnicamente llamados administrativos, son de naturaleza distinta, mal pueden entrar a ocupar el sitio de los que verdaderamente sí lo son en el evento remoto de que así se procediera. En todo caso, la función

fiscalizadora ejercida por "los organismos de vigilancia o supervisión financiera, contable o fiscal, de ninguna manera puede llegar a detentar poderes capaces de causar interferencia o determinar coparticipación en la actividad administrativa. En otros términos: en ningún caso las agencias de control de la gestión puramente fiscal de la administración pueden llegar a constituir paralelamente a ésta, un aparato de co-administración, pues en tal caso, el poder de decisión administrativa lógicamente se desplazaría irremediablemente hacia el co-administrador-contralor, el cual reuniría en sus manos no solo la llave de la supervigilancia de gastos, sino también los poderes de ordenador del gasto, que al fin de cuentas no podría hacerse sin su voluntad y beneplácito.

Por ello y para evitar la llamada dictadura de los contralores, supervisores y auditores, mucho más grave que el de los administradores o gobernantes, es por lo que todos los ordenamientos civilizados trazan una determinación tajante entre la capacidad ordenadora del gasto y la competencia supervisora del mismo. Se aspira a que ésta en ningún caso pueda invadir la órbita de aquella, ideal que apenas corresponde al orden natural de las cosas y que no siempre, infortunadamente, es logrado en la realidad. Ni aún los sistemas de mayor rigidez, ya bastante escasos, como el colombiano que establecen el llamado control preventivo, pueden favorecer un esquema de supervisión que vaya a implicar veto a la capacidad decisoria y dispositiva de los administradores. Semejante situación desplazaría los poderes plenos de la administración hacia el organismo contralor, dando origen a una confusión de funciones verdaderamente insólita, en que los entes jurídica y políticamente responsables de administrar, se verían detenidos en su actividad administrativa por una agencia de simple vigilancia a la cual el ordenamiento no le confiere ni poder ni responsabilidad alguna sobre la función administrativa, y que en consecuencia, careciendo de aptitud legal para acometerla, es por ello, al mismo tiempo, jurídica y políticamente irresponsable de los actos u omisiones propios de la administración. La Constitución adopta el principio de la no intervención de la Contraloría en las actividades de la administración, al disponer en el inciso 2o. del art. 59 que "la Contraloría no ejercerá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización". Este mandato, que es determinante, y que, por serlo, no se presta a dubitaciones de ningún género, ni a interpretaciones casuísticas, está en vigor.

El Contralor, dice Penagos, no se explica por un deseo de curiosidad de saber lo que se hace, sino de oponerse a lo que hace otro órgano, si este acto no está de acuerdo con la ley o con los reglamentos, con la acción administrativa, con la verdad, con la moral gubernativa, financiera y la política general del Estado.

Y tal control es distinto del propio inherente a la rama administrativa; pero no se debe confundir la función fiscalizadora con la función administrativa o gubernativa, pues son de naturaleza totalmente distinta y se ejerce por actos también diferentes.

La función que desarrollan las contralorías, esto es, la vigilancia de la gestión fiscal, es una especie de la función fiscalizadora en general, entendida en los términos genéricos de fiscalizar el ejercicio de los actos de quienes detentan la dirección y gestión pública del Estado.

Organicamente las contralorías no forman parte de ninguna de las tradicionales ramas del poder público. No hacen parte de la rama legislativa, tampoco de la rama jurisdiccional y como no son administrativas o co-administradoras, tampoco forman parte de la rama gubernativa.

Funcionalmente, sus actos no son legislativos ni jurisdiccionales o administrativos. Expiden si actos administrativos, pero solo en los asuntos inherentes a su propia organización, de la misma forma que las ramas jurisdiccionales o legislativa expiden este tipo de actos, pero solo de manera secundaria. Para el desarrollo de su función fiscalizadora sus actos son de naturaleza, contenido y objeto distintos; sus actos son de control, de vigilancia, o en otros términos más precisos, son actos fiscalizadores.


VII Existencia y justificación del Organo Electoral.

Papel de "lo electoral" en los sistemas políticos contemporáneos:

1) En las democracias populares de corte marxista-leninista: Tal y como dice, George Burdeau, en la U.R.S.S. (modelo obligado en este sistema) "la separación de poderes queda excluida y se reemplaza por la subordinación jerárquica de los órganos de la administración

del Estado a los órganos del poder del Estado" ²³ lo cual equivale a decir, que siendo uno sólo en todo y por todo, y ejerciendo la misma función, salvo la delegación, "lo electoral", deviene en un hecho cumplido, esto es, en una realidad ya fijada, ante la cual solo cabe la aceptación incondicional. Entendida, no como el reconocimiento implícito de la injusticia y prerrogativa ante un sistema que ya determinó una mecánica autocrática de selección de diputados, sometidos tan solo a la voluntad de quien ostenta el control gubernamental. Por lo tanto, en este sistema el papel de "lo electoral" es sencillamente vicario y por ende, no merece mayores comentarios.

2) En la comunidad cooperativista del fascismo: A diferencia del comunismo-marxismo-leninismo, y como bien anota Duverger, el fascismo no "constituye una filosofía coherente y completa. . . El fascismo tiende a la misma totalidad, pero no llega a ella. Más exactamente llega a ella en el vacío y en la oscuridad" (En su obra "Partidos Políticos" Edt. F.C.E. México 1976) Y por eso mismo, no puede estructurarse válida (o al menos, lógicamente) una teoría política del poder público, y con mayor razón de "lo electoral" como una faceta del mismo. No resulta, extraño, pues, que la "teoría política" fascista se inspirara en la monarquía absoluta, para tratar de dar cuerpo jurídico a un ente eminentemente coercitivo. Es en este orden de ideas como hay que interpretar las palabras de E. R. Huber cuando escribe: "El Führer reúne en sí todos los poderes del Reich; todos los poderes públicos tanto del Estado como del movimiento emanan del Führer. No cabe hablar, por tanto de "poder del Estado" sino de "poder del Führer" cuando queremos definir el poder político en el Reich popular. . .

 "El poder del Führer no está condicionado por ninguna clase de limitaciones, ni por derechos individuales, sino que es libre e independiente, definitivo e ilimitado" ²⁴. Es decir, ni más ni menos que la vieja concepción Luisiana de "L'Etat c'est moi".

²³ En su Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Ed. Nacional, Madrid, 1981, pág. 298.

²⁴ En su Derecho Constitucioinal del Gran Reich Alemán, 1939, pg. 230, citado por E. Nolte, en su obra Fascismo, Barcelona, Plaza y Janes, 1974, pág. 301.

3) Sistema en la monarquía constitucional: Este sin duda, fué el primer paso hacia lo que sería más adelante una democracia representativa. Tal vez el mejor ejemplo histórico sería el gobierno japonés de la entreguerra, en donde el poder supremo estatal se hallaba concentrado en la figura del Mikado, siendo delegado por él la función de gobernar a un primer ministro, que a su turno, reflejaba en cierta medida las opiniones mayoritarias del "país político" nipón. En consecuencia, "lo electoral" apenas se dibujaba como una concepción vertical descendiente, esto es, como la imposición, según criterios pragmáticos, de determinados personajes en los puestos de comando, los cuales a su vez, "elegían", designaban a quienes iban a colaborar en el manejo de la cosa pública. Por lo anterior, el papel desempeñado por nuestro tema específico, en tales organizaciones, aunque pobre, es trascendental porque abre las puertas a la posibilidad no muy remota de una "elección" con criterio jurídico-político verdadero.

4) Sistema Democrático Representativo: En medio de sus variantes principales (parlamentarismo y presidencialismo) es, indudablemente, el modelo político, no sólo de mayor acogida, sino sobre el cual se han basado las principales construcciones teóricas acerca de "lo electoral". Y ello es así por cuanto la esencia del mismo, radica, precisamente, en la consideración principalísima, de este aspecto, en el proceso constitutivo y evolutivo del Estado. En el caso inglés, por ejemplo, resulta sobresaliente la curiosa "concentración de los poderes", al decir de Burdeau, pues antes de todo lo esencial es el "proceso electoral" que permite llegar a formar un grupo de opinión dominante capaz de "asumir el poder" de la corona, como formalmente se le llama. En este mismo sentido se pronuncia Hauriou, al decir que "En la tradición occidental, la democracia se funda, sobre todo, en las elecciones libres de diputados. Ahora bien, el alcance del mecanismo electoral parece reducido en la Gran Bretaña, sobre todo si se le compara con el que tiene en otros estados, especialmente los Estados Unidos de América del Norte.

Por una parte, ni los funcionarios ni los magistrados son elegidos y por otra, en el interior del organismo político existe una cámara, la Cámara de los Lores, cuyos miembros son hereditarios o vitalicios, y el jefe del estado es un monarca hereditario. Al margen de la vida local, el papel del cuerpo electoral se limita a la designación de los miembros de la Cámara de los Comunes, en ausencia casi en la práctica del referendium, y puede por ello, parecer débil. La realidad

es completamente otra. Es fundamental y constituye, de hecho, una expresión auténtica del gobierno de opinión". Tan larga cita, sirve de marco a lo expuesto y al mismo tiempo nos indica el criterio a seguir, cual es el del papel decisivo de "lo electoral" en la vida política. Es éste y no otro, el fundamento esencial del sistema comentado; así, pues, cuando fijemos nuestra atención en el parlamentarismo, no lo estaremos haciendo en el grado efectivo de elección de los distintos funcionarios, sino en la influencia de la opinión pública en la marcha de los destinos colectivos, por medio de la "elección libre" de sus representantes. Distinto en apariencia es el modelo "presidencialista de corte estadounidense o francés, pues en ellos se elige no solo a los representantes, quienes conforman el cuerpo legislativo, sino también, directamente, al presidente, quien es la cabeza suprema del ejecutivo. Sin embargo, esta especialización de funciones y el grado mayor de participación en la vida pública, no ofrece mayores ventajas, frente al modelo parlamentarista por cuanto existe una notable diferencia de criterios entre el ejecutivo y el legislador, por un lado, y por el otro, porque aquel no se halla sujeto a ninguno; un control del elector. Así la opinión pública tiene tan solo una relativa influencia en el acontecer político.

5) Sistema democrático semidirecto: Aunque como afirma Recasens Siches "la esencia de la idea democrática aliada a la idea de libertad, o sea la democracia humanista, no está necesariamente adscrita a un determinado sistema de instituciones, antes bien, puede realizarse, al menos en principio, mediante diversas estructuras estatales" ²⁵, no es menos cierto que el largo camino seguido por el hombre para alcanzar tal idea, lo que más se acerca es, en nuestro concepto, el modelo que se realiza con la participación directa de la comunidad en los asuntos vitales, sin tener que recurrir a pomposas teorías acerca de la representación pública o social. Es por decirlo así, la forma o tipo de organización que mejor combina los atributos del hombre como "animal político".

El mejor ejemplo de este modelo lo da la confederación Helvética que al decir de Hauriou "constituye un tercer tipo de democracia occidental clásica, particularmente digna de interés, porque en él se encuentran reunidas, de una manera original, tres tipos de

²⁵ En su obra Tratado General de Filosofía del Derecho, México, Ed. Parrua S. A. 1981, pág. 522.

instituciones; un sistema federal, que funciona con éxito en un marco geográfico estrecho; el empleo de una amplia escala de procedimientos de democracia semidirecta, con vestigios incluso de democracia directa; y por último y sobre todo, un ejecutivo colegial, que funciona bajo la dependencia jurídica de un parlamento, lo que implica que se describa el régimen Suizo como un 'régimen de asambleas', o bien como un 'régimen directorial'. Sistema que como se ve le da un papel estelar a 'lo electoral', por participar no solo en la designación de los miembros de la asamblea, sino también del ejecutivo, siendo, además, indispensable su concurso, para la toma de decisiones más importantes, a través del mecanismo del referendium en sus distintas acepciones .²⁶ Por lo anterior, resulta obvio concluir que la base de todo el sistema aludido radica en la presencia y eficiencia de 'lo electoral', como manifestación del poder público.

En un sistema democrático-representativo (de corte liberal) como el nuestro, es doble elevar "lo electoral" al sitial de un órgano autónomo e independiente del Poder Público? Indudablemente, por cuanto siendo de la esencia del sistema, el mecanismo electoral, resulta evidente concluir con la posibilidad de verlo como una de las facetas del poder público. En efecto, habíamos visto ya como una de las notas principales de las llamadas democracias representativas, o simplemente, liberales, radica en la participación efectiva del pueblo en la toma de decisiones públicas, aunque no de manera directa, o siquiera semidirecta, sino apenas por intermedio de representantes, quienes, a su vez, están obligados a transmitir las inquietudes de sus electores; lo cual no podía ser de otra manera, si pensamos que en el fondo lo que hay es un mandato calificado, esto es, un acto jurídico, de naturaleza "única", por virtud del cual, varios confieren un status a alguien, para que lo represente en el seno de las instituciones pertinentes (cuerpos colegiados), sin que por ello tengan que consultar la opinión -exclusivamente- de uno en particular, sino de todos en general. Por esto no estamos frente a un mandato simple y puramente considerado, sino a uno que bien podría llamarse de otra manera, sin variar su contenido esencial. En este sentido son valederas las tesis que ven una dualidad complementaria del fenómeno representativo, nos explicamos: por un lado existen innegables y, hasta, necesarios intereses particulares (individuales o colectivos) que influyen en el ánimo del representante, y a los

²⁶ Ver a Hauriou, Ob. Cit. pág. 567-9 y a Burdeau Ob. Cit. pág. 218

cuales debe prestar la debida atención. Por obvias razones, por el otro, conviven múltiples intereses de índole pública, que motivan decisiones políticas, cuyo contenido, consulta (o debe consultar) el bienestar general. Son pues, incompatibles estos intereses? Creemos que no, en la medida en que se refieren a diversas órbitas del obrar humano, el interno y el externo, el público y el privado, el colectivo y el individual, el particular y el general, etc. Sería una utopía pensar otra cosa, lo verdaderamente importante, es ver en la actividad representativa una debida ubicación e identificación de dichos intereses, y así poder la comunidad tomar por sí misma, esto es, todos los individuos que la conforman con capacidad política, las medidas necesarias para conjurar los peligros en medio de las oportunidades de participación y de control que el sistema jurídico político le conceda. Así, pues, en la concepción que nos ocupa, el papel de lo "electoral" se "reduce" a dos aspectos, a saber:

1) Mecanismo o "modus operandi" de la elección de los representantes, pues como es bien sabido, salvo en el ejemplo - histórico, sobre todo- inglés, la "curul" no se hereda, sino se gana.

2) Controles a las gestiones realizadas por los representantes, que a diferencia de la realizada por la forma fiscalizadora (ya vista) es posterior y política, o sea, que opera como una especie de "rendición de cuentas" y con criterios, no jurídicos propiamente, sino políticos (conveniencia o inconveniencia públicas).

En consecuencia, consideramos que "lo electoral" tiene una impronta propia, de tan significativa importancia que no puede encontrarse - en puridad conceptual- sino en la Constitución y por injerencia del mismo constituyente, haciendo eco a la citada tesis de Burdeau .²⁷ Es decir, que si sólo la Constitución puede desarrollar debidamente un órgano del poder público, con mayor razón, el primero de ellos sería la electoral.

En suma: el campo propio de "lo electoral" se encuentra en la Constitución, que como toda estructura jurídica debe poseer los elementos que hagan factible su postrer desarrollo, igualmente normativo, siguiendo los principios que dotan de juridicidad a lo

²⁷ Ya vista en su Ob. Cit. pág. 593.

preceptuado; máxime en tratándose en asuntos políticos, pues como dijo Valery "toda política implica una concepción del hombre"²⁸l.

Nuestro sentir nos mueve a la hipótesis de que "lo electoral" no solo se recrea en el tumultoso mundo de la política, sino que tiene total cabida en el plano de las ideas y de los conceptos tanto filosóficos como jurídicos. Por ello, creemos que, puede aceptarse válidamente la posibilidad de "lo electoral" como faceta del poder público, siendo su fin exclusivo el realizar el anhelo constituyente de "justicia, libertad y paz" por medio de la garantía dada y defendida, de la "verdad de sufragio", como condición sine qua nom de nuestra vida republicana y democrática, moldeada en el culto al "Estado de derecho"; lo cual equivale a reconocer, finalmente su necesidad lógica-jurídica.

En conclusión, el órgano electoral es aquella faceta del poder público del Estado que, en ejercicio de las competencias asignadas por la Constitución, le corresponde primordialmente el ejercicio de la función electoral.

Conforme con lo anteriormente expuesto antes de que el constituyente primario se dedique a cumplir su función de crear el derecho, de fijar la estructura del Estado, de determinar las funciones de sus administradores, sus facultades y limitaciones y los derechos, garantías y obligaciones de los particulares, tenemos que entender que aquel no se reúne porque sí, espontáneamente; no se congrega sin más sino que requiere que algo ocurra para que se reúna y empiece a actuar, que alguien lo convoque: el mismo; no puede ser otro, pues entonces, ese sería y no éste el constituyente primario. Para ello, fija unas reglas de juego con el fin de que todos participen, reglas que todos o por lo menos la mayoría respetan; reglas que son desde ya normas a las cuales han de sujetarse los mismos constituyentes porque regulan la forma de convocatoria, la forma como han de actuar y por sobre todo, la forma como ha de adoptar las decisiones; la forma como ha de coordinarse y regirse en sus actuaciones previas a la estructuración del Estado para que todos se expresen y decidan cuál es la constitución que se va a seguir, cuál sistema de Estado se va a recoger y cómo se ha de reestructurar; con qué tipo de funciones, con qué clase de

²⁸ Citado por André Hauriou Ob. Cit. pág. 959

funcionarios; si con un ejecutivo colegial o único; con jueces de tal o cual características, etc.

Luego al crearse la ley formalmente, por el mismo constituyente, y antes de expedirse la Constitución, el primer acto general será el que regule las reglas de juego para su convocatoria. Así pues, la Constitución del Estado no es siempre la primera manifestación jurídica del constituyente. Este ha podido reunirse para ello y demorarse en dictar la Constitución o incluso no dictarla sino que encarga a un equipo para que de acuerdo a unas reglas o bases, la redacten y la expidan, la promulguen y la pongan en vigencia, o la sometan a su consideración para que se apruebe o impruebe.

Después de promulgada la estructura del Estado, luego de expedida la Constitución en un sistema democrático y representativo, habrá que convocar a la opinión pública para que en ejercicio de los derechos y facultades en aquellos consagrados, elija a sus representantes y a quienes habrán de ocupar los cargos creados y señalados por esa Constitución.

Antes de expedir la ley, antes de ejecutarla o reglamentarla, o antes de aplicarla a los casos concretos y controvertidos, lo que hay que hacer es determinar quienes han de cumplir con cada una de esas funciones, quienes habrán de expedir la ley, quienes tendrán que hacerla cumplir, quienes tendrán que aplicarla y quienes habrán que fiscalizar que todo esto se cumpla.

El cómo ha de cumplirse esa elección, esa instalación y posesión de los funcionarios está obviamente determinado previamente en la Constitución; cómo han de ejercer sus funciones, ya está previsto en la Carta Política; y qué tipo de funcionarios han de desarrollarla, ya están previstos en la Constitución.

Luego, de la estática a la dinámica constitucional, lo primero que se encuentra es el ejercicio de la función de elegir y el desarrollo del derecho a ser elegido. Lo primero que se hace es convocar a la opinión pública para que mediante el acto electoral, ejerza la función del mismo nombre. Es la antesala, ya en la dinámica del Estado, al movimiento de las demás ramas del poder público. Sin ella, en un sistema democrático, éste no existe; y por sobre todo no existirá la voluntad pristina de un Estado expresada por sí misma a través de sus legítimos medios.

Esa es entonces, la primera función del Estado, tan indispensable que sin ella, el resto de funciones no podría ejercerse. Sin ésta, las demás irremediabilmente fracasarían. Y se mueve por sí misma, porque al fin y al cabo su titular, los ciudadanos organizados a través de instituciones secundarias en la vida del Estado, y en ejercicio de los derechos consagrados por la Constitución, acude a su ejercicio cuando ésta se lo permite. No requiere que el Gobierno, ni el Congreso o los jueces lo convoquen para ello. Es él mismo que, atendiendo el llamado de los funcionarios electorales, - que no lo son del ejecutivo, del legislativo, de lo jurisdiccional ni de lo fiscalizador- se organiza para de acuerdo con la Constitución y la ley proceder a renovar los cuadros del Estado permitidos por la Constitución.

Por tanto, -la función electiva o electoral tiene que ver nada menos que con el sistema de gobierno y con la forma como a él se llega, para que funcione el Estado; que se refiere a la estructuración del Estado, al lleno de los cargos -que implican el manejo de la función pública.

Es de la esencia de un Estado de derecho como del sistema de gobierno que se adopte, que exista una función electoral, y que esa función tenga unos órganos encargados de regularla, hacerla cumplir y protegerla.

Y tan de la esencia es que en un sistema democrático, la legitimidad del poder descansa en la existencia periódica de unas elecciones libres, en el ejercicio espontáneo de la función electoral.

Ahora, tal y como está estructurada la organización de quienes tienen a su cargo el desarrollo de la función electoral, ésta no pertenece a ninguna de las tradicionales ramas del poder público; no encaja en ninguna de las tres o en todas, si las consideramos en conjunto; desde luego que en ellas se hace uso de esta función, pero de manera secundaria y ello obedece al principio según el cual, el poder es uno solo, distribuido en ramas para que en ejercicio de las competencias a cada una de ellas asignadas lo ejerzan primordialmente en una de sus facetas, y sin perjuicio de que en forma secundaria realicen otra u otras.

Desde le punto de vista funcional, y contra el pensamiento de muchos respetables autores, la función electoral es distinta de las demás funciones del Estado, por su naturaleza, por sus objetivos y por la

forma como se ejecuta. El acto electoral no es la aplicación de la ley, ni su creación; es sí el acto por medio del cual se integran los órganos de decisión en la dirección del Estado; por eso es distinto, de naturaleza y fines diferentes.

Con el ejercicio de la función electoral, se confiere legitimidad en sus orígenes a los órganos del Estado y se da certeza y seguridad a las decisiones que estos adopten; casi que pudiéramos decir que quien la ejerce, desempeña la máxima autoridad del Estado; y su ejercicio es el cumplimiento de una atribución constitucional, generadora de una situación de derecho, pues confiere nada menos que poder público. Por eso es una función pública. En ella se asienta la legitimidad del poder, la estabilidad de las autoridades y la convivencia pacífica en la sociedad.

VIII Propuesta de articulado.

Título V


De la Estructura del Estado y del Servidor Público.

Capítulo Primero

De la Estructura del Estado

Artículo 55. Son ramas del poder público la legislativa, la ejecutiva y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

 Artículo 56. El Congreso de la República está integrado por () y tiene a su cargo reformar la Constitución, hacer las leyes, y ejercer el control político.

Artículo 57. El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los Jefes de Departamentos Administrativos, ejecuta la ley y administra el Estado. El Presidente y el Ministro o Jefe de Departamento Administrativo correspondiente, en cada negocio particular constituyen el Gobierno.

Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Jefes de Departamentos Administrativos, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Jefe de Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho, se constituyen responsables.

La ley podrá crear otros cargos y entidades dependientes del Gobierno Nacional.

Artículo 58. La Corte Suprema de Justicia (La Corte Constitucional), el Consejo de Estado, los tribunales y juzgados que determine la ley, administran justicia.

(El Senado ejerce determinadas funciones judiciales).

Artículo 59. Son órganos de control el Ministerio Público y la Contraloría General de la República:

Artículo 60. El Ministerio Público está formado por la Procuraduría General de la Nación, (la Fiscalía General de la República) y los demás funcionarios que determine la ley. La Procuraduría General de la Nación está encargada de la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, y las demás que le atribuya la ley.

(La Fiscalía General de la República tiene a su cargo la investigación e instrucción de los procesos penales que determine la ley.)

Artículo 61. (La Contraloría General de la República) tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal del Estado.

Artículo 62. La organización electoral está conformada por el Consejo Nacional Electoral, la Registraduría Nacional del Estado Civil y los demás organismos que establezca la ley; tiene a su cargo

garantizar la expresión libre de los ciudadanos, a través del sufragio, en aquellos casos que determinen esta Constitución y las leyes.

ARTICULO 63. En tiempos de paz ninguno de los órganos del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que esta Constitución le prescribe, ni arrogarse las que corresponden a otro órgano o funcionario.



HERNANDO HERRERA VERGARA



CARLOS LLERAS DE LA FUENTE

ANTONIO NAVARRO WOLF



JOSE MATIAS ORTIZ



ABEL RODRIGUEZ