

INDICE

	Pag.
La Emisión como arbitrio fiscal.	2
Prohibición de la emisión por parte del Gobierno como recurso fiscal.	10
La Separación del manejo monetario del manejo fiscal.	22
Consagración Constitucional de la Prohibición.	30
Debe reformarse el artículo 49 ?	51
El cambio de concepción del Congreso.	54
Proyectos presentados durante 1988-1989 para reformar el artículo 49 de la Constitución.	57

IN
65
26

PROPUESTA PARA LA CONSAGRACION DE LAS CINCO RAMAS DEL PODER PUBLICO
EN LA CONSTITUCION POLITICA

Por: Jorge Enrique Ibáñez Nájar*

Bogotá, enero de 1991

* Subdirector de Derecho Público y Económico del Dpto. Jurídico del Banco de la República. Profesor de Derecho Público del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, la Pontificia Universidad Javeriana y las Universidades Santo Tomás y Libre de Bogotá. En pensamiento expuesto en este documento es de la exclusiva responsabilidad de su autor y no compromete en forma alguna a ninguna institución en la cual se halla vinculado.

Verdad de a puño es que ninguna institución importante es nunca lo que la ley se limita a definir. A ella se van incorporando aspectos sustanciales que con el tiempo y de acuerdo a las circunstancias del medio, la van haciendo de manera distinta para acomodarla a las nuevas necesidades y exigencias de la comunidad, o se le van desagregando asuntos que requieren de un tratamiento distinto o que sencillamente ya no tienen relevancia alguna.

Todo depende por eso del medio y del tiempo en que esas instituciones se creen o desarrollen; de ahí que las costumbres de un período no pueden determinar la conducta del período subsiguiente. La dinámica de la vida contiene una continuidad de adopción y casi siempre significa que, en cualquier momento dado, la apariencia formal sea diferente de la realidad auténtica. Obviamente, penetrar en esa realidad, es por consiguiente, un problema difícil.

Aferrarnos a ciertos criterios llamados "institucionales" que sin embargo han quedado rezagados frente a nuevos conceptos, nuevas relaciones, nuevos fenómenos políticos, es sin duda, una posición conservadurista que no se compadece con los cambios que justamente se han producido y que se prevé se puedan producir a lo largo de la historia. Desde luego, hay ciertos valores que con el correr del tiempo permanecen y son el faro que ilumina casi siempre la actuación de los hombres; como que son el soporte y el sostén siempre firme de las ejecutorias humanas, sin las cuales la vida misma no tendría sentido; pero no se pueden confundir con otros criterios e instituciones que por su naturaleza misma son mutables y que requieren ir reformándolos y ajustándolos días tras día.

Así por ejemplo, definida la estructura del Estado, sus fines y funciones de acuerdo con el pensamiento y concepciones vigentes a esa estructuración, la humanidad no se ha quedado ahí, sino que se ha dedicado y, con creces, a la tarea de su conservación y ajustes con el

propósito de alcanzar los objetivos propuestos dentro de la comunidad política. La estructura orgánica del Estado, entonces, es obvio que corresponde a las concepciones y principios vigentes en las épocas en que se diseñó pero poco a poco ha ido modificándose de acuerdo con el avance y consolidación del pensamiento político y cultural.

Si embargo, en algunos casos, como el nuestro, la historia misma registra que no han corrido parejos los cambios de los hechos y las modificaciones o reformas a los textos constitucionales, los cuales, como se demostrará, en realidad parecen haberse petrificado en un punto tal que por inercia no han evolucionado y así, mientras la estructura del Estado, según la normatividad constitucional, se quedó ahí, otros acontecimientos han transcurrido, otras concepciones han aparecido, nuevos principios se han propuesto, algunas instituciones se han creado y otras definitivamente se han eliminado.

Entonces, 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. Además, porque a las instituciones hay que llamarlas por su nombre y ubicarlas en donde corresponde.

La propuesta cuenta con el respaldo doctrinal tanto nacional como extranjero y se apoya igualmente en la jurisprudencia de los más altos

Tribunales del país proferida en los últimos diez años . Por lo tanto, se trata de ratificar estas posiciones mediante su consagración constitucional que le permitan al Estado Colombiano una definición exacta de las funciones modernas que viene desarrollando .y está llamado a seguir cumpliendo a través de los organismos ya creados y de los que en lo sucesivo se constituyan para estos mismos propósitos.

LA TEORIA TRIPARTITA DEL PODER

Platón que tanto penetró en materia de formas de gobierno, no dedicó mucha atención al asunto, como sí 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/}.

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

Es digno de reconocer y admirar la justeza y 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 obstante haber sido sostenida por no pocos autores de la antigüedad misma v. gr. Cicerón y Polibio, al decir de Adolfo Posada.

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 promulgadas y no gobernar mediante decretos extemporáneos (nums. 124-131); al ejecutivo el poder ininterrumpido que atiende 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 "la 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

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

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 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 a desacreditar a los gobiernos despóticos y a prestigiar la evolución hacia las monarquías limitadas o 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

3/ LOCKE, John. Ob. cit. pág. 150.

el marques D'Argenson, después, bregando por un mayor contralor 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" 4/, y "El espíritu de las leyes" 5/. 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 al decir de Tagle 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" 6/. En esta obra, Montesquieu creyó encontrar entre los romanos las bases suficientes para anticipar, aunque 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" 7/

5/ Escrita en el año de 1737

5/ Apareció en el año 1748..

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

7/ Ibidem

En el año de 1748 con la aparición de "El espíritu de las leyes", Montesquieu presentó su teoría acerca de la división tripartita del poder. El es, el verdadero filósofo de la teoría, pues no obstante lo que tomó de los antiguos autores, fue él su sistematizador. Y justamente, observando la constitución de Inglaterra, tuvo una base firme para su generalización de que "en cada Estado hay tres clases 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" 8/.

Pero la fórmula del principio vincula estrechamente la existencia de esos tres poderes a la garantía de libertad que para el ciudadano representa: "La libertad política de un ciudadano, dice, es la tranquilidad de espíritu que proviene de la confianza 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:

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

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 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" 9/.

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" 10/. 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. Así lo enseña el profesor español Adolfo Posada que al decir de "Montesquieu, se fijaba para apadrinar y defender como buena la división de los poderes en necesidad de asegurar y garantizar la libertad de los ciudadanos mediante, no ya la distinción de funciones, sino en virtud de la distribución de éstas, o sea, del poder en manos distintas, y esto precisamente es lo que llevó a dar a la constitución y organización del Estado, un carácter mecánico. En efecto: la división de los poderes no resulta tanto 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,

9/ MOSTESQUIEU, Ob. cit. págs. 151-2

10/ MONTESQUIEU. Ob. cit. pág. 150

a fin de que la tendencia que se señala en todo poder a convertirse en tiránico, no triunfe, y el ciudadano sea libre. La idea de una limitación del poder, por virtud de una reacción interna, verdaderamente orgánica no se advierte: quizá no era posible. De esa manera mecánica de justificar la existencia de varios poderes políticos, se originó la doctrina de los frenos y contrapesos y de la balanza de los poderes y el sistema de las desconfianzas que tan gran papel desempeñan en el régimen constitucional doctrinario. Y así, como concepción mecánica, es como principal e inmediatamente ha influido la teoría de Montesquieu en el régimen constitucional" 11/

"El poder limitará al poder para impedir el despotismo y proteger la libertad ciudadana "dice Carlos Tagle 12/. Pero el mismo profesor argentino se pregunta: "Cómo hacer posible esa limitación recíproca entre los poderes? Si estos actúan separados, no tendrán oportunidad legal de contraponerse y realizar una acción coordinada" 13/. Citando al tratadista uruguayo Justino Jimenez de Arcehaga, el profesor de la Universidad de Córdoba, transcribe: "De qué manera se podrá impedir que esos centros de autoridad y de fuerza, que se constituyen para garantizar la libertad y asegurar el orden en las sociedades, se conviertan en instrumentos de opresión, que pongan en grave peligro todos los derechos y todos los intereses individuales? Como media 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, pues

11/ POSADA, Adolfo, "Derecho Político". Ed. 1915, T.I., Vol. 2, pág. 251.

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

13/ TAGLE, CARLOS. Ob. cit. pág. 454

que, como la experiencia lo acredita, lo que se requiere para obtener tan importantes resultados no son meras prescripciones legales, sino barreras positivas, medios de resistencia que tengan en sí mismos la fuerza efectiva necesaria de contener los desbordes de la autoridad. 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 de la soberanía entre varios funcionarios públicos o entre varios centros de autoridad política" 14/

INDIVISIBILIDAD DEL PODER PUBLICO

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 fue

14/ JIMENEZ de ARCHEAGA, J. "El poder legislativo". Ed. Oficial, Montevideo, T.I. págs. 4 y 5 citado por Tagle, ob. cit. pág. 454.

definitivamente abandonada.

EQUILIBRIO DE LAS RAMAS DEL PODER

Se da cuando una determinada forma de organización del Estado es susceptible de excluir, o al menos de dificultar grandemente, toda manifestación de hegemonía o prepotencia de una rama del poder sobre las demás cuyo conjunto constituye el poder público de ese Estado. Es la consecuencia de un largo y secular proceso de perfeccionamiento, lento pero progresivo, del gobierno político de los pueblos.

Este principio aparece como aplicación en contraposición a la teoría de la separación de los poderes del Estado. El ejercicio del poder no se concibe como la aparición dentro del Estado de potencias o poderes independientes, aislados y sin relaciones recíprocas; el poder es uno sólo y dentro del Estado uno sólo es su desarrollo, el cual se ejercita por distintas ramas que desempeñan desde el punto de vista material, cada una, las funciones de acuerdo con un orden preestablecido al estructurarse el Estado y que formalmente corresponden a unos órganos también previamente establecidos en esa misma estructura. La concepción de poderes distintos en el Estado desbordan la naturaleza misma del poder, vulnera las garantías eficaces para la libertad y por lo mismo, no comporta un régimen de contrapesos y limitaciones mutuas. Sin relaciones entre sí, encerrado cada uno en el círculo de sus atribuciones propias, no habría medios ni oportunidad legales de contener las extralimitaciones o abusos de los otros poderes y como todos serían independientes, y faltos de contrapeso en su esfera, de esa situación sólo resultaría, como lo hace anotar Jiménez de Archeaga, o "una funestísima anarquía entre los poderes públicos, o el predominio absoluto del que, contando con la fuerza moral de la opinión pública, o con el apoyo de la soldadesca, consiguiera concentrar en sus manos toda la autoridad reduciendo a una fórmula engañosa el principio de la división e independencia de los poderes y a éstos en serviles y menguados instrumentos de su autoridad despótica".

El poder público es uno sólo, indivisible. No se concibe la existencia de varios poderes de esta naturaleza en el Estado. Para efectos de su ejercicio, el poder unitario se distribuye, pero no se divide, y esa distribución se da para hacer más expedito su ejercicio, porque justamente nadie, salvo el Estado mismo, puede irrogarse todo el poder. El poder se distribuye en ramas, que ejercen una parte del poder cada una de una manera específica y, que unidas todas, constituyen el poder todo. No se puede decir p. ej. que la rama legislativa ejerce o desarrolla el poder, porque tan sólo cumple con una función de ese poder: elaborar y promulgar el derecho. Lo mismo puede decirse de las demás.

La teoría de la distribución es entonces predicable del ejercicio del poder y no del poder mismo porque éste es uno sólo y además indivisible. Las ramas sí son separadas, pero esa separación es relativa más no absoluta; éstas no pueden estar completamente separadas ya que no puede existir una separación absoluta entre ellas, primero porque cada una es una especie frente al género (poder), y éste no lo es totalmente si falta una de ellas. Una separación absoluta de las especies conllevaría a la formación de otros o varios géneros, lo que dentro de la teoría del poder del Estado, riñe con la naturaleza y con la práctica.

Ahora, una separación absoluta entre las ramas, acaba con el poder mismo, pero fundamentalmente, lejos de ser una eficaz garantía contra el despotismo, vendría por el contrario a favorecerlo abiertamente. Si la rama legislativa, por ejemplo, ejerciera sus funciones con entera separación y completa independencia de las demás ramas, de qué manera podría impedirse que abusara de su autoridad, ya atacando la libertad civil, ya usurpando las atribuciones de las otras ramas que ejercen el poder? No habría medio alguno de defensa contra esos atentados y usurpaciones. La rama legislativa sería una autoridad sin límites y en consecuencia, un verdadero despotismo que se encontraría en viva guerra con las demás ramas, también ilimitadas y despóticas por el

hecho de ser absolutamente independientes en el ejercicio de sus funciones, según lo señala el profesor Posada.

Por tanto, la aplicación rígida del principio de la separación es inconciliable con la naturaleza misma del poder uno e indivisible. La teoría de la distribución, más no la de la división, es la que exige ser completada por el principio del equilibrio entre sus ramas.

A partir de Montesquieu, los intérpretes de su pensamiento entendieron que el poder del Estado era divisible y por lo mismo, se habló de la separación del poder público, y aún más, que esa separación debía ser absoluta y que los poderes (sic) debían ser independientes y autónomos unos de otros; esa deducción fue más el producto de la exageración de los intérpretes y glosadores que el espíritu mismo de su creador; Montesquieu no propició la teoría de la existencia de varios poderes y la separación absoluta entre ellos, pues su teoría, al decir de Tagle 15/ constituía una interesante generalización doctrinaria fundada en la observación y examen del funcionamiento del gobierno inglés por los años de 1729 a 1731, y el sistema inglés de entonces no permitía deducir aquellas conclusiones, ya que en su estructura lo que existía era una distribución del poder, con unas relaciones entre sus ramas que permitían la coordinación y el equilibrio que se acentuaría más tarde con el régimen parlamentario de gobierno; así lo advierte Madison 16/ en "El Federalista" al observar que la práctica del régimen inglés mostraba, aún en la época de Montesquieu, muchos ejemplos de discreta participación de cada una de las ramas en las funciones de las demás, produciéndose así un régimen de permanentes relaciones y de efectivo contrapeso. Fundamenta Madison esa conclusión en el número 47 de la obra sobre la constitución americana y entra a

15/ TAGLE. Ob. cit. pág. 455

16/ MADISON, Hamilton y Jay, "El Federalista", Fondo de Cultura Económica, Primera reimpresión, México D.F., 1974, págs. 204-209

defenderse del reproche de sus opositores de que en su plan se había violado la máxima política de la separación de los tres departamentos del gobierno, por haberse estos distribuido e intermezclado de tal modo que se destruyó toda simetría; acepta que "la acumulación de todos los poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, en las mismas manos, ya sea de una, pocas o muchas personas, ya sean éstas hereditarias, de propio nombramiento o electivas, puede declararse justamente ser la definición misma de la tiranía, de suerte que, si fuese cierto que dicha constitución establece una mezcla de poderes, con la tendencia peligrosa para la libertad, de tal acumulación, merecería, sin duda universal reprobación el sistema"; 17/ pero agrega enseguida que aquel cargo no puede sustentarse y que la máxima sobre la que se funda aquella, ha sido totalmente incomprendida y mal aplicada, pasando a "investigar -dice- el sentido por el que para su conservación, la libertad requiere que los tres grandes departamentos del poder sean separados y distintos" 18/.

Recurre a Montesquieu a la Constitución británica, para decir:

"A la más superficial mirada de la constitución británica, debemos percibir que los departamentos legislativo, ejecutivo y judicial, en manera alguna son totalmente independientes y distintos entre sí. El magistrado ejecutivo forma parte integrante de la autoridad legislativa. A él sólo compete la prerrogativa de celebrar tratados con los soberanos extranjeros, los que una vez celebrados tienen, bajo ciertas limitaciones, fuerza de actos legislativos. Todos los miembros del departamento judicial se nombran por él; puede removerlos a petición de las dos cámaras del parlamento y forman, cuando quiere consultarlas, uno de sus consejos constitucionales. Una rama del departamento legislativo forma también un gran consejo constitucional del (g)efe ejecutivo así como otra parte es el único

17/ MADISON. Ob. cit. págs. 204-205

18/ Ibidem.

depositario del poder judicial en casos de juicios de residencia, estando investido de suprema jurisdicción apelativa en todos los demás casos. Los jueces, además, tienen tanta conexión con el departamento legislativo, que concurren y participan frecuentemente en sus deliberaciones aún cuando no se les admite rotación alguna legislativa" 19/.

Y agrega: "de estos hechos, por los que Montesquieu era guiado no puede inferirse claramente que al decir: 'no puede haber libertad alguna donde los poderes legislativo y ejecutivo estén reunidos en una misma persona o cuerpo de magistrados, o 'si los poderes judiciales no se separan de los poderes legislativo', no se proponía dar a entender que estos departamentos no debieran tener alguna ingerencia parcial o ninguna sujeción en sus actos respectivos" 20/.

Faltaba aún, penetrando más en lo profundo del principio, desenvolviéndolo, dar su exacta fórmula como lo ha dicho Madison, cuando nos enseña que "su sentido, según lo significan sus propias palabras, y aún más concluyentemente, según lo demuestra el ejemplo que tuvo a la vista, no puede importar sino esto, que donde todo el poder de un departamento se ejerce por las mismas manos que poseen todo el correspondiente a otro, quedan allí subvertidos los principios fundamentales de una constitución libre" 21/.

De suerte que en sus propios términos, la inteligencia recta del sistema se opone a que todo el poder de un departamento se concentre en las mismas manos que poseen todo el poder -funciones- de otro departamento, pero no se opone a que una parte del poder de un departamento se deposite en manos de quienes posean todo el poder de

19/ MADISON, Ob. cit. pág. 205

20/ MADISON, Ob. cit. págs. 205-206

21/ MADISON, Ob. cit. pág. 206.

otro departamento, y no sólo se opone sino que reclama esas "parciales injerencias" de un departamento o poder público en las funciones propias de los otros. Esta es, a juicio de muchos tratadistas, la verdadera fórmula del principio del equilibrio del poder que, por otra parte, sintetizaba así en forma tan brillante, como precisa Mounier en la Asamblea Constituyente francesa de 1789, al decir: "para que los poderes se mantengan realmente divididos, es preciso que no estén enteramente separados".

Madison demostró con ejemplos tomados de la organización constitucional inglesa, de la época de Montesquieu, que los distintos departamentos de su gobierno no estaban enteramente desvinculados unos de otros y que cada uno poseía algo de las atribuciones propias de los demás, departamentos quería decir que la constitución federal norteamericana no había violado la máxima política de la división de los poderes, al permitir esa recíproca pero discreta penetración de cada uno en la esfera de las atribuciones de los demás. Ese ejemplo fue seguido por las constituciones particulares de los diversos Estados, que "no obstante los términos enfáticos y algunas veces incalificables con que este axioma (de la separación) se establece, no existe un sólo caso, observa, en que se hayan constituido independientes y distintos absolutamente los diversos departamentos del poder " 22/, en apoyo de lo cual cita varias cartas constitucionales locales de la unión y entre ellas la de New Hampshire, la que, siendo "la última que se formó, parece haber apercibido plenamente -afirma- de la posibilidad e inconveniencia de evitar toda clase de mezcla de estos departamentos", y ha calificado la doctrina declarando "que los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, deben mantenerse tan separados e independientes uno de otro, como lo admita la naturaleza de un gobierno libre, o sea consistente con esa cadena de unión, que liga toda la estructura de la constitución en un sólo vínculo indisoluble de unidad y amistad. La constitución consiguientemente, concluye, mezcla esos departamentos en varios respectos" 23/.

22/ MADISON, ob. cit. pág. 206

23/ MADISON, ob. cit. págs. 206-207

Ahora, el ejercicio del poder, supone eso sí la separación de funciones las cuales se entregan a órganos distintos lo cual asegura las ventajas de la división del trabajo que al permitir la especialidad en el ejercicio de cada función, propende sin duda a la mayor eficacia de las actividades del Estado. Y así, el poder público sólo puede ser mantenido dentro del límite de sus legítimas funciones a condición de estar distribuido en varias ramas porque la primordial garantía de la libertad consiste precisamente en que el poder esté rigurosa y eficazmente limitado. Es que no basta con que el poder esté de tal forma constituido y organizado que no pueda convertirse en tiranía; es menester además que su organización sea adecuada a la naturaleza de las funciones que debe desempeñar, y como son varias y de muy diversa índole, debe constituirse un órgano especial y principal para el ejercicio de cada una de ellas a fin de que sean desarrolladas con el más alto grado de perfección posible. Estableciéndose un sólo centro para el ejercicio del poder para el desarrollo de todos los fines y el cumplimiento de todas las atribuciones, la Nación estaría imperfecta e irregularmente regida, pues además de no ser posible que una sola persona o un sólo órgano reúna todas las cualidades y aptitudes indispensables para el desempeño regular de sus funciones tan variadas y de tan diversa índole como son las del poder público, la organización que se diera a ese centro único de autoridad no podría jamás convenir indistintamente a todas y cada una de sus funciones: constituirse regular y legalmente, promulgar el derecho, ejecutarlo, aplicarlo a los casos concretos y fiscalizarse así mismo su ejercicio.

Cada función reclama para su mejor desempeño, una organización, unas herramientas y unos métodos; la distribución del poder y su equilibrio se recomienda y prestigia por ese doble fundamento, tan precisamente señalado por el clásico profesor uruguayo Jiménez de Arceaga, esto es, "tanto por una razón de política, como una razón de organismo; tanto la necesidad de acordar a la libertad poderosas garantías contra el despotismo, como la de someter la constitución del organismo

político, a la ley de la división del trabajo, y de la especialización de las funciones para que éstas puedan ser convenientemente desempeñadas" 24/; y como lo asegura Tagle "para preparar por una organización adecuada al fin, el complejo y eficaz cumplimiento de las operaciones gubernativas" 25/.

El equilibrio de las ramas del poder es el término de un proceso de combinación racional y de adopción discreta de nociones o principios vinculados a la organización de las ramas en el poder público se distribuye para el mejor ejercicio de sus funciones y para lograr los fines que se propone; pero a la vez, es la condición de la armonía con que dichas ramas del poder deben interpretar y realizar los dictados de la voluntad popular.

Por distribución y equilibrio de las ramas del poder ha de entenderse entonces, esa combinación especial de las ramas, que a la vez que aleja el predominio de unas sobre otras o sumisiones entre las mismas, asegura por medio de discretas ingerencias de reacciones y contrapesos recíprocos, una relación permanente y una colaboración efectiva que las solidariza, como especies de un género único, en una acción armónica, no sólo de las ramas entre sí, sino de estas, en su conjunto, con la conciencia y voluntad colectivas que constituyen su inspiración superior.

Se parte de una clasificación de las funciones del poder en grupos y de la localización de ellos en centros u órganos distintos, cada cual con una cierta autonomía o efectiva independencia que consiste en la capacidad de cada rama para determinarse por sí a obrar sin dependencia de extraños impulsos; así tenemos, unas ramas independientes, separadas entre sí, pero que exigen una mutua y estrecha colaboración, que implican inclusive, al decir de Madison,

24/ JIMENEZ DE ARCHEAGA, J. Ob. cit. págs. 8 y 9

25/ TAGLE, Carlos A. ob. cit. pág. 461.

ingerencias parciales de cada rama en las funciones de las demás. Esas ingerencias, esa penetración de unas ramas en esferas de acción distintas a la propia de cada una, no son claro está de la misma índole, ni obedecen al mismo principio.

UNIDAD DEL PODER PUBLICO

El poder del Estado es uno sólo; no se puede predicar la existencia de "poderes" distintos dentro de él, de la misma naturaleza.

Como dice Betancur Cuartas, "la separación absoluta de las tres ramas, como fue inicial concepción del Estado liberal, no existe entre nosotros, porque la fuente es la misma, única e indivisible, la cual es la soberanía de la Nación" 26/, o como lo reafirma SÁCHICA 27/ cuando asegura que "tal separación de las tres ramas no es absoluta, porque se rompería la esencial unidad armónica del poder público que corresponde a la unidad del Estado".

"Más que de una verdadera separación se trata de una mera distribución técnica ya que la práctica acepta una colaboración mutua en la tarea general del gobierno", dice SÁCHICA; o una separación "entendida como distribución de competencia; cada rama con funciones propias pero no exclusivas, en razón del sistema de cooperación funcional, de colaboración armónica, en que se complementan, como organismos especializados y sin aislamiento para realizar el bien común como fin primordial del Estado", al decir de Betancur.

26/ BETANCUR CUARTAS, Jaime "Derecho Constitucional Colombiano" colección Jurídica Bedout 3a. Ed. Medellín, 1979 pág. 189.

27/ SACHICA, Luis Carlos "Constitucionalismo Colombiano". Ed. Temis, Bogotá, 1977, pág. 196.

El poder, en todo caso, es uno, e indivisible. "Si el poder del Estado es la facultad que éste tiene de crear, aplicar y definir el derecho, dice Palacios Mejía, esa facultad pertenece al Estado como tal, se ejerce frente a todos los súbditos de éste y en todo el territorio; es por lo tanto, indivisible 28/. Así debe mantenerse en la Constitución colombiana la cual luego de dos reformas constitucionales abandonó la concepción de la divisibilidad y adoptó la de la unidad del poder distribuido en ramas para efectos de su ejercicio.

OTRAS RAMAS DEL PODER PUBLICO

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

28/ PALACIOS MEJIA, Hugo. "Introducción a la teoría del Estado". 2a. edición, Ed. Temis, Bogotá, 1980. pág. 107.

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" 29/.

Por eso no compartimos la conclusión a la que llega el profesor Hugo Palacios Mejía, en su "Introducción a la teoría del Estado" 30/ cuando afirma que "no es muy productivo buscar definiciones materiales de otras funciones que algunas personas creen advertir en los Estados contemporáneos..."

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 uno sus propias funciones dentro de la comunidad política.

Las reformas a la estructura del Estado en cuanto hace la a la distribución del poder para garantizar las libertades públicas, evitar la concentración y el despotismo, se fueron desarrollando poco a poco en la medida en que la opinión fue 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

29/ SACHICA, Luis Carlos, "Constitucionalismo Colombiano". Ed. Temis, Bogotá, 1977, pgs 191-2.

30/ PALACIOS MEJIA, Hugo, "Introducción a la Teoría del Estado" 2a. edición. Ed. Temis, Bogotá, 1980, pgs 131-2.

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, 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 lógicamente 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 la Corte Suprema en repetidas oportunidades 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 ramas especializadas que como tales, autónoma e independientemente, eso sí, en mutua y armónica colaboración con las otras desarrollen a cabalidad los fines y los propósitos de sus funciones, que son esencialmente los mismos del Estado.

En Colombia, por ejemplo, a raíz de la expedición del anterior Estatuto Orgánico del Presupuesto, se dijo en el D.E. 294 de 1973, que sus normas se aplicaban a las distintas ramas del poder público, a la Contraloría General de la República y a la Procuraduría General de la Nación. Más recientemente, al expedirse el Código Contencioso Administrativo (D.E. 01 de 1984), se determinó que el campo de aplicación de su primera parte cubija a los distintos órganos de las

ramas del poder público, a la Contraloría General de la República y a las regionales y municipales, a la Procuraduría General de la Nación, a la Registraduría Nacional del Estado Civil y a la Corte Electoral.

Esto significa que el legislador extraordinario definitivamente ha tropezado con que lógica y constitucionalmente, de acuerdo con la actual distribución del poder público, estos órganos que ejercen primordialmente unas funciones propias, específicas y distintas no encajan dentro de la teoría tripartita, y por eso hay necesidad de hacer una enumeración adicional. Desde luego, no es que la Constitución Colombiana no haya regulado otras funciones primordiales del Estado como las que son objeto de análisis, sino que por el prurito de copiar de otros textos foráneos y por "estar a la moda" con ciertas concepciones, hoy ya no vigentes, no las mencionó en el art. 55. Este texto se quedó corto respecto del principio general enunciado, aunque no muy técnicamente, en el art. 2o. de la C.N. y según el cual "la soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación y de ella emanan 31/ los poderes públicos que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece".

Y decimos que se quedó corto porque regulando como regula el funcionamiento y organización de las tradicionales tres ramas del poder público, también desarrolla lo relativo al funcionamiento y organización de la rama fiscalizadora, principalmente ejercida por el Ministerio público, a través de la Procuraduría General de la Nación y los fiscales, y la Contraloría General de la República y las regionales, y lo referente a la rama electoral en varios artículos de la Constitución, pero fundamentalmente en el título XVII que se refiere a las elecciones, al sufragio, a las circunscripciones electorales, representación proporcional de los partidos y lo relativo al mandato representativo.

31/ Debe decirse: de ella emana el poder público que se ejercerá...

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 otras ramas del poder público. Por ello, en la siguiente parte nos adentraremos en el estudio de las que en nuestro concepto son hoy en día las ramas del poder público que se organizan y funcionan en los términos que la Constitución establece, según reza el artículo 2o.

APRECIACIONES JURISPRUDENCIALES QUE RESPALDAN LA TESIS
DE LA UNIDAD DEL PODER PUBLICO, SU INDIVISIBILIDAD
Y LA EXISTENCIA DE OTRAS RAMAS.

DEL CONSEJO DE ESTADO

El Consejo de Estado, en auto de 29 de octubre de 1969 32/ señaló:

"Los poderes no se ejercen hoy separadamente sino como lo ordena la Carta de 1936 y lo confirma la de 1945; aunque tienen funciones

32/ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero sustanciador: Dr. Alfonso Arango Henao, en acción de plena jurisdicción contra la decisión administrativa tomada por el Senado de la República por la cual se levantó la inmunidad al Senador José Ignacio Vives Echavarría. Anales 1969 T. 77, pg. 312.

separadas obran mediante una estrecha y armónica colaboración para realizar los fines del Estado. Prueba de ello es que la rama ejecutiva del poder público ejerce en ocasiones funciones legislativas y aún jurisdiccionales, cuando otorga por ejemplo, facultades jurisdiccionales a las Fuerzas Armadas, asignándoles el juzgamiento de determinados delitos. Confirma el aserto, el ver a la rama jurisdiccional ejercitando actos de simple administración cuando procede a designar los magistrados, jueces y empleados subalternos. O cuando el legislativo elige al Designado a la Presidencia de la República, actos netamente administrativos. Todo ello explica por qué la independencia absoluta de cada uno de aquellos poderes de que hablaba la Constitución del 86, ha pasado a convertirse en una independencia de las ramas del poder público sin perder su propia autonomía y conservando, desde luego, unas funciones de primero y otras de segundo orden, sin restarle por ello importancia a éstas.

La rama legislativa del poder público, tiene como función principal, la elaboración de las leyes; pero es la misma Constitución la que ha dado a la Cámara de Representantes funciones propias del ministerio público y al Senado la de juez en determinados casos. Son estos los resultados de un cambio fundamental traducido en el querer del constituyente. No se debe pensar hoy con el criterio de la Constitución del 86, y creer, erróneamente desde luego, que la rama legislativa está destinada de manera exclusiva a producir leyes, pues, ya se ha visto, que en ocasiones puede dictar fallos, hacer las veces del ministerio público o realizar actos simplemente administrativos. Y se ha dejado claro también, que los actos administrativos no emanan únicamente de la rama ejecutiva del poder público, pues ellos pueden originarse también en las ramas jurisdiccional y legislativa".

En 1971, el Consejo de Estado en sentencia de 22 de octubre al referirse al poder público, a la separación e independencia de sus ramas, dijo:

" El sistema constitucional colombiano está basado en el principio de la separación del poder público en tres ramas distintas representadas por el Congreso, el gobierno y los jueces, las cuales tienen funciones separadas, lo cual no implica oposición entre ellas, sino colaboración armónica para "la realización de los fines del Estado" (art. 55 C.N.). La diferencia funcional lleva a la conclusión de que, en principio, las competencias del Congreso son de índole legislativa, como son administrativas las del ejecutivo y relativas a aplicar el derecho las judiciales. Solo en caso de excepción, por lo mismo especialmente previstos, puede una de las ramas del poder público ejercer ciertas atribuciones de tipo distinto al que por su naturaleza le corresponde: así, por ejemplo, el Senado, en ciertos casos, puede ejercer funciones de tipo jurisdiccional, o el gobierno algunas de índole legislativo, pero siempre por expresa autorización de la Constitución. Ninguna de las ramas del poder público debe inmiscuirse en las esferas de las otras".

DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida el 8 de mayo de 1969 (M.P. Dr. Eustorgio Sarria) 33/ al referirse al tema de la distribución del poder público señaló:

"El título V de la Constitución define los elementos esenciales del poder público, su integración y su ejercicio. Acoge la concepción unitaria de éste y la clásica división de funciones, repartidas en tres ramas: la legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional.

Sin perjuicio de la participación que la Constitución confiere a una rama en las funciones de otra, el contenido general de éstas se puede definir así:

33/ Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial No. 2338, pg. 51.

- a. Función legislativa, que consiste en que el Estado formule el derecho objetivo.

- b. Función ejecutiva, que consiste en que el Estado cree una situación de derecho subjetivo, o condicione por un acto individual el nacimiento de una situación legal;

- c. Función jurisdiccional, que consiste en que el Estado compruebe una violación, existencia o extensión de una regla de derecho, o de una situación de hecho".

Con ponencia del doctor Luis Sarmiento Buitrago, el 11 de septiembre del mismo año de 1969, la H. Corte Suprema ratificó lo dicho en los siguientes términos:

"Nuestra constitución política establece la concepción unitaria del Estado y la tripartita división de funciones, que a pesar de su independencia, "colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado".

Estos conceptos fueron precisados por la Corte Suprema en sentencia de 8 de mayo de este año..." (Transcribe la parte pertinente citada 34/)

Ese máximo tribunal de justicia, en abril 25 de 1970 35/ en sentencia que contó con ponencia del también expresidente de ese organismo, Luis Sarmiento Buitrago, dijo nuevamente:

"El poder público se manifiesta a través de las ramas que el artículo 55 de la Constitución determina así: La legislativa que elabora la ley para normar la actividad de gobernantes y gobernados, por medio del derecho objetivo; la ejecutiva, que hace cumplir la ley, creando situaciones subjetivas; y la

34/ G.J. No. 2338. pag. 285

35/ G.J. No. 2338 bis, pag. 129

judicial que administra justicia, o sea que aplica la ley a casos particulares de contienda jurídica.

Cada una de estas ramas obra separadamente dentro de la órbita que la Carta les asigna, pues la intromisión indebida de unas en las funciones de las otras, quiebra la armonía jurídica y coloca al Estado en los linderos de la arbitrariedad.

Pero si teóricamente estas ramas del poder público deben actuar separadamente, los fines de la comunidad política no se logran sin una armónica colaboración, como la misma Constitución lo indica; la distribución y la redistribución de funciones y competencias que el constituyente hace directamente, o el legislador por medio de la ley para el ejercicio del poder estatal sobre la comunidad civil, señalan el campo de acción de esta colaboración".

En el año de 1972 (agosto 8) con ponencia del magistrado Guillermo González Charry, la Corte Suprema de Justicia, recalcó el principio de la distribución del poder en los siguientes términos:

"Distribuido como se halla el ejercicio del poder político en tres ramas, cada una con funciones propias pero ejercidas de modo coordinado y armónico para mantener un equilibrio institucional, al Presidente se han señalado funciones y deberes en relación con la jurisdiccional y la legislativa aparte de las que le competen como cabeza de la administrativa. Dentro de un esquema sencillo, pero exacto, puede, pues, afirmarse que primordialmente corresponde al Congreso la de legislar, a los jueces la de interpretar y aplicar la ley en su juzgamiento, y al gobierno la de administrar, aunque excepcionalmente una de esas ramas ejerza funciones que no encajan en su naturaleza, como cuando el Congreso cumple algunas de carácter judicial. Pero todas ellas tienen un mismo origen, una sola fuente y un solo eje de mando es, a saber: la Constitución Nacional. Por lo mismo, tanto en la competencia para ejercerlas, como en el modo de

cumplirlas deben mantener un arreglo permanente y absoluto con la Suprema regla del orden institucional, que es la Carta Política. Tal la explicación político-jurídica de su artículo 55 cuando expresa que "son ramas del poder público la legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional" y agrega: "El Congreso, el gobierno, y los jueces tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado". 36/.

La H. Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida el 31 de mayo de 1984 37/ recogiendo la ponencia del magistrado Manuel Gaona Cruz y considerando el principio de la separación de los poderes, su significado politológico y jurídico, el derecho a la Constitución y el Estado para la libertad, dijo:

"1. De acuerdo con la teoría constitucional y la teoría política contemporáneas la expresión 'separación de poderes', es equiparable a otras como, de 'órganos' o de 'ramas', pues el 'poder', en cuanto facultad jurídica o instituida de actuar (possum, o posibilidad permisiva), es distinto del mando, que es la potestad política, prejurídica y monolítica de otorgar facultad para poder actuar (potestas). Por lo tanto, aquel es por esencia separable en varias competencias, atribuciones, jurisdicciones e instituciones. No es por lo mismo inexacto afirmar que el poder se puede dividir.

"Adviertase que la criticada "desetud" de lenguaje sobre la noción del poder, paradójicamente tildada de anacrónica, revela ante todo falta de aproximación a su verdadero significado. Tiénese hoy que según la terminología científica de catalogación de lo político, es distinta de la potestad constitutiva

36/ Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial No. 2364, pag. 188
 37/ Corte Suprema de Justicia. Proceso No. 11-29: Normas acusadas: art. 1,2,3,24 y 57 de la ley 2a. de 1984. Actor Héctor Rodríguez Cruz.

político-doctrinaria del Estado (a la que se le denomina "Constitución Política" y "Constitución Ideológica o Ideocrática", según su contenido), ésta sí originaria, suprajurídica y monolítica e indivisible, razón y fuente del poder, pero diferente repítese, del poder constituyente o instituido de la constitución normada o declarativa del mismo Estado (que recibe la denominación clásica de "Constitución Jurídica"), el cual de suyo, en cuanto poder otorgado de competencia para reformar normas jurídicas por quien tiene la potestad de atribuirlo, no es por lo mismo potestad y es por ende derivado. Y si derivado por lo instituido es el constituyente de revisión, con igual razón derivados y además divisibles han de ser los "poderes públicos" que le deben a aquél sujeción en su organización y funcionamiento. Es por ello comprensible su "ramificación".

Además, según los lineamientos de la Constitución, aunque en el artículo 55 se consagra el aparentemente renovado principio de la separación de las "ramas del poder público", sin embargo en el artículo 2o. de la misma se instituye que de la Nación soberana "emanan los poderes públicos que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece".

- "2. El postulado inicialmente doctrinario y luego jurídico positivo de la separación de los poderes, que corresponde todavía a uno de los elementos configurativos del Estado de Derecho, como presupuesto institucional de la libertad, es la expresión estructural del pluralismo ideológico, que aquí se denomina "pluralismo orgánico" con el que se ha identificado uno de los pilares del constitucionalismo como filosofía racional del reparto y manejo del poder al servicio de la libertad.
- "3. Históricamente, la fórmula de la separación de los poderes se enarboló en la lucha contra el absolutismo monárquico y se quiso decantar como fundamento ideológico de la libertad de los

gobernados frente a la potestad ilimitada y omnímoda del gobernante. Montesquieu, en su obra "sobre el espíritu de las leyes", publicada en 1784, trata sobre la separación de los poderes en el capítulo 6 del libro XI, siguiendo el modelo teórico que él acuñó al analizar el tema de "la Constitución de Inglaterra".

"La parte conocida de su texto constituye aún un presupuesto de la ciencia política. Pues aunque sin duda ésta tiende cada vez más a analizar los fenómenos del mando, del poder y de las instituciones políticas, primordialmente a través de elementos socio-históricos y políticos y últimamente económicos, que jurídicos, sin embargo dicha ciencia no se ha liberado aún de estos últimos ni de la comprensión del derecho constitucional. Busca simplemente integrarlo dentro de un conjunto estructural más extenso y complejo, pero no desconocerlo.

- "4. Actualmente la teoría de la separación de los poderes, que no equivale a afirmar la rotunda especialización funcional, con la que en forma equívoca y precipitada se ha querido identificar, a pesar de su aparente y pretendida obsolescencia, sigue vigente y se ha vigorizado como un mecanismo necesario en las democracias representativas más avanzadas, precisamente para contrarrestar las tendencias de la búsqueda "tecnocracia" o del "estado eficaz", que entre nosotros, por lo demás no es todavía realidad, dadas las rudimentarias condiciones tecnológicas, presupuestables, y humanas de las sociedades subindustriales contra lo que se preconiza a la ligera, la sociología y la filosofía política en el Estado "occidental" se sustenta más que antes en el principio de la separación ontológica del poder.
- "5. Ciertamente, hoy el "poder legislativo" ya no legisla de manera exclusiva, ni siquiera predominante, y no sólo en Colombia sino en el orbe, y cuando legisla y actúa ya no decide sino que

fundamentalmente controla al que decide; es por esto que se afirma entonces que actualmente el poder jerárquico supremo de la ley es relativo y que el poder de decisión se desplazó del parlamento o Congreso hacia el ejecutivo primordialmente. En cambio, no hay duda de que el "poder ejecutivo" se exorbitó de su reducido campo tradicional, y hoy es el que decide, impulsa, orienta y hace luego posible la gestión política y económica; legisla, gobierna, administra, planifica, dirige la acción del Estado, y la ejecuta. Nadie discute tampoco que el judicial, además de sus tareas esenciales de juzgar y sentenciar, ha venido siendo reforzado y controla los actos jurídicos de los otros dos, y también desempeña tareas de naturaleza administrativa en lo que atañe a su propia y autónoma organización. Ni se puede desconocer que fuera de las funciones tradicionales redistribuidas y más complejas que se acaban de describir, hay otras que han sido otorgadas también a otros órganos, como las relativas al control de la función pública, a la supervisión y defensa de la legalidad, de las decisiones judiciales y de los intereses patrimoniales de la Nación y demás entidades públicas, asignadas al Ministerio Público, o las que se refieren a la vigilancia de la gestión fiscal o presupuestal pública, ejercidas por la Contraloría General de la República.

"Sin embargo, de todo lo anterior resulta apenas que son las funciones de los poderes las que se han aumentado y algunos nuevos los instituidos al efecto, y que diversas funciones tradicionales se ejercen en 'colaboración armónica' (art. 55 C.N.) entre varios de los poderes tradicionales y nuevos, pero que la condición de identificación de la órbita de competencia y acción de cada uno de tales poderes se mantiene, y que entonces éstos, por implícita aunque axiomática razón ontológica, atiende por ende a su propio 'ser', por el mero hecho de existir, se distinguen, y no están confundidos, y para poder cumplir a cabalidad sus funciones ser orgánicamente autónomos, pues de nada

serviría frente al deber estatal de garantía de la libertad reconocer al Congreso la función de control del ejecutivo si ella fuese ejercida por un parlamento instituido como apéndice orgánico suyo. Ni es garantía institucional de debido juzgamiento punible que el legislador desplace al juez constitucional y otorgue la competencia judicial a funcionarios pertenecientes a la rama ejecutiva, o sea al poder encargado al mismo tiempo de hacer cumplir la ley penal y de tomar medidas y ejercer actividades materiales tendientes a precaver su transgresión, o a asegurar su represión una vez transgredidas.

- "6. En consecuencia, no puede afirmarse todavía válidamente que nuestro derecho constitucional signifique únicamente una técnica formalista y racionalizadora de reparto estático y eficiente del poder, ni un mero avance tecnocrático de adecuación hacia la colaboración funcional entendida como hipertrofia orgánica de uno de los poderes, sino además y ante todo, una afirmación del principio ideocrático de autonomía institucional de los que armónicamente colaboren y una doctrina filosófica y normativa al servicio de la libertad. Dentro de tales linderos es como han de entenderse los artículos 2o. y 55 de la Constitución Política y la vigencia del artículo 16 de la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" proclamado por la Asamblea Nacional Francesa de 1789, en el que se expresó:

"Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene constitución".

- "7. Por lo tanto, las superadas tendencias autocráticas que tratan de reivindicarse al amparo de la moderna eficiencia tecnocrática del poder ejecutivo, para recubrir un nuevo absolutismo, aparte de estas proscritas del Estado de Derecho contemporáneo por antitécnicas en cuanto pretenden concentrar en forma rudimentaria

tanto la estructuración como la acción de las instituciones políticas, en contra del elemental criterio del debido reparto racional de la gestión pública, son además contrarias a la filosofía o doctrina constitutiva y normativa de dicho Estado, el cual se sustenta por el aspecto que se examina en la protección de la penología judicial de la libertad, en el derecho a la Constitución como garantía de aquella y en la autonomía y autarquía orgánica de la rama judicial encargada de resguardarla. El nuestro es un Estado para la libertad: el pluralismo institucional y orgánico como presupuesto constitutivo de la unidad político-jurídica del mismo no ha sido sustituido aún en nuestra Constitución, ante la cual el juez de constitucionalidad debe su razón y la guarda de su integridad. Sin más".

Frente a esta última decisión de la Corte, cabe preguntarnos con el magistrado Jorge Salcedo Segura 38/: "tiene la teoría de la separación de los poderes hoy en día, en Colombia, país en donde vivimos bajo un Estado de Derecho, la misma denotación que tuvo cuando se ideó?" La respuesta del H. Magistrado es como sigue: "En modo alguno. La separación de los poderes como teoría sirve para combatir y destruir el absolutismo, cuando existe; pero superado, esa concepción es inoperante para la buena marcha del Estado de Derecho. Por manera que la Corte, revaluando la teoría de la división de los poderes como causa de inexecutable de la ley 2a. de 1984, retornó ideológicamente al siglo XVII". La nuestra, ha sido condensada en nuestro criterio respecto a la no existencia de poderes dentro del poder y a la indivisibilidad de éste, aunque para su ejercicio, se predique su distribución en ramas que armónicamente en conjunto busquen y desarrollen su finalidad: el bien común.

38/ "Salvedad respecto a la parte motiva" de la sentencia sub examine, sobre la ley 2a. de 1984.

Luego la Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida el 23 de agosto de 1984, con ponencia del Dr. Manuel Gaona Cruz, al estudiar la noción de Administración, en el Derecho Público y frente a la Constitución, reconoció la existencia de la función fiscalizadora a cargo de organismos que no pertenecen a la estructura de la rama Legislativa, ni de la jurisdiccional y tampoco en la ejecutiva, en los siguientes términos:

"a).- Como función, la Administración indica una gestión asignada a personas dentro de una organización institucional privada o pública. Como función pública implica una competencia de ejecución necesariamente dependiente y circunscrita por un acto jurídico superior. En este sentido nuestra Constitución asigna funciones de administración de justicia a quienes hacen parte de la rama jurisdiccional, de administración de la Contraloría al Contralor General de la República, no obstante no pertenecer estos organismos al ejecutivo; de administración de los asuntos seccionales de los departamentos a los gobernadores, de los municipios a los alcaldes. Hay además ciertas actuaciones de funcionarios públicos, cualquiera que sea la rama a que pertenezcan, que son actos administrativos (nombramientos por ejemplo).

"b).- Pero la Administración también envuelve un fenómeno de organización. A ella se refiere el Constituyente en forma indiscriminada y trata de la Administración Pública, Administración Nacional, Administración Departamental y Municipal, Administración Judicial, Administración Fiscal. De todas éstas se distingue sin duda la noción de Rama administrativa, sinónima de la Rama Ejecutiva. Pero el concepto genérico que envuelve todo el sistema de organización administrativa estatal es sin duda el de Administración Pública. Todas las otras son especies suyas. La Administración Nacional

hace parte de la Administración Pública; no obstante, deja por fuera la Administración Departamental y Municipal. Por lo demás, no solo se refiere la Nacional a los organismos nacionales de la Rama Administrativa (Presidencia de la República, ministerios, etc), sino a los nacionales que no pertenecen al órgano ejecutivo pero que tienen una organización administrativa, aún cuando desempeñan funciones distintas de las asignadas al ejecutivo: las funciones netamente fiscalizadoras. Son ellos, precisamente, la Contraloría General de la República y el Ministerio Público, que comprende la Procuraduría General de la República de la Nación y las Fiscalías y Personerías. Estos organismos no pertenecen a la estructura de la Rama Legislativa ni de la Jurisdiccional, pero tampoco de la Ejecutiva, y sin embargo cabe dentro del haz orgánico mayor denominado Administración Nacional." 39/

Esta apreciación jurisprudencial fue reiterada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de febrero de 1985, que también conto con la ponencia del doctor Manuel Gaona Cruz y en la cual se ratificó la autonomía funcional y estructural del Ministerio Público.40/

Finalmente, la Corte en sentencia del 10 de marzo de 1988 al revisar la Constitucionalidad del Código Electoral, definió también la independencia de las funciones electorales y de escrutinios, con lo cual ratifica la existencia de la rama electoral del poder público, así:

"En efecto, el artículo 180 de la Constitución Nacional, autoriza

39/ Corte Suprema de Justicia Sala Plena. Sentencia del 23 de agosto de 1984. M.P. Dr. Manuel Gaona Cruz. Actor: Ceñar Castro Perdomo. Normas Acusadas artículos 149, 150 y 151 del C.C.A.

40/ Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia del 28 de febrero de 1985. M.P. Doctor Manuel Gaona Cruz. Actor: Juan Manuel Charry Urueña. Norma Acusada. Decreto Ley 521 de 1971 relativos a la disposición y ejecución del presupuesto de la Procuraduría General de la Nación.

a la ley para determinar todo lo demás concerniente a la función electoral y de escrutinio, no regulado por ella misma como es, en este caso, la forma de nombramiento de una de las principales autoridades electorales y su período, y el artículo 62 entrega al legislador la competencia para señalar sus calidades, sus inhabilidades e incompatibilidades, remuneración y forma de posesión.

"Estima la Corte que estos aspectos de la organización electoral y del servicio público son de competencias de la ley y así fueron regulados de conformidad con lo previsto por estas normas constitucionales que conviene transcribir:

" Artículo 62.- La ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva; las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución; las condiciones de ascenso y de jubilación y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del tesoro público.

"El Presidente de la República, los Gobernadores, los Alcaldes, y en general todos los funcionarios que tengan facultad de nombrar y remover empleados administrativos, no podrán ejercerla sino dentro de las normas que expida el Congreso, para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por mérito y antigüedad, y de jubilación, retiro o despido.

"A los empleados y funcionarios públicos de la carrera administrativa les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho de sufragio.

"El quebrantamiento de esta prohibición constituye causal de mala conducta.

"En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombremiento para un empleo o cargo público de la carrera administrativa, o su destitución o promoción".

"Además el artículo 180 de la Carta prevé:

"Artículo 180.- La ley determinará lo demás concerniente a las elecciones y escrutinios, asegurando la independencia de unaas y otras funciones; definirá los delitos que menoscaban la verdad y libertad del sufragio, y establecerás la competente sanción penal".

"Quiso el Constituyente imponer, de una parte al legislador el deber de asegurar la independencia de las funciones electorales y de escrutinios y este, dentro de sus competencias, señaló en las normas acusadas que la organización administrativa encargada de disponer lo necesario para la preparación y realización de las elecciones y de los escrutinios ordenados por la misma Constitución y la ley, fues independiente en su composición orgánica y en su funcionamiento, de las ramas políticas del poder público.

"El artículo 12, numerales 1o. y 2o. del Decreto 2241 de 1986, asegura que el cargo de Registrador Nacional del Estado Civil sea provisto por una autoridad colegiada cuyo origen es también extraño tanto al Ejecutivo como al Legislativo, ya que los miembros del Consejo Nacional Electoral, que es la autoridad nominadora son elegidos por el Consejo de Estado en pleno, para un período de cuatro (4) años que comienza el primero (1o.) de

septiembre inmediatamente siguiente a la iniciación de cada uno de los respectivos períodos constitucionales del Congreso y no podrán ser reelegidos para el período inmediatamente siguiente y, porque los miembros del Congreso Nacional Electoral tomarán posesión de su cargo ante el Presidente del Consejo de Estado. (artículo 4o. Ley 96 de 1986). En concepto de la Corte estas dos normas que se examinan se ajustan a la voluntad del Constituyente Nacional puesto que, sustraer de la influencia del poder legislativo y de la del Ejecutivo los actos de nombramiento y remoción del Registrador Nacional del Estado Civil, asegura la independencia de aquellas dos funciones especialmente protegidas por la Carta.

"Estas dos ramas del poder público, que precisamente se componen o integran por medio de las elecciones populares, bien pueden ser marginadas del procedimiento de nombramiento y remoción del titular del cargo de Registrador Nacional del Estado Civil; por esto no se contraviene lo dispuesto por el artículo 120-1 de la Carta ya que en la misma Carta la que quiera que exista la independencia que preven las normas que se examinan y deja en manos de la ley la facultad de asegurarla". 41/

EXISTENCIA Y JUSTIFICACION DE LA RAMA FISCALIZADORA

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 fiscalizadora.

41/ Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia del 10 de marzo de 1988. M.P. Doctor Fabio Moron Díaz. s.p.

NATURALEZA

Todo poder constituido es un poder de derecho, o sea, constitucionalizado y nunca extra, supra o meta constitucional, ya que estos caracteres sólo son propios del poder primario que constituye a los demás poderes, según lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia. La existencia de un ordenamiento jurídico que condiciona el ejercicio de las funciones públicas, es uno de los postulados del derecho público moderno. El principio de legalidad es el que rodea y ciñe el desempeño o ejercicio de las funciones públicas, y por eso es necesario vigilar su respeto en forma permanente, orientación que la Constitución recalca sobre funcionarios, entes o actividades de particular importancia, como la consagrada en los artículos 39, 41, 59, 160, 145 - 2o, etc.

Por tanto, el desempeño de las funciones públicas en nuestro país, está regido por tal principio de legalidad, por lo cual, toda persona natural o jurídica, de naturaleza pública o privada, cuando cumpla funciones de esta índole, ha de ajustarse a las disposiciones que regulan su actuación (arts. 2, 16, 20, 63, C.N.)

Y esto es así, porque en un Estado de derecho no pueden existir poderes absolutos, soberanos e indefinidos que a su talante escojan los medios o formas para obrar. El ejercicio del poder público debe sujetarse a los dictados del estatuto fundamental, primeramente, pues en todo caso, estructurado el Estado, se trata de un poder derivado y reglado, pues el político o primigenio le pertenece exclusivamente a la Nación; seguidamente, debe ajustarse a la ley; hoy por hoy son jurídicamente imposibles los llamados reglamentos o cláusulas en blanco o las atribuciones implícitas, recónditas o subentendidas para la autoridad. "Aún los llamados actos de gobierno o discrecionales están sometidos a los controles de constitucionalidad y de legalidad en cuanto a sus aspectos de validez, a sus presupuestos de orden normativo, a su competencia de expedición y de control y a su

conexidad en lo relativo a los móviles y a las finalidades invocadas que los justifiquen frente al orden jurídico como válidos y eficaces" 42/.

Toda atribución o facultad debe estar expresamente prevista en el derecho positivo y su ejercicio debe hacerse conforme a él. El poder constituido y el pueblo mismo están subordinados al ordenamiento jurídico que se expresa mediante preceptos constitucionales y legales emanados del poder constituyente y de los órganos que tienen la función de expedirlos. Esa es la esencia del Estado de derecho y su violación debe comportar una sanción tanto para gobernados como para gobernantes y con mayor razón para estos últimos máxime si tienen a su cuidado el ejercicio de las funciones públicas.

Justamente, la concreción del constitucionalismo es la imposición rigurosa de un orden jurídico integral y estable, al cual no pueden sustraerse ni el gobierno ni la sociedad; ni los gobernantes ni los gobernados porque se traduce en un imperio del derecho y en observancia inexcusable para cualquier forma de actividad.

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 aquél 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 toda persona y para que puedan pedir la investigación y sanción de los responsables.

42/ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de agosto 5 de 1982. Citada por Sarmiento Buitrago, Luis, en "Jurisprudencia Constitucional" 1980-81-82. Banco de la República, Bogotá. 1983, T.III, pág. 1263.

Como el poder público es medible, limitado y estrictamente ordenado de acuerdo con un plan de competencias previo, todo intento de sacarlos de sus límites debe ser investigado, sancionado y corregido. Cuando el poder público deja de tener sus características esenciales, desborda su finalidad y objeto y se ven amenazados los integrantes de la comunidad política, porque no ven en él el instrumento adecuado para la realización de los fines del Estado que lo son los de esa misma comunidad; porque el conjunto de objetivos que interesan al a generalidad de los individuos y a cada uno de ellos en particular, seguramente ya no se podrán alcanzar. Y porque, además, el hombre dejaría de vivir dentro de un orden, y sin él desaparecería la libertad, principios básicos sobre los cuales se asienta la estructura de toda sociedad. Es cierto que el ordenamiento jurídico reduce el área de acción de los individuos; pero es el instrumento indispensable para la vigencia de la libertad, porque cumple con la función de evitar que lo además se comporten caprichosamente en desmedro de los derechos de todo ser; permitir que se viole es dar la posibilidad a la arbitrariedad, al despotismo y aún a la barbarie.

Para evitar que esto último suceda 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 hacerlo. 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 conforme al art. 63; si cumplen, en fin con los preceptos de la Carta o si se extralimitan en sus funciones o las omiten según el tenor del art. 20

Según nuestro ordenamiento jurídico, se dirá que si los funcionarios públicos cometen en el ejercicio de sus funciones irregularidades que a la luz de la legislación vigente ameriten una sanción, ella habrá de buscarse en un precepto que la contenga y que haya sido señalada previamente por el legislador como conducta perturbadora del

ordenamiento jurídico que requiera una pena cuya gravedad implicará la imposición de una sanción que podría consistir en una de las descritas por el Código Penal o en otra de las señaladas en los regímenes disciplinarios, y que para ello está la misma administración que aplicaría los correctivos y la jurisdicción penal que hace parte de una de las ramas tradicionales del poder público.

Sin embargo, creemos que no hay que esperar que sea la misma administración la que se convierta en juez y parte en los actos de sus miembros; es decir, que sean ellos los que tramiten un proceso que culmine con la absolución de la administración por anticipado, ni esperar que sea solamente el lesionado con la conducta del funcionario quien ejecute las acciones pertinentes para obtener la declaratoria de responsabilidad y como consecuencia de ello, la imposición de las sanciones pertinentes.

Todas las ramas del poder público, pero en especial una, debe encargarse de manera privativa 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.

La otra función fiscalizadora ejercida por el Congreso, bien puede purificarse de tal manera que sea lo que en todo Estado de derecho debe ser: una función propia del Estado, por ser una faceta distinta del poder y ejercida por unos órganos autónomos e independientes.

El poder público solo no es nada así tenga unas limitaciones, unos frenos o contrapesos. Necesita de unos sujetos que lo pongan en ejecución; de un grupo de personas que ejerza y desarrolle las funciones públicas, integrado a la organización estatal.

Ese conjunto de personas son las que detentan el poder; son ellas 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 supremacía 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. Pero aquí no se acusa, no se investiga, no se juzga, no se sanciona y menos aún no se le deduce responsabilidad a quienes actúan fuera de los términos de la Carta Política.

Que pasaría, en el peor de los casos, cuando el Congreso resolviera desconocer los términos de la Constitución, y sin respaldo alguno de alguien expida actos que contrarién tanto al derecho positivo y aún al derecho natural? Solo hasta con que aparezca el control constitucional y luego de un tiempo declare inexecutable una ley o un acto que era inconstitucional desde el momento mismo de su gestación, expedición y sanción y que siguió siéndolo hasta la sentencia pero que perduró en

el tiempo sin posibilidad de que sus efectos se retrotrajeran hasta el momento de su expedición?

Y qué pasa cuando los que expidieron esa norma se beneficiaron por ese típico abuso del derecho al expedirla a sabiendas de su improcedencia constitucional? Y es suficiente la excepción de inconstitucionalidad?

Recordemos que también so pretexto de crear el derecho se puede inferir un daño a un particular y esa situación tiene que corregirse no solo anulando o haciendo desaparecer los efectos del acto injusto o ilegal, sino sancionando a los responsables que lo expidieron.

El art. 75 de la C.N. prevé que se puede sancionar, desde luego que conforme a las leyes, a quienes con la mira de ejercer funciones propias de la rama legislativa actúen por fuera de las condiciones constitucionales.

POSIBILIDAD

Posible es lo que no existe pero que puede existir; e imposible lo que no puede existir.

Existe? De hecho ya existe; no solo tiene aptitud para existir sino que esa función ya se da.

Está regulada en la ley? No solo en ella sino en la Constitución misma de la cual deriva su soporte jurídico.

Amerita la existencia de unos órganos distintos para ejercerla? Si, y de hecho algunos de ellos ya están creados y funcionando.

Ahora, acaso esos órganos son tan importantes que impliquen la necesidad de agruparlos en una rama del poder público distinta no solo por la calidad de órganos sino por la calidad de la función misma? De

hecho hay necesidad de ello. Si miramos a la Contraloría general de la República o a la Procuraduría General de la Nación en nuestro medio como organismos públicos que son, no caben dentro de la estructura de ninguna de las tradicionales ramas del poder público. Y la función fiscalizadora es totalmente extraña a las funciones tradicionales, porque ni es creadora de la ley, ni ejecutiva de la misma ni se aplica a los casos concretos en que surgen discrepancias entre los particulares o entre éstos y el Estado. Luego, tanto por la calidad de las funciones hay necesidad de agruparlos y que actuén esencialmente en el ejercicio de esa función como rama distinta.

Pero, acaso es esa una función pública propia del Estado que redunde en beneficio de la comunidad?

A la comunidad hay que brindarle seguridad y certeza de que los actos expedidos en sentido general o particular son actos legales y justos que está obligada a respetar y guardar y que su transgresión implicaría una sanción. Luego es el Estado el que debe encargarse de decirle y garantizarle a sus miembros que lo que está haciendo lo hace bien, de acuerdo con el derecho y los demás valores que son el soporte de la comunidad; que quien dice estar actuando a nombre de la sociedad, y no lo está haciendo, debe ser removido y sancionado. Ahora "siendo el Estado la forma jurídica de la sociedad, es el primer interesado en que las atribuciones que pone en manos de los funcionarios para lograr el mejor servicio a la comunidad, cumplan el fin para el cual se han destinado" 43/. Pero, la posibilidad debe ser:

1. Interna, es decir que considerada en sí misma, se deduzca su capacidad de existir, inferida de la no repugnancia de sus términos: función fiscalizadora.

43/ COPETE LIZARRALDE, Alvaro. OB. Cit. pág. 351

2. Externa, que considerada en relación a la causa productora, el poder del Estado, se deduzca la capacidad de existir proveniente del poder de la causa: en este caso del ejercicio del poder conforme al derecho.

Por lo tanto tenemos:

1. Posibilidad epistemológica: no envuelve contradicción luego es posible metafísicamente.
2. Posibilidad ontológica: no repugna a las leyes de la naturaleza; y,
3. Posibilidad axiológica no repugna con el modo común de obrar de los hombres.

CARACTERISTICAS

1. Autonomía

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 punibles, 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 44/:

"En un régimen nitidamente 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 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

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

se movimienta 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" 45/.

2. Independencia

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

Después de promulgada la ley, esta 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.

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 46/, a la rama fiscalizadora le corresponde la función de interesar, en nombre del pueblo y de la sociedad, a los que representa, que las

45/ SALGADO, J.A. César, Ob. cit. pág. 78

46/ Citado por Guido Berro Uribe, "El Ministerio Público en la República del Uruguay. Ob. cit, pág. 93

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 parece 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, representa 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.

3. Es una función de Control

La función fiscalizadora es al mismo tiempo una función de control, y tal como lo expresa Silva Cimma 47/ ésta es de la

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

esencia y está íntimamente vinculada a un régimen democrático de gobierno. "Bien 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 respeto 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".

4. Procura el Respeto del Orden Jurídico

Tiene como finalidad procurar el respeto 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 y 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.

5. Otras Características

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" 48/.

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

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" 49/ sostiene Rubén Cardón.

El mismo autor ecuatoriano, respecto del control financiero, agrega: "Dentro de nuestro ordenamiento institucional y partiendo del concepto de que es precisamente en los estados de gobierno constitucional representativo en donde éste es un simple mandatario del pueblo al que debe rendir cuenta de sus actos, se ha estructurado el control financiero como un corolario ineludible de la soberanía popular. Su organización está dada por la existencia de un doble interés en la fiscalización de los actos de la administración financiera y patrimonial; por un lado, el propio poder administrador que quiere asegurar la corrección de sus agentes delegados; y por otro, el pueblo, o sea el titular de la hacienda, al que directa o indirectamente le interesa fiscalizar la gestión de su mandatario y determinar su responsabilidad" 50/.

ORIGEN

Se podría deducir el origen de esta rama del poder público de lo que en su tiempo Benjamín Constant 51/ llamó el poder moderador, que

49/ 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. 52

50/ *Ibidem*, pág. 53

51/ Jurista francés, de origen protestante, nacido en Lusana en 1767. Colaborador de Napoleón en los cien días; doctrinario de la monarquía constitucional y perfeccionista de las ideas de Locke y Montesquieu. Falleció en 1830, luego de haber sido nombrado Presidente del Consejo de Estado. Autor de "Principios de Política" aparecido en 1818 y del "Curso de Política Constitucional".

correspondió al régimen de monarquía constitucional por él definido. Sin embargo, su naturaleza y estructura distan mucho de lo que debería ser una auténtica rama fiscalizadora encargada justamente de ejercer primordialmente la función pública de fiscalizar.

El poder moderador, según lo afirma Jorge Reinaldo Vanossi 52/ era un valor entendido a fines del siglo XVIII y comienzos del S. XIX como que toda la organización institucional reposaría sobre la base indubitable por cierto, que había establecido la revolución francesa a través del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene Constitución". Era, esa, según Vanossi, la creencia generalizada de los racionalistas sobre la cual construyó y difundió su obra el constitucionalismo moderno, partiendo de la necesidad de contener el absolutismo que habían soportado hasta ese momento mediante lo que se denominó el fraccionamiento del poder y la consagración de los derechos.

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 exorbitancias 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

52/ VANOSSSI, Jorge Reinaldo. "El poder moderador" en Enciclopedia jurídica OMEBA, T.XXII, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, págs. 487-8

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 esos tres poderes sin ningún interés, por supuesto, en trastornar el equilibrio, y teniendo al contrario, todo interés en mantenerlo" 53/.

Paul Bastid 54/ dice que no obstante la vinculación monárquica del principio moderador, la idea originaria de Constant estaba injertada en un esquema republicano en el que el poder moderador residía en un cuerpo colegiado semejante al 'jurado constitucional' ideado por Sieyes y cuyo interés conservatorio de la Constitución sería, al cabo, el de un "poder judicial de los otros poderes".

Sin embargo, Melo Franco, dice que "la intención de Benjamín Constant era evidentemente la de introducir un principio conservador que diése estabilidad a la vida de Francia, tan enturbada en su generación. Un poder neutro, irresponsable dentro del límite de las atribuciones y que pudiése liquidar -siempre dentro de una línea conservadora- los conflictos surgidos entre el espíritu de movimiento y el de conservación, que se enfrentan en todas las sociedades; sería un órgano llamado a desempeñar, en el gobierno parlamentario, el papel correspondiente al que poco a poco se invistiera la Suprema Corte de los Estados Unidos, gracias al genio de algunos de sus jueces" 55/.

Asomos de la función fiscalizadora en nuestro derecho constitucional los encontramos en la Constitución de Cundinamarca de 30 de marzo de

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

54/ Citado por Vanossi. Ob. cit, pág. 489

55/ MELO FRANCO, Alfonso. Anos de Estudos de direito Constitucional. Cap. VI. edicao. Revista Forence, 1957, pág. 244. cita. por Vanossi, José Reinaldo, Ob. cit.

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, estatuido 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 pueblo 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 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 conviniésen 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 fiscalizadora 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 cuarente miembros, que bajo de 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 acusador 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 disponía: "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 cualquiera 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 viciosos 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 fue 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 1923.

En la Constitución de la República de Colombia de 1830, se estableció en 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).

En 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 art. 105 y seguidamente, en el título XI, lo concerniente a "la responsabilidad de los empleados públicos".

Dice así el art. 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 de 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 pudiere 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 conforme a 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 otros 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 denominado 'Procurador General de la Nación' y por los demás funcionarios a quienes la ley atribuya esa facultad" (art. 55).

A partir de ese año, el Procurador General de la Nación era elegido por la Cámara de Representantes para un período de 4 años. En todo caso, el Ministerio Público ya está regulado en el título distinto a

los que contienen las prescripciones 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, ord. 10).

En la Constitución de los Estados Unidos de Colombia, se estableció, en el art. 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 intentáse la acusación del caso contra los que incurrieren en responsabilidad, y
4. Nombrar anulamente por mayoría de votos al Procurador General y dos suplentes.

Igualmente, en título distinto de 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 atribuya.

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 comentan.
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 fue 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: 56/

"El Departamento de Contraloría se recomienda para Colombia porque 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 no 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

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

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 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 de 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.

1. Alcance y Definición

Para unos 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, 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, con 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 de 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" 57/.

"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

57/ COPETE LIZARRALDE, Alvaro. Ob. cit. pág. 352

ejecutiva, pero que tienen relación directa e 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 asignada 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 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, no 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 Judicial 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".

Del mismo criterio son los doctores Gabriel Rojas Arbeláez y Alfonso Castilla Saíz, en las observaciones formuladas a la motivación de tal sentencia, según se desprende los siguientes apartes:

"El Ministerio Público constituye la más alta Política del Estado; y, por serlo, en el art. 142 de nuestra Constitución se dispone que sus funciones se ejercen bajo la suprema dirección del Gobierno. Dada la separación de los poderes, que es un dogma en nuestro derecho público, y no siendo posible por razón de ella que esa 'suprema dirección' se ejercite respecto al Organo Legislativo, ni respecto al Organo Judicial, los funcionarios del Ministerio Público quedan necesariamente ubicados dentro de la órbita del Organo Ejecutivo, de donde proviene el ordenamiento del artículo antes citado. Sus funciones aún la de emitir conceptos en los procesos, son esencialmente administrativas, y corresponden a las que en los numerales 2o. y 7o. del artículo 120 se asignan al Presidente de la República como 'suprema autoridad administrativa', y que en el 2o. del art. 119 'en relación con la administración de justicia', función esa también típicamente administrativa. Los funcionarios del Ministerio Público pertenecen a la Rama Ejecutiva y al Servicio Civil de la República, según resulta de lo dispuesto en el artículo 1o. del Decreto Ley 1732 de 1960 y como después de la Reforma Constitucional Plebiscitaria y por razón de lo ordenado en ella, la designación de los funcionarios y empleados no pertenecientes a la Carrera Administrativa se hizo reflejando equilibradamente la composición política del Congreso, que comenzó a ser paritario, y el rigor de esta norma continúa hasta el 7 de agosto de 1978; en virtud de lo ordenado en el parágrafo del artículo 41 del Acto Legislativo 1o. de 1968, con sujeción a este precepto ha de hacerse la designación de los Agentes del Ministerio Público. Por lo mismo, la designación cuya validez se ha ventilado en el juicio de la referencia, consulta la Constitución y

las disposiciones legales. La calificación de las funciones y la clasificación de los funcionarios no se puede hacer teniendo como criterio el tratamiento o distinciones que merezcan éstos, o por razones de aproximación a otro Organo, aproximación que viniera a originar un mimetismo trascendente. Sobre todo, sobre esa calificación no cabe ninguna duda cuando es la misma Constitución la que califica, como ocurre con lo prescrito en el art. 142".

En 1971, septiembre 14, la Corte por su parte, definió lo que se entendía por "será ejercido bajo la suprema dirección del gobierno", así:

"El Ministerio Público es ejercido en la República por el Procurador General de la Nación, bajo la suprema dirección del gobierno según mandato expreso de la Constitución Política; pero esta suprema dirección el gobierno es meramente política o de orientación ya que las facultades jerárquica, funcional y disciplinaria, competen de modo exclusivo como atribución especial, al Procurador General, en los términos del art. 145-3 de la Carta que le asigna la obligación de 'cuidar de que todos los funcionarios del Ministerio Público desempeñen fielmente su encargo y promover que se les exija la responsabilidad por las faltas que cometan', obligación complementada con la facultad también constitucional de nombrar y remover libremente a los empleados de su inmediata dependencia".

En Argentina, el Ministerio Público es parte integrante de la rama jurisdiccional. El Procurador General de la Nación forma parte de la Suprema Corte de Justicia.

En Chile, se proyectó un Ministerio Público independiente de la rama jurisdiccional y en cierto modo del ejecutivo con unidad de cuerpo según los términos de la ley de organización de los tribunales de 1875. Sin embargo, se vino a dejar, un poco contradictoriamente, bajo

la dependencia de la rama jurisdiccional 58/.

En el Uruguay, al decir del profesor Guido Berro Oribe, el Ministerio Público es la institución encargada de velar y reclamar en nombre de la Nación el fiel cumplimiento de las leyes en lo concerniente al orden y bienestar comunes y en todo aquello que de cualquier modo pueda afectar los intereses generales de la sociedad.

Citando a Vargas Fontecilla, dice que "el Ministerio Público es la institución encargada de velar y reclamar en nombre de la Nación el fiel cumplimiento de las leyes en lo concerniente al orden y bienestar comunes y en todo aquello que de cualquier modo pueda afectar a la sociedad" 59/.

Para este autor, lo verdaderamente cierto es que la existencia del Ministerio Público y su importancia frente a los poderes constituidos, deriva de la aceptación necesaria de esta idea: que la sociedad, en nombre de quien siempre obra, es anterior al Estado y le sobrevive después de constituido éste.

De su propia definición, en consonancia con su naturaleza de esencia, síguese que el Ministerio Público, así concebido, no puede ser sino independiente. Una independencia orgánica y funcional en relación con las demás ramas ejecutiva y jurisdiccional, como realizadoras del derecho en la vida institucional de las naciones. Como éstas y la rama legislativa, también el Ministerio Público integra el Estado, hállese o no expresamente previsto y reglamentado en sus principios básicos por la misma Constitución, lo que de todos modos no habrá dejado de hacerlo al proclamar los deberes, derechos y garantías de los

58/ FONTECILLA ARQUELME, Rafael. "Organización, atribuciones y funciones del Ministerio Público en la República de Chile". Procuraduría General de la República. Talleres Gráficos de la Nación, Mexico, 1964.

59/ BERRO ORIBE, Guido. "El Ministerio Público en la República del Uruguay". Ob. cit, pág. 94

integrantes de la sociedad. Y por otra parte, sin perjuicio de que dicha independencia aparezca afectada por su estricta sujeción a la propia Carta Fundamental y a la ley, ni por lo que en ésta se haya dispuesto en materia de contralor administrativo, responsabilidades, disciplina, aún con intervención de aquellos poderes para asegurar su correcto funcionamiento.

Dice que en todos nuestros Países se ha discutido el punto y se han adoptado soluciones diversas de carácter positivo al respecto. Las discrepancias fundamentales tienen que ver con el problema de saber a cual de las ramas, judicial o ejecutiva, debe estar subordinado.

En el Uruguay los funcionarios del Ministerio Público eran nombrados por la rama jurisdiccional y luego pasaron a ser nombrados por la rama ejecutiva.

Antonio Quintañón Ripollez, profesor de derecho penal de la Universidad Central de Madrid y Ministro del Tribunal Supremo de Justicia, al respecto dice:

"El Ministerio Público o Ministerio Fiscal, como se le denomina en España, -y en no pocos Países de lengua y tradición española-, por reminiscencias romano-medievales del Procurador Fiscali, que sobrevivieron incluso en la vida alemana en la institución del Fiscalat, es un producto de la historia y no de una elaboración lógico-racionalista; facto del que hay que partir para comprender su estructura actual, y explicar su un tanto ambigua situación en el proceso, que no responde siempre a los puros postulados de una impecable lógica jurídica.

"La tradición más antigua y realista, que tanto vale decir como romana, y que en España data, por lo menos, de las partidas, se expresa en ellas al definir el cometido del Patronus Fiscali, que es ome puesto

para razonar e defender en juicio todas las cosas e los derechos que pertenecen a la Cámara del Rey.

"Postula esta posición por un Ministerio Público a modo del órgano del Estado, del ejecutivo, según la terminología moderna, representante de un interés, todo lo público que se quiera, pero al fin y al cabo parcial, en el sentido técnico de la expresión, que en lo procesal se traduce por su consideración de parte en el proceso, en contraste con la imparcial neutralidad que informa los organismos jurisdiccionales.

"Frente a una tal función partidista e interesada impuesta por una historia ancestral, y coexistiendo con ella en forma más o menos coherente el racionalismo técnico asignó al Ministerio Público un cometido más afin a lo judicial, aunque nunca jurisdiccional decisorio, el de representar abstractamente a la ley, nuevo mito entronizado por el racionalismo de la ilustración, y ejercitar las acciones públicas en el sistema procesal acusatorio.

"Del noble origen histórico-dogmático que a grandes trazos queda esbozado, conserva el Ministerio Público su actual híbrida naturaleza de organismo estatal del poder ejecutivo, y de institución judicial; lo que hace tan difícil y huidiza la tarea que precisa su intrínseca naturaleza, quizás por no haber logrado todavía una decisiva caracterización institucional plenamente satisfactoria como enseñan las variedades que registra, tanto la doctrina como el panorama del derecho comparado. Unas y otras en un constante sentido pendular, ya que si prevalece el signo de representación de los intereses del Estado, el Ministerio Público resta un órgano suyo, del ejecutivo claro está".

4. Naturaleza de sus actos

Los actos producidos por los agentes del Ministerio Público pertenecen a algunas de las tres tradicionales funciones del Estado?

Copete nos dice al respecto: "Tales actos no participan de la función legislativa, porque está produce normas generales, imperativas y coercibles, notas de que carecen por entero los actos de los agentes del Ministerio Público. Tampoco son producto de la función administrativa porque entiéndase ésta como la que crea un acto jurídico individual y concreto, o como la que tiende a realizar en hechos los poderes jurídicos estatales, es lo cierto que la función administrativa produce normas vinculantes cuyo cumplimiento es imperativo a quienes con ella se ligan. De esta potestad vinculativa carecen los agentes del Ministerio Público. Menos aún, sus actos son consecuencia de la función jurisdiccional, por medio de la cual el Estado define en forma obligatoria la existencia de derechos. Y una vez más hemos de insistir en que el Ministerio Público está despojado de capacidad de obligar.

"Si no pertenecen las atribuciones de los agentes del Ministerio Público a ninguna de las tres funciones tradicionales del Estado, forzoso es concluir que se trata de una función especial, y sui generis", dice Copete.

La Corte en sentencia de febrero 17 de 1971, con ponencia del magistrado Luis Sarmiento Buitrago, sostuvo:

"Cierto es que el Ministerio Público tiene entre sus funciones constitucionales la de 'perseguir los delitos y contravenciones que traben el orden social', mas esa atribución, que es a la vez un deber, no lo autoriza para ejercitar actos jurisdiccionales, como es el de la apertura de la causa o juicio penal, indirectamente ni a través de una acusación obligatoria para el juez lo que sería equivalente, pues a la facultad de administrar justicia, función que indispensablemente supone una ordenación del procedimiento establecido en cada caso para la aplicación de la ley, la reserva la Constitución sin restricción o salvedades a los tribunales y jueces que componen la rama jurisdiccional del poder público".

LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

1. Alcance y Definición

Según el profesor Gustavo Penagos 60/, "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 de 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".

"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 1923.

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 Walter 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 61/.

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

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

"El Departamento de Contraloría creado por la ley 42 de 1923, no tenía funciones relativas a la administración de la cosa pública, o sea al gobierno de ésta la cual ejercitaba el Presidente de la República quien llega hasta la ejecución de los actos de disposición... 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 tienen diferencias sustanciales, las que existen entre la obra de administrar y la de fiscalizar no ha de ser la denominación común de departamentos administrativos la que afecte con la taca 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 va contra principios elementales de derecho público".

En 1933, con motivo de demandarse la inexecutable del Decreto 911 de 1932, la Corte reafirmó su doctrina de 1924 y en sentencia de agosto 2 expresó 62/:

"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 no estuvo tampoco en sus últimos tiempos la Corte de Cuentas, hoy extinguida, cuyas funciones eran esencialmente fiscalizadoras, y pasaron a ser propias del Departamento de Contraloría, por obra de la Ley 42, notablemente

62/ Corte Suprema de Justicia, sentencia de agosto 2 de 1933, G.J. T.XL págs. 399 a 404.

aumentadas por dicha ley.

"Para que se vea que las funciones de fiscalización de la administración de la cosa pública no pueden ser encomendadas a empleados o corporaciones dependientes del Presidente de la República o de los ministros del despacho ejecutivo", anota la Corte el hecho importante de que "el demandante, al mismo tiempo que solicita de la Corte que declare la inexecutable de la Ley 42, aboga por la supervivencia de la Corte de Cuentas como entidad independiente de los altos poderes a quienes se acaba de nombrar. Como el constituyente de 1886 denomina a los ministerios departamentos administrativos, habría sido de desearse que el legislador de 1923 hubiera preservado 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 administrar 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. Esta no es un ministerio, y por eso el legislador no consideró conveniente asignarle al Jefe de ella el nombre e ministro sino de contralor".

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

Y esto s así, porque al tenor de lo establecido en el art. 2o. 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 Contaloría) y al mismo tiempo prescribe que ese órgano ejercerá aquella función "conforme a la ley" 63/.

2. Ejercicio de su Función Fiscalizadora

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 autónomo, 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 esta, 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 ordenar 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 auditories, 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 mezcolanza 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 genero, ni a interpretaciones casuísticas, está en vigor" 64/.

Para la Academia, controlar es ejercer el control; comprobar si todo se cumple de acuerdo con las reglas establecidas y las órdenes dadas.

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

64/ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 5 de febrero de 1981 S.P.

administrativa; por eso 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. Así lo sostuvo, en afortunada decisión la Corte Suprema de Justicia en sentencia de agosto 10. de 1969 con ponencia de Eustorgio Sarria en cuyos apartes se lee: "Hacen parte del título V de la Constitución al lado de las normas que definen las ramas legislativa, ejecutiva y jurisdiccional del poder público, las referentes a la vigilancia de la gestión fiscal de la administración contenidas en los artículos 59 y 60".

Establece así la Constitución la debida y necesaria independencia entre esas funciones administrativas y las propias de control fiscal, que emana de una auténtica organización democrática. Todo lo que tienda a fortalecer esa actividad, a mejorar los sistemas propios de ella, está contribuyendo a la realización de los fines esenciales del Estado señalados en la misma Constitución y de modo especial en el artículo 16.

"El control fiscal es diferente del control administrativo. El primero, es esencial, persigue el recaudo y la supervisión debidos de los fondos públicos, conforme a las determinaciones legales del caso, o sea en armonía con presupuestos válidamente adoptados sobre el monto de las ventas por recaudar y los gastos e inversiones por servicios por hacer. El segundo busca, entre otros fines, ajustar la ejecución administrativa a los planes y programas de desarrollo, o sea verificar su conformidad con ellos, es, en síntesis, la evaluación de los resultados y progresos obtenidos. Por eso se dijo que sin la evaluación no es posible responder por la eficacia de ejecución o sea el conjunto de actos, hechos y operaciones administrativas".

"Por lo mismo, su separación funcional e independencia es un requerimiento indeficiente del buen servicio público tal como justamente lo prevé la Constitución dentro del títulos de las 'ramas

del poder público"^{65/}.

Sin embargo, en lo que se puede llamar un retroceso jurisprudencial, con ponencia del doctor Luis Sarmiento Buitrago, la Corte en sentencia de abril 4 de 1972 sostuvo que "si en algunos países la vigilancia de la gestión fiscal de la administración tiene una categoría constitucional que constituye una cuarta rama del poder público, en nuestro sistema constitucional, el control hace parte de la administración, y aunque las contralorías no tengan funciones administrativas distintas de su propia organización, la vigilancia de la gestión fiscal sí hace parte de la administración pública y se ejerce conforme a la ley" ^{66/}.

La Corte en sentencia de 10 de noviembre de 1977, del Magistrado ponente Guillermo González Charry ratificó esta posición cuando sostuvo:

"La Constitución Política, en sus arts. 2o. y 55 hace descansar la estructura del Estado en un poder público dividido en tres ramas solamente: la Legislativa, la Ejecutiva y la Jurisdiccional. Fuera de esas ramas, toda creación sería artificial, y toda jurisprudencia descentra, si no abusiva. Es cierto que la Contraloría General de la República no aparece enumerada en el art. 76-9 de la Carta como elemento integrante de la estructura de la Administración, pero ello no significa que haya dejado de hacer parte, alguna vez, de esa administración. Pues la labor de fiscalizar y controlar la percepción e inversión de los dineros públicos, y llevar la contabilidad de la Nación, es, esencialmente, una modalidad de la tarea administrativa,

^{65/} Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de agosto 1o. de 1969. G.J. T.CXXXVII, No. 2338, pág. 186-200

^{66/} Corte Suprema de Justicia. G.J. No. 2364, pág. 102.

muy específica por cierto, no sólo por su naturaleza, sino por la misión que debe cumplir y por los medios que debe emplear para hacerlo. Ello explica que la propia Constitución haya querido darle una organización especial, que hoy se contiene en los artículos 59 y 60 de la Carta Política... Pero eso no induce a pensar en forma alguna que pueda tener funciones judiciales, por ejemplo, o funciones legislativas, o que, por cuanto la gran directriz de su conducta y desempeño público sea la técnica, la rectitud y la moralidad de sus funcionarios, haya dejado de pertenecer al cuadro político de la administración nacional. Dicho en otras palabras, es un sector especial y específico de la administración, que tiene como funciones esenciales la de vigilarla y controlarla en el aspecto fiscal".

Esta decisión de la Corte es de aquellas fundadas en aspectos lejanos a la realidad. Justamente porque cumple con una función distinta es que en los países la han tomado como una rama adicional del poder público, y por lo que en Colombia estuvo desde la creación de los tribunales de cuentas, alejada orgánica y funcionalmente de la administración.

En 1982, la Corte refiriéndose a las atribuciones asignadas al Contralor, de control previo, examen, verificación y rendición de cuentas de las empresas industriales y comerciales del Estado, que corresponden a las referidas en los ordinales 2 y 3 del art. 60 de la Constitución dice que, no son administrativas sino de vigilancia o de control de la gestión fiscal que desarrollan este precepto constitucional.

Esta decisión de la Corte es de aquellas fundadas en aspectos lejanos a la realidad. Justamente porque cumple con una función distinta es que en los países la han tomado como una rama adicional del poder

público, y por lo que en Colombia estuvo desde la creación de los tribunales de cuentas, alejada orgánica y funcionalmente de la administración.

En 1982, la Corte refiriéndose a las atribuciones asignadas al Contralor, de control previo, examen, verificación y rendición de cuentas de las empresas industriales y comerciales del Estado, que corresponden a las referidas en los ordinales 2 y 3 del art. 60 de la Constitución dice que, no son administrativas sino de vigilancia o de control de la gestión fiscal que desarrollan este precepto constitucional.

Es este orden de ideas, 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.

Orgánicamente 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 coadministradoras, tampoco forman parte de la rama gubernativa.

Funcionalmente, sus actos no son legislativo ni jurisdiccionales o administrativos. Expiden sí 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.

EXISTENCIA Y JUSTIFICACION DE LA RAMA ELECTORAL

POSIBILIDAD ONTOLOGICA Y NECESIDAD LOGICA-JURIDICA

1. El primer supuesto por debatir al intentar un análisis de este género, consiste en determinar las relaciones surgidas entre el fenómeno denominado comunidad y algo que podría llegar a ser "lo electoral", concebido a priori genéricamente.

En verdad, todo lo que existe o puede existir que interese al hombre (incluidos sus pensamientos y sentimientos) se gesta y se proyecta en la comunidad. Ellos es así, no sólo por las sabias razones dadas por el estagirita, en su citada obra La Política, sino por el legado, varias veces milenario, dejado a la humanidad, que ratifica ampliamente la visión comunitaria de la vida del homo sapiens.

Empero, al aceptar el hecho innegable y absoluto de la comunidad, conduce necesariamente, a una visión transpersonalista del universo? Creemos que no, por cuanto, la tranquila fuente no es lo mismo que el turbulento cauce, lo cual nos induce a pensar que la "esencia" del problema no radica en el fenómeno colectivo del devenir humano, sino en el concepto que de sus valores tengamos.

Adelantando conclusiones, diremos que por comunidad se entiende el marco dentro del cual cada hombre alcanza su mayor grado de libertad con justicia. En consecuencia, el papel de lo colectivo no es otro distinto al de permitir esa autorealización dialéctica: fijar los rumbos que aseguren la justicia universal.

2. Pero, no es suficiente saber que el hombre requiere de la comunidad, sino que esta misma ha ideado unos instrumentos, con los cuales puede alcanzar los fines perseguidos. Uno de ellos (tal vez el más importante) es el derecho; pues a nadie se le escapa que su naturaleza especial (esencialmente normativa), es un fértil campo para la creación de oportunidades de auto realización en los términos ya indicados. Es por ello que creemos con Jean Girardoux que "el derecho es la más poderosa escuela de la imaginación. Jamás un poeta ha interpretado la naturaleza tan libremente como un jurista la realidad"
67/

Además, no podemos olvidar que el mundo propio de lo que buscamos es este acápite, es, precisamente, el de lo jurídico, en cuanto que éste es quien determina tanto las formas de acción como los principios de realización, todo ello, en el ámbito visto de lo axiológico. Pero a ese estado no se ha llegado por generación espontánea, pues como sabemos muy bien, se requirió de muchos siglos de lenta evolución hasta poder sistematizar con conceptos y teorías, suficientemente definidas y sólidas, una disciplina tal y como la conocemos hoy. En ese largo recorrido, en algún momento, desafortunadamente desconocido, comenzó a delinearse la frontera entre lo público y lo privado, tomando aquél como misión sagrada, la de proteger los intereses colectivos, reinantes en cada período histórico-político, hasta converger en el sistema democrático representativo que nos rige actualmente. En todo ese camino se pretendió dotar al derecho del poder indispensable para mantener a raya tanto los desbordamientos de las autoridades como las pasiones de los gobernados, en un raro intento por definir el ancestral conflicto surgido de la aureola que

67/ Citado por André Hauriou, en su Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Ed. Ariel, Barcelona, 1980, pág. 26,7

68/ En este sentido dice Mauricio Duverger que "las luchas políticas revisten dos aspectos. Por un lado, se enfrentan en ellas individuos que compiten por conquistar el poder o el favor de aquellos que lo ejercen. Por el otro, se enfrentan grupos, colectividades, conjuntos sociales". En su obra Sociología Política. Ed. Ariel, Barcelona, 1981 pág. 168

transmite el poder 68/. Así, pues, el derecho debe ser considerado como elemento decisorio en la consideración básica, acerca de la posibilidad ontológica de "lo electoral".

3. Finalmente, resulta obvio considerar un tercer factor indispensable en cualquier disquisición teórica o práctica, acerca del tema aludido, el cual no es otro que el de la política. Ahora bien, qué entendemos por política? No es este el lugar para realizar un estudio detenido sobre el tema, pero no sobran ciertas ideas generales que aclaren la duda surgida de su invocación. En efecto, al hablar de política se hace casi que involuntariamente referencia a los problemas derivados del poder, aunque con mayor insistencia al público. Este criterio no está muy alejado de la puridad conceptual, por cuanto la esencia del fenómeno radica, precisamente, en la mayor o menor influencia que se tenga sobre las decisiones públicas o privadas que trasciendan la órbita individual, pero, (y aquí surge la diferencia específica), entendida con un criterio ético. Nos explicamos: según la concepción del derecho y de la comunidad por él regulada, y por nosotros sostenida no puede aceptarse un sistema que vea en el poder un elemento disociador, volátil, capaz de destruir todo aquello que pacientemente ha sido levantado por el hombre. Incluso la presencia del derecho no se explica, sino, indudablemente, para regular la relación surgida en la vida común, siendo una de las más importantes, la del poder. En consecuencia, mal podría afirmarse que éste no está sujeto a los dictámenes de aquel, sobretodo cuando, el mundo de hoy se cimenta en el respeto del Estado de Derecho. Es en este sentido que resulta dable afirmar que el poder como la política, tiene un contenido ético que lo trasciende, y que no es otro diverso al de lo que es bueno para el hombre, esto es, los valores conocidos como libertad y justicia.

Recapitulando, hemos visto como cualquier problema referido al hombre debe enmarcar en la órbita de la comunidad, o lo que es lo mismo, de lo colectivo, y, en consecuencia, regidos por las irrevocables aunque

imperfectas "leyes" de la ciencia jurídica, la cual a su vez delimita las esferas de acción de la actividad colectiva por excelencia, el poder público, en los términos dados por la filosofía de los valores.

Así, pues, resulta imperioso concluir con el reconocimiento de una hipótesis que vea en el factor comunidad-derecho-política (alimentado por la madre de todas, las ciencias), el trípode sobre el cual descansa la estructura constitucional que, a su vez, determina los modos operativos de lo que se ha denominado "poder público", siendo éste último, el universo conceptual en donde es posible encontrar "lo electoral" como una de sus facetas más definidas y menos conocidas.

4. Corolario de lo anterior, es la búsqueda en el terreno ideológico primero, y en normativo, después, de "lo electoral" como una parte del todo aludido, y para ello resulta indispensable precisar algunos conceptos a saber:

a. Papel de "lo electoral" en los sistemas políticos contemporáneos.

1) En las democracias populares de corte marxista-leninista: Tal y como dice con el buen juicio acostumbrado, 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" 69/ 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

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

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" Edit. 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" 70/. Es decir, ni más ni menos que la vieja concepción Luisiana de "L'Etat c'est moi".

3) Sistema en la monarquía constitucional: Este sin duda, fue 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

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

hallaba concentrado en la figura del Mikado, siendo delegada 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, con la profundidad que le es característica, 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 Lore, 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 referendun, 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 este 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 aquél no se halla sujeto a ninguno; un control del elector. Así la opinión pública tiene tan solo una relativa influencia en el acontecer político, constituyendo esto una paradoja más en el caprichoso y voluble mundo del poder.

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" 71/, 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" sin caer en los tatalitarismos en que degeneró la democracia ateniense.

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 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 referendum en sus distintas acepciones 72/. 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.

b) En un sistema democrático-representativo (de corte liberal) como el nuestro, es dable elevar "lo electoral" al sitial de una rama del Poder Público? Indudablemente, por cuanto siendo de la esencia del

71/ En su obra Tratado General de Filosofía del Derecho, México, Ed. Purrua S.A., 1981, pg. 522.

72/ Ver a Hauriou, Ob. Cit. pg. 567-9 y a Burdeau, Ob. Cit. pg. 218.

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 (parte humana de la comunidad, por no decir toda ella) 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 (muchos o pocos), confieren un status a alguien, para que los 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 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 conurar 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) Mecanismos 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).

Es por todo eso que no compartimos la tesis de Friedrich, seguido por Sábica Aponte, en cuanto dice que: "En este caso no se alude al sistema de elección para escoger los representantes; porque lo que importa es que el adoptado asegure la designación de los mejores o de lo que tengan mayor representación es que tengan todos los grupos que componen la nación y que puedan formarse zonas de adhesión al gobierno y sectores de oposición, de cuya posibilidad de alternación resulta la auténtica democracia" 73/.

En consecuencia, consideramos que en el sistema estudiado, "lo electoral" tiene una impronta propia, de tan significativa importancia que no puede encontrarse -en puridad conceptual- sino en la Carta Magna y por injerencia del mismo constituyente, que según nuestra opinión, para este caso tiene que ser el primario, haciendo eco a la citada tesis de Burdeau 74/. Es decir, que si sólo la Constitución puede desarrollar debidamente una rama cualquiera del

73/ En su obra Constitucionalismo Colombiano. Bogotá, D.E., Ed. Temis, 1980, pg. 178.

74/ Ya vista en su Ob. Cit. pg. 593.

poder público, con mayor razón, la primera de ella 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 preceptuado; máxime en tratándose en asuntos políticos, pues como dijo Valery "toda política implica una concepción del hombre 75/.

c) Sería posible, entonces, vislumbrar el contenido esencial de "lo electoral" en nuestra Constitución Política? En primer término, es menester, proceder según el razonamiento in absurdum, para confirmar la hipótesis que hemos expuesto, cual es la de que "lo electoral" es una rama del poder público y que tiene expresa consignación constitucional -respondiendo ab initio al interrogante planteado-. Para ello, debemos inquirirnos acerca de lo que sería una "democracia representativa" sin ella. Imaginemos, pues, un sistema de esa índole, en donde, realmente, impera la ley de la fuerza, de la astucia, un lugar pútrido, pues se engaña la supuesta voluntad popular por medio de los artificios más descarados o de la violencia más brutal. Sería un régimen, que "elige" a sus mandatarios y representantes, sin elecciones, un statu quo, que conspira contra la realización del hombre, al bloquear sus posibilidades y derechos políticos, y por ello, injusto. Nos lo imaginamos muy parecido al que imperó en nuestra patria, a comienzos del siglo 76/. Entonces resulta evidente la conclusión que fluye de lo absurdo, esto es, que "lo electoral" no solo implica una posibilidad ontológica de existencia, sino también una necesidad lógica-jurídica de realización normativa y fáctica. Al respecto recordamos las palabras de Jorge de Esteban, cuando explicando las razones de las elecciones, dice: "NO parece que haya

75/ Citado por André Hauriou. Ob. Cit. pg. 959.

76/ Como acertadamente comenta José Ignacio Vives Echeverría, en su obra Tratado de Derecho Electoral Colombiano. Bogotá, Ed. Temis, 1984, pg. 13-4.

la menor duda sobre la convicción, ampliamente generalizada, de que la legitimidad del poder descansa, respecto de las sociedades democráticas occidentales, en la existencia periódica de unas elecciones libres. En el intervalo entre unas y otras, la legitimidad se mantiene por medio de la representación que ejercen los elegidos" 76/, pero como dice el mismo autor, tal legitimidad a su vez reposa en el "ideal democrático" que "es viejo como el mundo. Por ello, ha podido decir Folliet que se presenta tan arraigado en la naturaleza de la persona que la democracia se encuentra en formas rudimentarias y embrionarias... Toda comunidad, por consiguiente, aspira a poseer y a hacer realidad, este deseado sueño de autogobernación de la ciudad, de self government" 77/. En consecuencia, tal "ideal" debe ser -imperativo categórico- plasmado en la realidad, tanto jurídica como fáctica. Y para ello resulta indispensable, tal y como hemos visto, su consagración en la Constitución Política, lo mismo que, en la Constitución humana.

En segundo lugar, y despejadas las dudas que envolvían "lo electoral" como principio, debemos proceder a respaldar, o si se quiere, sustentar la respuesta dada al interrogante propuesto acerca de la inclusión del tema en nuestra Carta Política. En efecto, la solución referida, podría parecer obvia, por no decir, pero grullesca, si este punto no fuera objeto de controversia o, por el contrario, aventurada, en la medida en que es un tema que ha sido debatido sin encontrar elementos de juicio categóricos. Sin embargo, creemos que se hace necesario una revaluación de las ideas tradicionales nativas, habida cuenta de los principios vistos.

La esencia del problema radica en el inciso 5o. del art. 55 de la C.N., por cuanto al decir que "son ramas del poder público la

76/ En su obra El Proceso Electoral. Madrid. Ed. Labor, 1977 pág. 11

77/ Ob. cit. pág. 12

legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional", está excluyendo, implícitamente, la electoral, lo mismo que la fiscalizadora, de esa categoría. Empero, nosotros creemos que tal interpretación es incorrecta. Ello es así, si obedeciendo las reglas de la hermenéutica constitucional -que no difieren mucho de la general- observamos que tales preceptos deben ser analizados de manera integral y lógica, no aisladamente, como si fueran islas en un inmenso archipiélago. En este orden de ideas, tenemos que en el preámbulo se lee "... para asegurar los bienes de la justicia, la libertad y la paz, el pueblo colombiano, en plebiscito nacional...", esto es, que es el pueblo de Colombia quien decreta la organización constitucional, y no una parte de él, empero, sabemos que no fue todo el pueblo, por unanimidad quien adoptó tal decisión, sino tan solo una fracción de votantes, incluyendo por primera vez a las mujeres, es por ello que sostenemos la preeminencia de "lo electoral", por cuanto al "reconstituírse la Nación como república unitaria", lo hace mediante mecanismos electorales (sufragio universal y mayorías), siendo así concomitante con el constituyente primario. Corolario de esto es la determinación como primera rama del poder público de la electoral, siendo, por así decirlo, la madre de los otros en cuanto que estos últimos no tendrían razón de ser sin aquella. Luego, su consideración escapa a cualquier duda razonable, conocida la génesis de nuestra organización política.

Refuerza esta consideración el principio sentado en el art. 2o. de la C.N. cuando dice "La soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación, y de ella emanan los poderes públicos, que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece", lo cual equivale a decir que, es de la Nación "agrupación humana en la que los individuos se sienten unidos los unos a los otros por lazos a la vez materiales y espirituales y se consideran diferentes de los individuos que componen las otras agrupaciones nacionales" 78/, o sea, el "pueblo de Colombia", de donde germinan los "poderes públicos" que, como soberanos, es solamente uno, aunque con diversas facetas, y que por

ende, ha de entenderse como "rama del poder público". Siendo esto cierto, como lo es, resulta igualmente evidente aceptar que la única manera que el "pueblo de Colombia" o lo que es lo mismo "la Nación" le dé vida a las mencionadas ramas, es por medio de su "voluntad", y esta a su vez, no surge espontánea y automáticamente, como las flores en los páramos, sino que requiere de un complejo mecanismo que en nuestro caso fue el del plebiscito y la decisión mayoritaria relativa.

Nos explicamos, toda agrupación humana no es más que la suma de los individuos que la componen, aún más de sus individualidades; por ello dice acertadamente el profesor Recanses Siches que "La sociedad no es un ente en sí y por sí, con existencia aparte de los hombres individuales que la forma, sino que las únicas realidades substantivas que la componen son los hombres" 79/.

En consecuencia, la exclusiva manera de expresar una voluntad que no le es propia -ya que si no existe no puede tener ese atributo- es por medio de ficciones, siendo una de ellas que a la voluntad individual -que sí existe per se- se le le "agregan" otras hasta llegar a una especie de "voluntad agregada" que por ser mayoritaria entre quienes participaron del acto plebiscitario, es tomada como la de la comunidad entera. Pero, se preguntará, a qué nos conduce todo esto? La respuesta es muy simple, a la aceptación de un postulado ya demostrado, cual es que el primer paso de la "Nación" antes de constituirse o "reconstruirse" en "república unitaria" y determinar el ejercicio de las distintas ramas del poder público, es el de tomar la decisión de hacer todo ello. Y es ahí donde encontramos en todo su esplendor la esencia de "lo electoral", como podía ser de otra manera en nuestro sistema. Por eso no debe sorprendernos que en el art. 2o. de la C.N., al hablarnos de la rama del poder público diga que estas "se ejercerán en los términos que esta constitución establece", que son exactamente las mismas decididas por la comunidad, gracias al

79/ En su Tratado General de Filosofía del Derecho. México, Ed. Purrua, 1981, pág 120

concurso de "lo electoral". Así, pues, queda esta primerísima rama no solo incluida en el preámbulo, y en el art. 1o. de la Carta Fundamental, sino también en la norma básica, pilar de nuestra organización política, la del art. 2o. Pero, después de todo, ello qué implica? La única manera posible para conocer la estructura jurídica es estudiándola íntegramente y no aisladamente, lo cual nos mueve a pensar, que afirmar la inexistencia de "lo electoral" como rama del poder público, basándose solamente en el texto literal del inciso del art. 55 de la C.N. es una "herejía de lógica-jurídica" o cuando menos, un "inusitado" culto o la exégesis. Bástenos decir, que no solo el constituyente primario -por razones ya vistas- requirió y reconoció "lo electoral" en las normas y principios fundamentales, sino que además, les dió cuerpo jurídico, al reglar aunque antitécnicamente, todo lo relativo con las elecciones (título XVIII, arts 171 a 180). Aún, más manifestó, que "el sufragio se ejerce como función constitucional (art. 179, ab initio), esto es, que siendo el mecanismo electoral acogido por la misma Carta, en su acto creador (plebiscito del 1 de diciembre de 1957), una "función constitucional", y recordando que toda función de esa índole obedece a un criterio especial, el cual, a su vez justifica, dogmáticamente, el concepto de rama, resulta obvio concluir que "lo electoral" sí tiene reconocimiento expreso por parte del constituyente primario. Refuerza lo anterior las consideraciones palmarias surgidas de la lectura del artículo 180 de la C.N., cuando dice "La ley determinará lo demás concerniente a elecciones y escrutinios, asegurando la independencia de unas y otras funciones; definirá los delitos que menoscaben la verdad y la libertad del sufragio y establecerá la competente sanción penal" (el subrayado es nuestro), que son las siguientes :

1) Al decir "la ley determinará lo demás", implícitamente está reconociendo que ya ella misma (la C.N.) ha reglado lo esencial de la función (art. 171-9) y que delega en el legislador los detalles necesarios para ver viable la institución. Esto es, como puede observar cualquier lector desprevenido, lo común en materia de

funciones y ramas del poder público. Dicho en otros términos, cualquier rama aparece solo enunciada y reglada en lo esencial, dejándose al legislador (común, delegado, extraordinario, autónomo, etc.) la obligación de desarrollar dichos principios con el fin de que puedan llegar a convertirse en realidades no solo fácticas sino normativas. Desde este punto de vista, pues, no hay distinción alguna, entre las ramas tradicionales y ésta. Y,

2) Al fijar los criterios a que debe ceñirse legislador, está enmarcando su actividad de tal manera que no sean nugatorios los principios ya reconocidos ("libertad y verdad del sufragio"), que son, a su turno, emanaciones de la filosofía política adoptada y expresada en el acto constituyente (léase preámbulo).

Corolario de todo lo anterior, es nuestra discrepancia con todos los planteamientos doctrinarios que ven en "lo electoral" un ente distinto a una rama del poder público de primerísimo orden, y por ende, analizan los problemas suscitados: o con un criterio de mera mecánica o como un fenómeno común a todos y por tanto, carente de individualidad, o finalmente, como algo intrascendente para el estudio constitucional puro y dogmático.

En consecuencia, 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, salvo los límites impuestos a la razón humana, por el filósofo de Königsberg puede aceptarse válidamente la posibilidad ontológica 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 democráticas, moldeada en el culto al "Estado de derecho"; lo cual equivale a reconocer, finalmente su necesidad lógica-jurídica.

ALCANCES O LIMITES EPISTEMOLOGICOS Y AXIOLOGICOS

Reconocidas las posibilidades y necesidades de "lo electoral", resulta natural, precisar su alcance, o lo que es lo mismo, determinar sus límites. En efecto, como toda rama del poder público, la electoral se desenvuelve en el sutil manejo de los controles, prohibiciones y permisiones. No debemos olvidar que según los términos de nuestra Carta Política "los poderes públicos... se ejercerán en los términos que esta Constitución establece" (art. 2o.), y que más adelante desarrolla este precepto en el art. 20 cuando dice: "los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de estas", configurándose así el llamado "principio de la legalidad", según el cual todo el poder constituido se somete a una normatividad que a su vez garantiza el "Estado de Derecho".

Desde el punto de vista se conoce, entonces, el límite impuesto por el poder público a sí mismo, empero, este límite es más formal que de fondo. Se preguntará el por qué, siendo la respuesta un poco compleja, sin embargo, trataremos de explicarlo lo más sencillamente que nos sea posible. Recordarán que el derecho como ordenamiento jurídico es un conjunto de normas, en su mayoría escritas, que trazan los rumbos en los cuales debe marchar la colectividad; dichas normas, a su vez, no son un capricho del legislador, sino que obedecen a unos principios y a unas necesidades. Pero no siempre esto es así, y en ocasiones, se presenta una disconformidad entre el "deber ser jurídico" y el "ser normativo" o simplemente, legal. Es en este caso cuando resulta indispensable tener un criterio valorativo, lo suficientemente sólido para poder distinguir y decidir acerca de lo "debido" o "indebido" del obrar individual y colectivo. Entonces, es cuando surge el interrogante principal. Cual es ese criterio de valoración? Y lo que es aún más difícil. Cual sería en materia electoral? Ya se ha visto, como "lo electoral", surge de una concreta filosofía política, y que

esta a su vez, es el reflejo de un sistema más general, en el cual lo axiológico ocupa un lugar trascendental. Por lo mismo, puede decirse que los dos interrogantes se resuelven de la misma manera, esto es, acogiendo el fundamento filosófico que le dió origen, o al menos, solidez conceptual al sistema político aceptado por la comunidad.

Precisando en el caso colombiano, afortunadamente, creemos encontrarlo en el mismo preámbulo de la Carta, en donde leemos que la finalidad del ordenamiento jurídico cuya base reposa en la Constitución Nacional radica en el aseguramiento de "... los bienes de la justicia, la libertad y la paz...", lo cual equivale a decir, que son tales "bienes" los fundamentos filosóficos de nuestro sistema político, y que por ende, sin igualmente, los criterios axiológicos que actúan doblemente: como freno (límite) y como acción del poder público.

Ahora bien, podemos decir, entonces que son esos valores solos y en la misma medida, los límites buscados? Pensamos que es necesario hacer una distinción. En efecto, no hay lugar a discusión alguna sobre la preeminencia y la categoría axiológica de tales "bienes", empero, creemos que no tienen igual jerarquía, por cuanto tanto la justicia y la libertad son presupuestos valorativos de un estadio superior del mismo orden: la Paz. Ello no quiere decir que seamos partidarios del "círculo lógico" que ve en ellos la causa y efecto de los otros. No. Simplemente, pensamos, que para hablar de Paz, hay que determinar y alcanzar la justicia y la libertad humanas, en la medida en que aquella -la paz- es una meta, un estado o como decía el ilustre humanista de nuestro tiempo Herman Wouk, un "estadio superior del espíritu humano". Así pues, es necesario considerar como criterios valorativos con miras a la acción de "lo electoral" o si se quiere, de la rama electoral, los "bienes" de la justicia y la libertad. Sin embargo, nos preguntamos, son ellos solos, o podría incluirse otro olvidado, por el constituyente. En nuestro sentir los valores como entes autónomos no tienen porque estar sujetos a prescripciones normativas, para poder tener vida propia, es decir, no hay que

confundir la aceptación expresa de ellos que hay el ordenamiento jurídico con su misma existencia. Por tanto, es perfectamente dable, pensar en algún o algunos valores que sin estar expresamente mencionados en el preámbulo, si se encuentran incluidos en nuestro sistema. Para ello nos sirve de criterio el título tercero de la Constitución Nacional, cuando regla todo lo relacionado con "los derechos civiles y garantías sociales". En efecto, basta tan solo una lectura desprevenida para encontrar como piedra angular de esta exposición axiológica, a la igualdad como valor. Ello se explica fácilmente, habida cuenta de la influencia oculta o descubierta del pensamiento ilustrador del siglo XVIII. Y esta conclusión que fluye de tal título, encuentra una consagración expresa, aunque, parcial, en el artículo 10 de la C.N., cuando dice: "Es deber de todos los nacionales y extranjeros en Colombia, vivir sometidos a la Constitución y a las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades" (el subrayado es nuestro). En consecuencia, tenemos que son tres los principios, valores, o simplemente "bienes" que sirven de criterio para encontrar, o mejor, trazar los límites a la actuación de cualquier rama del poder público, pero muy particularmente, a la electoral. Y, una vez conocidos en su esencia, es fácil deducir, las vías sobre las cuales va a encauzar la normatividad de "lo electoral". Así, pues, es menester, desmenuzar punto por punto, para luego concluir con la piedra filosofal del jurista. Veamos:

1. Libertad: Porque sin ella, no tendría sentido hablar ni de democracia, ni de vida dignamente humana. Esto es, el respeto por la dignidad del hombre tan celosamente guardado por ese régimen político, sería totalmente desconocido si no se amparara, o por lo menos evitara que se conclucara el derecho inalienable que tiene el ser humano de pensar y de obrar sin ataduras e imposiciones distintas de los que su naturaleza le imponen (sentido negativo). O si se quiere, de auto realizarse de acuerdo con los criterios que emanan de su carácter de individuo -lo cual excluye el elemento "social" -(sentido positivo). Cuando el sistema "político" imperante, desconoce ese vital derecho no

hace más que destruir al hombre, en aras de un incomprensible fin, olvidándose, como dijo Stuart Mill, que un País sin grandes hombres no puede ser un gran País.

Ahora se preguntará que papel juega la libertad en un tema como "lo electoral". La respuesta es simple: La elección (entendida en términos generales), no tiene sentido, carece de razón de ser, si no la enmarcamos dentro de ciertas circunstancias, siendo una de ellas, el ejercicio pleno de las llamadas libertades públicas que son apenas una manifestación del gran vocablo. Acaso puede imaginarse, unas elecciones (sustrato esencial de "lo electoral") entre los esclavos romanos, o entre las huestes de Gengis Khan, o en medio de los absolutismos de todas las épocas y pueblos. Claro está, que podría decirse, que siempre existen elecciones, aunque estas provengan de los dioses. Pero como es ampliamente conocido, el problema del poder, es de los hombres, con perdón de aquellos. Es por ello que, siendo un atributo y una necesidad elemental del hombre reunido en comunidad -pues el sueño roussoniano solo se da en las fronteras de lo irreal-, el ser y vivir como entes libres; debe, en consonancia, protegerse esa cualidad y exigirse su presencia efectiva en todas sus actuaciones -y con mayor razón en las públicas-. Por tanto, puede concluirse afirmando que, la libertad es condición de la elección, y ésta como toda opción, solo es dable estando presente aquella, al ser una misma esencia.

2. Igualdad: puesto que el fundamento de las elecciones radica en la participación de seres libres, siendo dicha participación una consecuencia obvia de la identidad esencial que es común a todos los hombres. Evidentemente, existen distintas desigualdades, producto de la pluralidad de la naturaleza, empero, no es pertinente desconocer que hay elementos comunes, que en política deben tener reconocimiento expreso. Uno de ellos es precisamente, la igualdad ante la ley -corolario de la justicia como se verá-. Y es esa igualdad, la que cimienta "lo electoral", pues al distinguir entre los electores o

los elegidos, estamos diferenciando entre los hombres hecho que constituye una aberración. Aún más, la esencia de la democracia se encuentra, justamente, en la posibilidad de poder tomar parte en las decisiones públicas, partiendo de dicha igualdad. Este concepto se ve complementado con la llamada "igualdad de oportunidades", que a su turno, es consecuencia, de una desigualdad "económica y social". Empero, no interesa, por el momento, tal concepto: lo verdaderamente esencial -aunque de todas maneras es parcial- está en la que existe, no por darse un reconocimiento a aquella que no lo es, sino porque, simplemente, es. Todos somos iguales porque somos hombres. La ley, lo único que hace es reconocer ese elemental hecho y proyectarlo al campo político, de acuerdo con el sistema denominado "democracia". Así, pues, elección, democracia e igualdad, van de la mano, justificando y vigorizándose, mutuamente.

3. Justicia: ya que siendo el faro que ilumina el deambular humano sobre la tierra, su ausencia alejaría por completo a los hombres, se volvería al estado natural que tanto espantó a Hobbes y lo llevó a concebir su monstruoso Leviathan. Si los hombres se reúnen políticamente, necesaria e ineludiblemente requieren de su concurso, convirtiéndose en el sello que le da sentido a sus decisiones, pues como dijo el gran romano que fue Cicerón: "Los hombres pueden arrojar cieno sobre las blancas vestiduras de la Justicia, pero no pueden derrumbarla ni apartarla del lugar que le corresponde" 80/. No es, acaso, signo de elemental justicia que siendo los hombres libres e iguales pueden válidamente, escoger la forma de gobierno y decidir sobre los asuntos públicos, comenzando con la elección de sus representantes? Desconocer esto, es ni más ni menos, al decir de Voltaire, cometer actos de tiranía. Máxime si se ha

80/ En su Tratado sobre la República, libro III, en labios de Lelio, incluido en el volumen obra escogida, Buenos Aires. Ed. El Ateneo, 1951, pág. 666.

llegado a aceptar -evento que tenía que suceder- una concepción de "Estado de derecho", esto es, sujeto a las leyes. Sin estas no hay justicia -"armonía" de juicios lo cual hace factible que cada uno reciba lo que le corresponde, esto es, un "bien"-, ni la libertad, ni igualdad, y por ende, tampoco hay democracia. Y, a fortiori, sería absurdo hablar de "lo electoral".

En conclusión "lo electoral", adquiere dimensión en la medida en que se den o confluyan los tres elementos vitales de una democracia representativa -que es el marco en donde nos hallamos-, a saber: justicia, libertad e igualdad. Presentes todos ellos, puede afirmarse, como en efecto lo afirmamos, que están dadas las condiciones, para que a través del "Estado de derecho" se alcance el sumo bien de "la Paz", único ambiente propicio para el respeto de la dignidad humana, lo cual, a su vez, delimita "per se", el ámbito de "lo electoral" como rama del poder público de la comunidad. Así, pues, se sigue una línea conceptual axiológica tanto de principio como de fin, siendo ésta la que fija el sendero de un tránsito de la vida colectiva, en cuyo seno germina "lo electoral", que al igual que todo lo humano, es esencialmente, vicario.

CONCEPTO Y CONTENIDO

1. Concepto

En conclusión, la rama 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.

2. Contenido

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 áquel 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 la 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 han 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 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 aquella 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 de 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 irremediablemente 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; o nada menos que se refiere a la estructuración del Estado, al lleno de los cargos -que implican el manejo de la función pública.

Es con esta función, como se cumple con el derecho político-democrático de elegir y ser elegido? Cómo se cumple con la función de elegir al Jefe del Estado para que integre su equipo de gobierno y con él la rama administrativa o gubernativa? Sin ella, cómo se eligen a los representantes de la opinión pública para que expidan la ley?.

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 el 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, y no importa que para desentrañarla tenga que acudir un órgano de otra rama, más porque aún no se ha desarrollado perfectamente, que porque sus actos sean de naturaleza igual o parecida a los actos que de otra u otras ramas controla en ejercicio de sus funciones. 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.

PROYECTO DE ARTICULADO

(Se sigue el mismo orden de los artículos del Proyecto del Gobierno)

1. Para el Título I, de Los Principios Fundamentales, los siguientes:

Artículo 2. De la Soberanía

La Soberanía reside exclusivamente en el Pueblo, del cual emana el Poder Público que se ejercerá en los términos que esta Constitución establece.

Artículo 4. Ramas del Poder Público

Son Ramas del Poder Público la Legislativa, la Ejecutiva, la Judicial, la Fiscalizadora y la Electoral, a cuyo cargo está el ejercicio de la soberanía mediante el cumplimiento armónico de las funciones que se les atribuye para la realización de los fines del Estado.

2. El Título III debe denominarse "DE LA RAMA LEGISLATIVA" y en el articulado deben sustituirse las expresiones "Poder Legislativo" por las de "Rama Legislativa".
3. El Título IV debe denominarse "DE LA RAMA EJECUTIVA" y en el articulado deben sustituirse las expresiones "Poder Ejecutivo" por las de "Rama Ejecutiva".

Este Título debe adicionarse con el Capítulo 6, "De la Fuerza Pública", integrado por los artículos 172 a 176 del Proyecto del Gobierno.

A su vez, el artículo de la Fuerza Pública debe sustituirse por el siguiente:

Artículo. De la Fuerza Pública

La Fuerza Pública se confía exclusivamente a las Fuerzas Militares y de Policía, cuyo Comandante General es el Presidente de la República como Jefe de Estado.

- 4. El Título V debe denominarse "DE LA RAMA JUDICIAL" y en el articulado deben sustituirse las expresiones "Poder Judicial" por las de "Rama Judicial".

Del Capítulo 2, De la Organización de la Rama Judicial, deben formar parte los artículos relacionados con la Jurisdicción Constitucional.

- 5. El Título VI debe denominarse "DE LA RAMA FISCALIZADORA", compuesto de los siguientes Capítulos, precedidos de un artículo que determine su composición y cuyo texto sería:

Artículo. Composición de la Rama Fiscalizadora.

La Rama Fiscalizadora está conformada por el Ministerio Público y la Contraloría General de la República.

El Congreso, el Gobierno y el Consejo Superior de la Administración de Justicia ejercerán determinadas funciones fiscalizadoras.

El Capítulo 1, Del Ministerio Público, podría integrarse con los siguientes artículos:

Capítulo 1
Del Ministerio Público

Artículo. Funciones. El Ministerio Público tiene a su cargo velar por el respeto de los derechos y garantías constitucionales y legales, velar el cumplimiento de los deberes a cargo de todas las autoridades que integran las ramas del poder público, promover la ejecución y el cumplimiento de las decisiones proferidas por éstas y adelantar y dirigir las investigaciones que permitan el juzgamiento, mediante acusación, de los presuntos responsables por la comisión de hechos punibles.

Artículo. Composición. El Ministerio Público será ejercido por la Procuraduría General de la Nación, de la cual harán parte el Defensor de los Derechos Humanos y el Fiscal General.

Artículo. Protección de los Derechos Humanos. La Procuraduría General de la Nación velará por el respeto de los derechos y garantías constitucionales y legales a través del Defensor de los Derechos Humanos, el cual será elegido por el Procurador para un período de cuatro años. El Presidente de la República, el Presidente del Congreso y el Presidente de la Corte Constitucional postularán, cada uno, un candidato para que aquél efectúe la designación.

Artículo. Cumplimiento de los deberes a cargo de las autoridades. El Procurador General de la Nación velará por el cumplimiento de los deberes a cargo de todas las autoridades que integran las ramas del poder público y promoverá la ejecución y el cumplimiento de las decisiones proferidas por éstas, mediante el ejercicio de la función disciplinaria, conforme a la ley, respecto de todos los funcionarios públicos, de los trabajadores oficiales y de los particulares cuando quiera que unos y otros cumplan funciones públicas.

El Procurador General de la Nación será elegido por el Congreso de la República para un período de seis años, de terna elaborada por los Presidentes de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, previa comprobación ante éstos de cumplir las calidades para ocupar el cargo.

Para ser Procurador General de la Nación se exigen los mismos requisitos que para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Artículo. La Procuraduría General de la Nación adelantará y dirigirá las investigaciones que permitan el juzgamiento, mediante acusación, de los presuntos responsables por la comisión de hechos punibles, por conducto del Fiscal General, el cual será de libre nombramiento y remoción del Procurador.

La Policía Judicial actuará exclusivamente al servicio de la Administración de Justicia bajo la dependencia funcional del Fiscal General.

Artículo. En la Ley orgánica del Ministerio Público se regularán las atribuciones para el cumplimiento de los fines previstos en los artículos anteriores.

Capítulo 2

De la Contraloría General de la República y las Contralorías territoriales.

Este Capítulo podría estar integrado por los artículos 243 a 246 del Proyecto del Gobierno al cual me remito.

El él no debe hacerse mención alguna de quien debe llevar la Contabilidad, porque esta no debe ser una función a cargo de la Contraloría.

- 6. El Título VII debe denominarse "DE LA RAMA ELECTORAL", el cual podría estar compuesto por las normas contenidas en el Título IX del Proyecto del Gobierno, siempre que en todo caso se incluya un artículo que determine su composición, cuyo texto podría ser el siguiente:

Artículo. Composición. La Rama Electoral está conformada por el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil.

- 7. Como Título VIII debe trasladarse el que aparece como XI en el Proyecto del Gobierno, sobre Régimen Territorial.
- 8. Como Título IX debe trasladarse el Título XII del Proyecto del Gobierno, pero debe denominarse "REGIMEN ECONOMICO".

En el Capítulo 1 de este título debe incluirse un artículo sobre la Contabilidad de la Nación, así:

Artículo: La Contabilidad de la Nación será llevada por el Contador General, el cual será nombrado por el Presidente de la República.

El Capítulo 3, De la Banca Central, debería redactarse según el proyecto adjunto.

- 9. El Título X debe destinarse para los temas propuestos en el Título del mismo número presentado por el Gobierno.
- 10. El Título XI debe corresponder a las normas relacionadas con la Reforma a la Constitución y que en el Proyecto del Gobierno están contenidas en el Título XV.