

sino poner término pacíficamente a los grandes conflictos nacionales, guardando un equilibrio ponderado entre las necesidades del Estado y la protección debida a los intereses legítimos;

d) La idea de que el derecho no es un arma de combate del Estado contra los individuos ni de éstos contra aquel, sino un instrumento de armonía: "el derecho no es un balón", es "una inversión social".

LA CONSTITUCION DE COLOMBIA ASIGNA AL CONTRALOR GENERAL FACULTADES DE TIPO LEGISLATIVO

ALVARO COPETE LIZARRALDE

El doctor Carlos Alberto Navia Raffo en su tesis de grado (1) sustentada en la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, ha llamado la atención sobre el carácter legislativo que tienen algunas resoluciones del Contralor General de la República. Para él estas resoluciones pueden equipararse a un acto reglamentario del Presidente de la República, porque admite la clásica posición de Gastón Jeze, según la cual los actos-reglas —vale decir, el derecho objetivo del lenguaje ordinario— son producidos indiferentemente por la ley o el reglamento (2). Aunque ésta posición nunca la hemos aceptado, porque a nuestro entender el acto reglamentario está esencialmente subordinado a la ley y, por tanto, no puede ni ampliar, ni modificar, ni derogar disposición alguna en ella contenida (3), el problema fundamental planteado por Navia Raffo no está en indagar cuál es la denominación del acto producido por el Contralor, sino en determinar la esencia de las facultades acordadas por la Carta a este funcionario.

El asunto es en verdad de suma importancia y consideramos indispensable ahondar en el análisis de la estructura constitucional de la Contraloría General de la República, que es un organismo cuyas características han sido, en verdad, muy deficientemente estudiadas, no obstante ser eje sustancial de la administración pública, por ejercer el control fiscal.

— I —

La clásica doctrina de la división de los poderes, tomada como in-

- (1) **Fuerza normativa de las providencias de la Contraloría General de la República.** Bogotá, 1962. Inédita.
- (2) **Principios Generales del Derecho Administrativo,** Trad. J. N. San Millán Almagro. Ed. Depalma. Tom. I, págs. 32/42. Buenos Aires, 1948.
- (3) Cf. nuestro artículo **El acto reglamentario,** pub. en *Rev. del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*, N° 453 (1960) págs. 371/7. Bogotá.

modificable dogma de la concepción democrática del Estado y del Gobierno, ha producido notable confusión en el estudio de algunas instituciones aparecidas en la estructura del Estado occidental del Siglo XX, porque parece evidente que es imposible encajar dentro de la tradicional tridivisión de los poderes todos los cometidos estatales. Por ello ha sido menester pergeñar el esquema de nuevas funciones auxiliares. Entre ellas cobra relieves de singular interés la función fiscalizadora cuya misión esencial es velar porque los demás órganos del Estado se conserven dentro de los límites de su competencia (4).

En el año de 1923, como consecuencia de las recomendaciones de la misión presidida por Walter Kemmerer, profesor de la Universidad de Princeton, fue expedida la ley 42, cuyo primer artículo dice:

“Créase como servicio nacional administrativo el **Departamento de Contraloría**, el cual será independiente de los demás departamentos administrativos. El Gobierno dictará en cada caso los decretos reglamentarios pertinentes”.

En el capítulo III de la mencionada ley se determinaron las funciones del Contralor General, cuya misión esencial fue, desde entonces, el ejercer el control fiscal en su aspecto jurídico o numérico legal.

La irrupción dentro del Estado colombiano, organizado por la época sobre la base de una más o menos rígida división de poderes, no podía menos de causar algún impacto en la mentalidad jurídica imperante. No es, por ello, de extrañar que la ley 42 de 1923 hubiese sido acusada ante la Corte Suprema de Justicia como inconstitucional.

En sentencia de 9 de agosto de 1924 la Corte Suprema sentó luminosa doctrina, que toma mayor relieve si se consideran las ideas dominantes por entonces, en la cual afirmó la existencia de una función estatal de fiscalización, absolutamente diversa de la administrativa. A ese fallo pertenecen los siguientes pasos, que es oportuno recordar:

“El Departamento de Contraloría creado por la Ley 42 de 1923 no tiene funciones relativas a la administración de la cosa pública, o sea al Gobierno de ésta; la cual, ejercida por el Presidente de la República, llega hasta la ejecución de actos de disposición. Considerado en conjunto el Departamento de Contraloría no ha sido creado para otra cosa que para fiscalizar la administración confiada al Presidente de la República de modo directo o indirecto. Esto explica el hecho de que el departamento mencionado no haya sido puesto bajo la dirección del Presidente de la República ni de ninguno de los Ministros del Despacho Ejecutivo. Como el constituyente de 1886 denomina a los Ministerios del Despacho Ejecutivo con el nombre de departamentos administrativos, habría sido de desearse que el legislador de 1923 hubiese reservado otra denominación a la institución de la Contraloría. Mas como los Ministerios expresados y la Contraloría tienen diferencias sustanciales, las que existen entre la obra de admi-

(4) Cf. nuestras **Lecciones de derecho constitucional colombiano**, 3ª ed. págs. 351/2.

nistrar y la de fiscalizar, no ha de ser la denominación común de departamentos administrativos la que afecte con la tacha de inexecutable la creación legal de la Contraloría, pues no debe entenderse la Constitución en el sentido de que quien ha de ser fiscalizado en sus actos nombre a su fiscal, porque ello iría contra principios elementales de derecho público” (5).

Ciertamente la redacción del artículo 1o. de la Ley 42 de 1923 no pudo ser más confusa, ni más antitécnica. No puede entenderse cuál pudo ser el designio del legislador al decir que el gobierno debería dictar en cada caso los decretos reglamentarios pertinentes, pues es bien sabido que al Presidente de la República le corresponde como función constitucional el ejercicio de la potestad reglamentaria, para la cumplida ejecución de las leyes. Afortunadamente esa inconsistencia terminológica no condujo a la inexecutable de la ley.

Por Decreto extraordinario 911 de 1932 se reformó la Ley orgánica de la Contraloría. Su artículo 1o., textualmente dice:

“El Departamento de Contraloría será una oficina de contabilidad y de Control fiscal, y no ejercerá funciones administrativas distintas de las inherentes al desarrollo de su propia organización”.

Aunque este texto legal, posteriormente reproducido en su esencia por la Constitución, es mucho más claro en sus términos que el original de 1923, tampoco tiene la necesaria precisión como en su oportunidad lo veremos al comentar el texto constitucional vigente.

Removido el debate sobre la constitucionalidad de la Contraloría con ocasión de haberse dictado el Decreto que acabamos de mencionar, la Corte en sentencia de 2 de agosto de 1933, reafirmó su doctrina, expresando:

“A la Contraloría General, entidad cuya creación hicieron necesaria los nuevos métodos de administración de la cosa pública, se le concedió potestad fiscalizadora en orden al erario nacional”. (6)

Ha sido, pues, en forma reiterada como la Corte ha señalado con perfiles nítidos la existencia de la función fiscalizadora. En el orden de las finanzas públicas la entidad a la cual se encomendó esta función tuvo origen simplemente legal. Con el objeto de eliminar cualquier duda sobre la posibilidad de que el legislador creara órgano semejante, al procederse a la reforma constitucional de 1945 se consideró oportuno incluir dentro del articulado de la Carta dos normas referentes a la Contraloría.

El codificador de 1945, que lo fue el doctor Tulio Enrique Tascón, conspicuo constitucionalista y jurista de altísimos quilates, quien por entonces ocupaba la Presidencia del Consejo de Estado, en el informe rendido a la Corporación sobre la forma como realizó esa codificación, expresa lo siguiente como causa para incorporar los artículos referentes a la Contraloría en el Título V que trata “De las Ramas del Poder Público y del servicio público”:

“La inclusión aquí de estas disposiciones se explica por cuanto la Contraloría es una rama aparte de la Administración, hasta el punto

(5) G. J. Tom. XXXI. págs. 31/2.

(6) G. J. t. XL. págs. 399/404.

de que algunas Constituciones la clasifican como un cuarto Poder, llamado de examen y control". (7)

Lo que hasta aquí llevamos dicho, nos permite afirmar que dentro de nuestro ordenamiento jurídico existe una función fiscalizadora que, en lo atinente al control fiscal en su aspecto jurídico o numérico, legal, está atribuido a la Contraloría General de la República.

— II —

El reformador de 1945 se limitó a incorporar al texto de la Constitución las disposiciones legales, transcribiéndolas en ocasiones a la letra. Basta cotejar los artículos constitucionales con los correspondientes de la ley, para sacar verdadera esta afirmación.

Artículo 59 C. N. La vigilancia de la gestión fiscal de la Administración corresponde a la Contraloría General de la República.

La Contraloría será una oficina de contabilidad y vigilancia fiscal, y no ejercerá funciones administrativas distintas de las inherentes al desarrollo de su propia organización.

El Contralor General de la República será elegido por la Cámara para períodos de dos años.

Artículo 60 C.N.—Las funciones del Contralor General serán determinadas por la ley. Tendrá, además las siguientes atribuciones especiales:

1a. Llevar las cuentas generales de la Nación, inclusive la de

D. E. 911 de 1932. Art. 1o.—El Departamento de Contraloría será una oficina de contabilidad y de control fiscal, y no ejercerá funciones administrativas distintas de las inherentes al desarrollo de su propia organización.

Art. 2o.—El Departamento de Contraloría estará bajo la dirección y vigilancia del Contralor General de la República, el cual será elegido por la Cámara de Representantes para períodos de dos años.

Ley 42 de 1923. Art. 9o.—El Contralor General tendrá las facultades que se expresan en los artículos siguientes:

Art. 10.—Llevará las cuentas generales de la Nación, incluyen-

la deuda pública interna y externa.

2a. Prescribir los métodos de contabilidad de todas las dependencias nacionales y la manera de rendir cuentas los empleados responsables.

3a. Exigir informes a los empleados públicos nacionales, departamentales o municipales, sobre su gestión fiscal.

4a. Examinar y fenecer las cuentas de los responsables del Erario.

5a. Proveer los empleos de su dependencia creados por la ley.

do las relacionadas con la deuda pública.

Art. 11.—El contralor prescribirá los métodos de contabilidad y la manera de rendir los informes financieros de cualquier Ministerio, Dirección, Servicio, Oficina, Sección u otra entidad administrativa del Gobierno.

Art. 12.—Prescribirá los procedimientos que han de seguir todos los funcionarios, empleados y agentes encargados del manejo de fondos de la Nación, para presentar sus cuentas...

Art. 14.—Exigirá regularmente informes o relaciones diarias, semanales, o mensuales de todo empleado del Gobierno, así como cualesquiera informes extraordinarios que desee obtener.

Art. 15.—Hará el examen e inspección de los libros, registros y documentos relativos a la contabilidad nacional; efectuará la revisión y fenecimiento de las cuentas de todas las personas que manejen caudales del Tesoro Público o bienes nacionales...

Art. 5o.—El Departamento de Contraloría tendrá... (los) funcionarios y dependientes que sean necesarios para el desempeño de las funciones del Departamento. Tales empleados serán de libre nombramiento y remoción del Contralor. El número y asignaciones de estos empleados serán fijados por el Congreso.

Si el constituyente de 1945 acertó sin duda al incorporar a la Contraloría dentro de los órganos inmediatos del Estado, para subrayar de esta suerte su función fiscalizadora, quizá no anduvo tan prudente al concretar los textos constitucionales, que además de casuistas, tienen consecuencias que quizá no fueron previstas suficientemente.

(7) Informe rendido por el Consejero de Estado doctor Tulio Enrique Tascón, sobre la Codificación Constitucional. Pub. en la ed. oficial de la Constitución Política de la República de Colombia, Bogotá, Imprenta Nacional, 1945.

Ya habíamos anotado marginalmente que la descripción contenida en el inciso segundo del artículo 59 de la codificación constitucional no era muy feliz, por cuanto fácilmente produce notable confusión en cuanto a la esencia de la función ejercida por el Contralor. Nosotros, por ejemplo, incurrimos en ella cuando en la segunda edición de nuestras Lecciones de Derecho Constitucional decíamos:

“El segundo inciso del artículo 59 califica impropia-mente de administrativa la función de vigilancia y control fiscal. Porque sea que se acepte o no nuestro punto de vista sobre la existencia de la función fiscalizadora, es evidente que las atribuciones del contralor son de naturaleza sui generis”. (8)

Esta apreciación no es ciertamente muy justa. Por ello en la tercera edición, hicimos un planteamiento diverso, contenido en los siguientes términos:

“La redacción del inciso segundo del art. 59 es ciertamente desafortunada porque induce a pensar que las funciones de vigilancia y control fiscal son calificadas por el constituyente como funciones administrativas. La recta inteligencia de este artículo conduce a afirmar que lo que ha querido la Carta es dotar a este organismo de plena autonomía de la administración, por lo cual además de las funciones fiscalizadoras que le son propias, tiene las administrativas necesarias para su organización interna. Puede así expedir los reglamentos internos a que deben sujetarse los funcionarios subalternos, prescribir los sistemas técnicos que permitan una eficaz fiscalización, etc”. (9)

Resulta por tanto evidente que la Constitución asigna al Contralor General de la República, a más de la función fiscalizadora en materia fiscal (10), facultades que específicamente pertenecen a la función administrativa.

— III —

Hasta el momento sólo hemos indicado la existencia de dos funciones que competen al Contralor, y que en realidad convienen en forma exacta a la estructura general de un órgano de control fiscal.

(8) 2ª ed. Editorial Temis, Bogotá, 1957, pág. 383.

(9) 3ª ed. Ediciones Lerner, Bogotá, 1960, pág. 360.

(10) Aunque pueda pensarse que la locución “fiscalización en materia fiscal” supone un evidente pleonismo, no ocurre así al dársele al vocablo fiscal la acepción de asunto referente al fisco. Es interesante señalar que el término fiscal es equivoco en todas las lenguas romances, pues tanto tiene el significado señalado, como el de cuestión atañedora a la fiscalización. Quizá el término fiscalización nació por razón de que la primera función de esa naturaleza se refirió concretamente al manejo del erario, con los privilegios que alcanzaron los señores feudales sobre la Corona en la Carta Magna. Aunque en lenguaje jurídico se usan indistintamente ambas acepciones, es evidente que prima la primera, y así se dice Derecho fiscal, Código fiscal, Ley fiscal, etc. Por ello, creemos correcto decir fiscalización en materia fiscal, primordialmente para distinguirla de la fiscalización que ejerce el Ministerio Público.

Mas no ha aparecido aún la función legislativa, cuya existencia hemos señalado en las atribuciones del Contralor.

Parece innecesario advertir que a lo largo de este artículo hemos adoptado como criterio para determinar las funciones del Estado el criterio material, esto es, el que coloca en el contenido del acto producido la caracterización de la función ejercida. Entendemos, así, por función legislativa la actividad del Estado que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas de carácter general.

Pues bien, cuando la Carta atribuye al Contralor la facultad de prescribir los métodos de contabilidad de todas las dependencias nacionales, no sólo lo está invistiendo de una función legislativa típica, sino que además está excluyendo de la competencia del Congreso la legislación sobre esa materia. Si el Congreso por medio de ley determinara los métodos contables que hubiesen de seguirse en las dependencias nacionales, esa ley estaría quebrantando el ordinal 2o. del artículo 78 que prohíbe al Congreso inmiscuirse por medio de leyes en asuntos que son de la privativa competencia de otros Poderes. Aparece, así nítida la diferencia entre establecer la facultad comentada por medio de una ley, como existió hasta 1945, y atribuirla a través de una norma constitucional. En la primera forma no quedaba excluida de la competencia del Congreso esa materia legislativa, mientras que por el segundo sistema se produce una limitación clarísima a la actividad legislativa del Parlamento.

Lo que se ha predicado de la facultad de prescribir los métodos de contabilidad, puede reproducirse exactamente en relación con la función de prescribir la manera de rendir cuentas los empleados nacionales, agregando que en este caso la facultad de legislar sobre este tema incluye indirectamente una facultad de índole jurisdiccional, como que los juicios de cuentas surgen como atribución propia del Contralor.

Estos planteamientos no son de mero carácter especulativo. En la realidad, es lo cierto que Contralor General de la República de Colombia tiene facultades de índole legislativa, como pasamos a probarlo, con la mención de algunas resoluciones cuya esencia las convierte en verdaderas leyes de carácter material, con un poder vinculatorio idéntico al de las normas expedidas por el Congreso o los Decretos dictados por el Presidente en uso de facultades extraordinarias, potestad que tiene el Contralor por el ministerio directo de la Constitución.

Por medio de la resolución reglamentaria número 1700 de 1957, el Contralor General de la República estatuyó normas sobre los juicios fiscales de cuentas, que comprenden disposiciones que determinan desde las personas obligadas a la rendición de cuentas hasta las consecuencias de los resultados del juicio. Esta resolución que es la vigente, sustituyó otras sobre el mismo tema.

Por resolución reglamentaria 1771 de 1957 se estableció el Reglamento Fiscal Piloto de los Establecimientos Públicos, que estatuye la manera como ha de desarrollarse la función fiscalizadora de la Contraloría en dichos organismos.

La resolución reglamentaria número 1291 de 1954 creó la sección

de examen de cuentas y contabilidad, señaló sus funciones y determinó los sistemas de realizar algunos aspectos del control fiscal.

Basta repasar cualquiera de los textos mencionados, y muchos más, para entender que frente a ellos se está en presencia de verdaderas leyes en sentido material. Sólo al pensar que para conocer la estructura fundamental de la Contraloría no es bastante estudiar las leyes dictadas, sino que es menester analizar primordialmente las resoluciones reglamentarias dictadas por el Contralor, llegamos a la conclusión obvia de que el Contralor tiene potestad legislativa.

— IV —

Señalamos al desgaire cómo el Contralor tiene, además de las funciones señaladas, la jurisdiccional que se deriva de su competencia para adelantar los juicios fiscales de cuentas. Mas si analizamos el alcance del artículo 80. de la Ley 58 de 1946, esta función se presenta con más nítidos perfiles, si posible fuere.

En efecto, el aludido artículo dispone que cuando un funcionario de la Contraloría en ejercicio de las atribuciones de Visitador encuentre que el empleado visitado ha cometido un delito en relación con el erario público, “procederá reservadamente a investigar los hechos como funcionario de instrucción fiscal, suspenderá y detendrá preventivamente a los que aparezcan sindicados, lo mismo que a los cómplices y auxiliadores; y si no fuere posible el reintegro inmediato de las sumas defraudadas, decretará el embargo preventivo de los bienes raíces y semovientes que pudieren tener aquellos...”

Estas facultades jurisdiccionales, si bien están limitadas al período de sumario en el proceso, completan el ciclo de integración autónoma de la Contraloría General de la República.

De lo que hemos expuesto suscitadamente se desprende que dentro de nuestra Constitución Política, existe un órgano —la Contraloría General de la República— que ejerce simultáneamente, aunque en materia limitada, las funciones legislativa, administrativa, jurisdiccional y fiscalizadora.

— V —

El control jurisdiccional de los actos del Contralor pertenece íntegramente a la jurisdicción de lo Contencioso-administrativo, aún en los casos en que ejerza la función legislativa, porque el artículo 214 de la Carta reserva el conocimiento de las acusaciones de inconstitucionalidad a la Corte Suprema de Justicia, cuando se trata de leyes o decretos dictados en uso de las atribuciones de los ordinales 11 y 12 del artículo 76 y del artículo 121 de la Constitución.

De esta suerte, aunque las resoluciones reglamentarias dictadas en ejercicio de las atribuciones contenidas en el ordinal segundo del artículo 60, jamás pueden ser tachadas de ilegales, y su única causal de inexequibilidad será su discrepancia con normas constitucionales, esa tacha sólo podrá ser declarada por el Consejo de Estado, cuya competencia para ello se desprende del ordinal 9o. del artículo 34 del Código de lo Contencioso-administrativo.