

39

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

SECRETARIA GENERAL

TRAMITE DE PROYECTOS

FECHA:

Marzo 7/91

No. 58 (Cincuenta y Ocho)

AUTOR Consejo de Estado

TITULO PROYECTO Memorando

FECHA DE PRESENTACION Marzo 7/91

FECHA DE ENVIO A COMISION

FECHA DE PUBLICACION

PONENTE COMISION

FECHA APROBACION COMISION

FECHA PRESENTACION EN PLENARIA

PONENTE EN PLENARIA

PUBLICACION INFORME

APROBACION PLENARIA

PUBLICACION

ENVIO A RELATORIA

SECRETARIO GENERAL

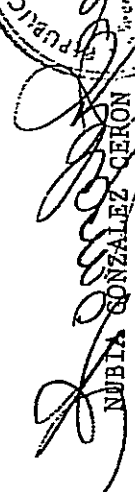



LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL DEL CONSEJO DE ESTADO

C E R T I F I C A :

Que el anterior documento fue discutido y aprobado por unanimidad en la sesión de la Sala Plena del Consejo de Estado realizada el día martes cinco (5) del presente mes.

Bogotá, D.E., siete ( 7 ) de Marzo de mil novecientos noventa y uno (1.991).

  
NUBIA GONZALEZ CERON  
Secretaria General



REPUBLICA DE COLOMBIA



CONSEJO DE ESTADO  
PRESIDENCIA

Bogotá, Marzo 7 de 1991

Señores Doctores

ALVARO GOMEZ HURTADO  
ANTONIO NAVARRO WOLFF  
HORACIO SERPA URIBE

Presidentes de la  
Asamblea Nacional Constituyente  
Ciudad

Distinguidos Señores:

El Consejo de Estado, consciente de la necesidad de reformas fundamen-  
tales para el país, ha decidido presentar a la consideración de la Asam-  
blea Nacional Constituyente algunas propuestas, acordadas por unani-  
midad, las cuales se encuentran en el memorando adjunto que formal-  
mente presento, dentro del término previsto para tal efecto y en un to-  
do de acuerdo con el reglamento de la Asamblea.

Atentamente,

*Consuelo H. Sarmiento*  
CONSUELO SARRIA OLCOS

Presidente del Consejo de Estado



Anexo: lo anunciado.

CSO/rtg.



4

MEMORANDO DEL CONSEJO DE ESTADO  
PARA LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE.

El país necesita reformas fundamentales. Lograr la paz y la convivencia nacional constituye el propósito político fundamental. Es menester que la Constitución sea el estatuto, aceptado y respetado por todos, que asegure la coexistencia civilizada, como un acuerdo esencial entre todos los colombianos. El ideal sería que la Constitución presida el pacífico discurrir de la sociedad y que todos la acaten, sin reservas, con espontánea adhesión. Para ello se requiere que interprete los anhelos entrañables de la nación y ofrezca la manera de darles satisfacción.

La Constitución no puede ser un mero catálogo de normas que, tras solemne promulgación, calga en desuetud. Necesita ser el obligatorio programa cotidiano para la acción creadora de gobernantes y gobernados, para realizar las urgentes reformas y las fecundas transformaciones.

Ha llegado la hora de pasar de los simples propósitos a la acción. De ahí que sea necesario y urgente que la Asamblea Constituyente adopte todas las medidas indispensables para asegurar la vigencia de la Constitución e impedir que sus disposiciones se infrinjan, posterguen o soslayen.

Pero la Constitución no podría ser la panacea de nuestros problemas. Constituye un programa de orden y acción esenciales para superarlos. Es un compromiso solemne e ineludible. La sociología del país indica que estamos sumidos en desequilibrios estructurales, causantes de graves conflictos, que debemos remediar.



El propósito de superar el atraso y lograr el desarrollo, insito ya en la Constitución vigente, debería fortalecerse con el precepto que señale como finalidad específica de las nuevas instituciones realizar una organización política, económica y social equilibrada y conviviente, sin privilegios y orientada por el interés general de la comunidad.

El estado tiene que ser el catalizador de la acción dinámica de la sociedad, el encargado de realizar las grandes transformaciones nacionales. Colombia necesita del estado y no puede dejarlo ni disminuirlo.

El Consejo de Estado también se propone someter al ilustrado criterio de los señores constituyentes sus puntos de vista sobre los aspectos más relevantes de la reforma constitucional. Algunos de ellos se refieren a la orientación general y otros a la reforma de la rama jurisdiccional, particularmente de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y del Ministerio Público.

1º) Observaciones sobre los aspectos generales de la reforma:

a) El centralismo o el federalismo. Es importante definir con la más absoluta claridad si el país será organizado bajo el principio del centralismo político o del federalismo. Los equívocos pueden causar muchos problemas políticos y jurídicos que es necesari-



rio prever y evitar. Además es importante no confundir el federalismo con la descentralización administrativa territorial que, aun- que sea -como debe ser- muy amplia, se cumpliría dentro de un régimen de centralismo político. Lo esencial, a este respecto, es verificar si la descentralización administrativa territorial sería o no idónea y suficiente para lograr el desarrollo regional o si pa- ra ello es necesaria la organización federal. En esta última hipó- tesis, la Constitución debería instaurar claramente el federalismo y disponer que los departamentos -que serían estados- pueden ex- pedir sus propias constituciones.

La experiencia histórica y la actual situación del país acon- sejan mantener el centralismo político con claras e inequívocas pre- visiones constitucionales que aseguren la descentralización territo- rial, regional y local. Esta debería comprender, no sólo la elección popular de alcaldes y el incremento de facultades administrativas, sino también de los recursos para que esas entidades realmente puedan actuar con autonomía e independencia del gobierno. La experiencia de la descentralización municipal, que resultó defici- taria no obstante que la Nación transfirió fondos a los municipios, enseña que la descentralización no sólo debe ser jurídica sino tam- bién fiscal porque, sin que ésta se realice, no es posible que exis- ta aquélla.

b) El principio de la separación entre las ramas del po- der público. Como reza el artículo 16 de la Declaración de los



chos del Hombre y del Ciudadano de 1789, "toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos, ni determina la separación de los poderes, no tiene constitución".

Las constituciones del país se han fundado en este principio esencial. La actualmente vigente lo prescribe por regla general y claramente determina las excepciones; éstas son taxativas y no caprichosas o discrecionales. El Congreso ejerce la función legislativa, por cláusula general de competencia, y el gobierno puede expedir decretos con fuerza legislativa en los casos excepcionales determinados por la Constitución. La rama jurisdiccional cumple la función del mismo nombre, sin perjuicio de la especial que la Constitución atribuye al senado. La rama ejecutiva del poder público desempeña la función administrativa y las demás la ejercen excepcionalmente.

Las nuevas instituciones deben mantener el principio de la separación de las ramas del poder público y definir las facultades de cada una de ellas con claridad y precisión. Las excepciones, como las que actualmente prescribe, en relación con la función legislativa, el artículo 118, ordinal 8º, de la Constitución, también deben provenir de expresa disposición del estatuto fundamental. De lo contrario, no habría progreso sino retroceso.

Además, la Constitución prescribe para el Congreso una



ciáusula general de competencia legislativa, con las excepciones indicadas. Es necesario mantener este principio, que le permite expedir, reformar y derogar todas las leyes y que tiene como complemento la potestad reglamentaria, que corresponde al gobierno.

Si los departamentos y municipios se definen como entidades administrativas que realizan la descentralización territorial, la Constitución no podría conferirles facultades legislativas sin desquiciar la organización fundamental del país. De ahí que el desarrollo de este principio tenga, como obligado precedente, la necesidad de definir si el estado será federal o centralista.

No es conveniente atribuir, por regla general, al gobierno o a otros organismos o entidades, distintas del Congreso, el ejercicio de la función legislativa: el principio de la separación entre las ramas del poder público, impide que élla se disgregue y se introduzca, en la materia, una mixtura o confusión que la haría nugatoria. El presidente, como sucede actualmente, sólo por excepción, en los casos taxativos que la Constitución determine, podría ejercer la función legislativa.

El principio de la separación de las ramas del estado man tiene completa actualidad. En el país se lo ha practicado en todos los tiempos sin solución de continuidad y en varios estados



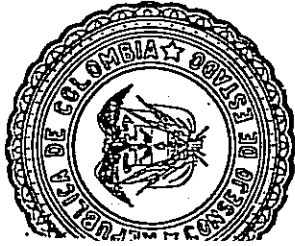


de Europa actualmente se propendé por su establecimiento.

En fin, la actual Constitución dispone que las ramas del poder público "colaboren armónicamente en la realización de los fines del Estado". Esta disposición debería reiterarse para significar que, en cumplimiento de sus respectivas funciones, ellas realizan la unidad del estado.

c) Las entidades administrativas. Es importante modificar la organización administrativa del país, para transformar las intendencias y comisarías en departamentos, ampliar las facultades e incrementar los recursos de éstos y de los municipios y crear o autorizar otras unidades administrativas de carácter regional o local.

d) Los derechos políticos, sociales y económicos. Los "derechos civiles y garantías sociales", que prescribe el título III de la Constitución, en varias constituciones se han completado con otros de carácter socio-económico, como índice claro del progreso social. Lo importante es hacer, en cuanto a Colombia respecta, que los que se instituyan en la Constitución sean efectivos y no meros anhelos. El prestigio de la Constitución depende, no de lo que proclame, sino de lo que traduzca en realidades tangibles. Para ello es conveniente adoptar en la Constitución las medidas necesarias para hacer que esos derechos sean efectivos.



e) La Intervención del Estado y la planificación. Las constituciones del país que se expidieron en el siglo pasado de alguna manera reconocieron la intervención del estado en la sociedad. Aún en el estado gendarme las autoridades estaban presentes para asegurar la convivencia social porque, en rigor, intervenía para no intervenir.

La Constitución de 1886 contempló diversas maneras de intervención del estado, mediante prescripciones o regulaciones. Pero, desde las reformas de 1936, 1945 y 1968, la Constitución orienta la actividad dinámica de estado para lograr los objetivos generales, políticos, económicos y sociales, que élla misma determina. Además del control de tarifas y reglamentos y de la inspección y vigilancia de profesiones y oficios, el estado debe intervenir, mediante el plan de desarrollo económico, social y de obras públicas, y la regulación de todos los procesos de la economía nacional, para lograr el desarrollo, el pleno empleo y, en general, el bienestar de la sociedad. Estas medidas se completan con los planes de la misma índole de los departamentos y municipios y con los presupuestos de gastos del estado, los departamentos y los municipios que deben asignar las sumas necesarias para efectuar, en la vigencia fiscal, las inversiones dispuestas por los planes.

Pero es notorio que estas previsiones constitucionales no se han cumplido y que el país, sin planes objetivos, se ha regl-



do por programas subjetivos, de carácter administrativo, elaborados por los diferentes gobiernos.

Huelga encarecer la urgente necesidad de tomar las medidas necesarias para que los planes y programas de desarrollo económico, social y de obras públicas se aprueben y cumplan conforme a las previsiones constitucionales: sólo así se evitan la concentración de la riqueza en pocas personas, el tráfico de influencias y otros vicios notorios. El crecimiento económico, que es necesidad imprescindible para consolidar la paz y lograr la prosperidad de la sociedad, exige unas prioridades objetivas en el gasto público, prescritas por los planes, que eviten el despilfarro, los privilegios y los gastos suntuarios e improvisados.

Los escasos recursos del país requieren un manejo objetivo. Al cabo de más de 22 años de haber sido instituida la planeación en la Constitución, es preciso tomar las medidas necesarias para que sea realidad. Los planes nacionales, regionales y locales sin duda favorecerían la desconcentración y la distribución equitativa del gasto público, como también el desarrollo equilibrado de todas las regiones del país.

Del mismo modo, la intervención del estado, que se cumple mediante servicios públicos y prescripciones de policía, morigerará las desigualdades sociales y hace posible la convivencia social. Es elemento esencial de la igualdad. Todos los países la practican según sus propias circunstancias; pero, en los atrasa-



dos, de incipiente capitalismo y dualismo económico, es indispensable para enfrentar el recurrente desempleo, real o disfrazado, la escasez o ninguna movilidad social en numerosos sectores de la población, los "cinturones de miseria" de las grandes ciudades y el desmedido crecimiento urbano con todas sus secuelas.

Los países latinoamericanos enfrentan esta realidad y Colombia, que dispone de importantes recursos, debe enfrentar los problemas, que constituyen nuestra realidad, con la decidida voluntad política de superarlos y lograr la transformación nacional.

f) La prevalencia del interés general. La Constitución de 1886 ya prescribía que si de la aplicación de una ley expedida por motivos de interés público "resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público".

Este principio, que no solamente rige para las expropiaciones y que debería ser prescrito por una disposición especial, informa todo el sentido de la actual Constitución. Sin embargo, la práctica legislativa, no obstante las prohibiciones del artículo 78 del mismo estatuto, ha llevado a expedir numerosas leyes de auxilio a personas particulares. El dinero público se prodiga y dilapidada de ese modo, mientras que, en muchos casos, las autoridades afirman que carecen de recursos para satisfacer necesidades impostergables. Lo propio sucede con asambleas y con-



cejos municipales.

De ahí que sea necesario prohibir especialmente esta clase de auxilios con fondos del tesoro público y disponer que con los mismos sólo es posible realizar, en beneficio de los particulares, planes y programas generales de fomento y desarrollo de la economía nacional.

9) La reforma del Congreso. El Congreso es una institución tradicional del país. Sin embargo, existe consenso en la opinión pública acerca de la necesidad de reformarlo para que ejerza eficaz y exclusivamente las atribuciones que la Constitución le prescribe.

En un régimen presidencial, como el colombiano, las ramas del poder público obran separadamente, pero sus actividades son complementarias. Además, el Congreso tiene la atribución de ejercer control político del gobierno. Sin embargo, circunstancias derivadas de las propias instituciones y de la actividad política del país, han hecho que no ejerza el control político del gobierno. Los llamados "auxilios parlamentarios", que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público hace efectivos, permiten entender que dependa del gobierno y no ejerza el control político que le atribuye la Constitución. A ello se agrega, como una agravante, que la Constitución autoriza que los miembros del Congreso sean designados en los cargos de ministro, viceminis-



tro, jefe de departamento administrativo, gobernador, agente diplomático y jefe militar en tiempo de guerra y que además disponga que la aceptación del cargo produce vacante transitoria del de senador o representante.

Es necesario hacer que los miembros del Congreso ejerzan con idoneidad e independencia la función legislativa y el control político del gobierno. Para ello se requiere que no tengan con éste más nexos que los necesarios para el cumplimiento de las atribuciones indicadas. De ahí que no sea conveniente autorizar que el gobierno confiera empleos a los senadores y representantes. Además las tareas propias del Congreso, realizadas con el cuidado y la dedicación que requieren, son suficientes para comprometer todo el tiempo disponible.

Los "auxilios parlamentarios", que están contemplados en la Constitución como la única posibilidad que existe para que, por iniciativa de los miembros del Congreso, puedan aprobarse leyes con el objeto de "fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo" -no obstante que para los demás proyectos de ley que impliquen gastos está reservada al gobierno-, existen desde 1968 y se han aprobado y ejecutado sin que se cumpliera la condición que también prescribe la Constitución: "con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes" (artículo 76, ordinal 20, de la Constitución). La verdad es que nunca se

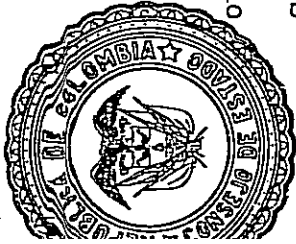


han expedido "los planes y programas" que exige el mencionado precepto.

La reforma constitucional de 1968 es contradictoria porque, a la vez que prescribe la planeación nacional, regional y local, y que dispone, como factor de orden y economía de recursos, que los proyectos de ley sobre gastos, inversiones y transferencias de fondos, se presenten por el gobierno a la consideración del Congreso, hizo la excepción de "los auxilios parlamentarios", a fuer de conceder iniciativa a los congresistas para presentar proyectos de ley de fomento de las mencionadas entidades.

Se trata de un precepto extravagante que contradice el sentido universal que se reconoce al legislador, como el encargado de expedir las reglas abstractas de derechos que, por imperiosales, se denominan leyes.

Es necesario prescindir de los "auxilios parlamentarios" para restablecer la seriedad y el prestigio del Congreso; como también reformar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para que los miembros de esa corporación se dediquen exclusivamente a las tareas legislativas, del mismo modo como los demás funcionarios y empleados del país cumplen las que les corresponden. En este mismo orden de ideas, es conveniente disponer que los candidatos al Congreso simultáneamente no pueden serlo para otras corporaciones y que a los senadores y representantes les está prohibido ejercer su profesión u oficio; el comercio u



otro empleo: si alguno de ellos fuere designado o elegido en otro cargo, su aceptación debería implicar la pérdida del de senador o representante.

Del mismo modo, se debería prohibir a todos los miembros de las corporaciones de elección popular hacer parte de las juntas o consejos directivos de establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales o de cualquier otra entidad administrativa.

El Acto Legislativo N°1 de 1979 contemplaba " el conflicto de interés" como causal de impedimento para los senadores y representantes. Es conveniente restablecerlo, pero el "interés" debe consistir, no sólo en que un proyecto de ley que curse en el Congreso favorezca a un antiguo empleador del senador o representante, sino también cuando convenga a éste.

h) Las facultades para establecer impuestos y contribuciones. También es necesario disponer que, salvo las excepciones prescritas por la Constitución, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos municipales pueden establecer impuestos y contribuciones. Pero en los departamentos y municipios, para que haya unidad y coherencia, se debería prescribir que estas facultades deben ejercerse de conformidad con la ley.

l) El Fiscal General. El Acto Legislativo N° 1 de 1979 instituyó el Fiscal General de la Nación en el Ministerio Público para la "persecución de los delitos" y " la acusación de los infractores ante las autoridades correspondientes". Debía ser designado por la Corte Suprema de Justicia de lista enviada por el Presidente de la República. Se instituyó así el sistema acusatorio en materia penal.





Se consideraba que el Fiscal General realizaría prontas y eficaces investigaciones penales y que diligentemente calificaría el mérito de los sumarios para ordenar que se archiven por falta de fundamento o acusar a los procesados ante los jueces competentes. No obstante esto, mientras rigió el Acto Legislativo No. 1 de 1979, el Fiscal General de la nación no fué elegido.

Algunos proyectos de reforma insisten en crear el Fiscal o la Fiscalía General.

Sin embargo, si se crea el cargo de Fiscal General, como en el Acto Legislativo No. 1 de 1979, sería administrativo y tendría un gigantesco personal de "agentes" o subalternos de su libre nombramiento y remoción. Las investigaciones penales se realizarían directamente por el Fiscal General o mediante sus "agentes", quienes podrían decretar la detención preventiva de los procesados. Pero los investigadores no tendrían ni la investidura ni menos la independencia y la autonomía de los jueces como garantía de acierto e imparcialidad.

Una Fiscalía General que deba ser organizada por la ley con un personal de carrera tampoco resolvería los problemas indicados porque, de todos modos, sería administrativa y los funcionarios encargados de la investigación penal no tendrían la calidad de jueces, independientes y autónomos, sin más nexo con el Ministerio Público que el estar sujetos, como todos los funcio-



18

narlos del estado, a su permanente vigilancia: la Investigación penal debe estar a cargo de funcionarios de la rama jurisdiccional.

Además, la Investigación penal y el sistema Inquisitivo o acusatorio en el juzgamiento penal, como todo lo que atañe a los procedimientos judiciales, debe ser deferido a la ley, que puede prescribirlos o no, según las cambiantes circunstancias; por el contrario, si el sistema acusatorio es prescrito por la Constitución, además de los problemas indicados, sería difícil de reformar, aunque la experiencia demuestre que no es adecuado a las circunstancias del país.

De manera que ni el Fiscal General de la Nación ni la Fiscalía General deben figurar en la Constitución.

Pero las nuevas Instituciones deberían crear, como parte integrante de la rama jurisdiccional, la dirección de Instrucción criminal, cuya organización determine la ley, encargada de la Investigación penal en el país mediante jueces de Instrucción, designados conforme a las reglas y principios de la carrera judicial.

Por otra parte, es importante mantener la unidad del Ministerio Público en la Procuraduría General de la Nación. Y por consiguiente, la Constitución debería disponer que, además de las funciones que especialmente le prescriba, ejercerá las que la ley

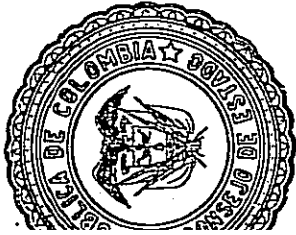


determine. Esta podría crear, si fuere conveniente, la procuraduría delegada o la dirección encargada de ejercer las funciones propias del sistema acusatorio penal. En esta hipótesis, perfeccionado el sumario, el juez de instrucción debería remitirlo a esta entidad para que, previo estudio de su mérito, ordene archivarlo o formularle el cargo ante el juez competente.

j) Leyes marco. El Acto Legislativo N° 1 de 1968 Instauró las leyes marco para que el Congreso, en las materias señaladas taxativamente por la Constitución, expida leyes que prescriban reglas abstractas que deban desarrollarse mediante decretos reglamentarios. Se trataba de armonizar, en esas exclusivas materias, la permanencia de los principios con la necesidad de adaptarlos a las nuevas circunstancias.

De manera que las leyes marco son excepcionales y no pueden convertirse en norma general que redunde en una diversidad de reglamentos o, con manifiesta impropiedad jurídica y desorden político, en nuevos poderes legislativos.

k) La investigación científica y técnica. La época contemporánea se caracteriza por la prevalencia de los intangibles. El poder y la prosperidad de los pueblos proviene de su capacidad científica y tecnológica. El desarrollo requiere conocimiento y previsión autóctonos. La prosperidad no se importa; proviene de la idoneidad y del esfuerzo de toda la sociedad.



Colombia debe impulsar la investigación científica y técnica como una opción política fundamental prescrita por la Constitución. Además, es necesario disponer que se le reconozca prioridad en todos los planes de las entidades públicas para que sea tangible y vigorosa realidad.

l) La defensa y conservación de la naturaleza. Es verdad inconcusa y lamentable realidad cotidiana el progresivo deterioro del medio ambiente y el envejecimiento de las condiciones de subsistencia. Mientras América Latina descaja la selva, tumba los bosques, disminuye las fuentes de agua potable y extingue la fauna, otros pueblos han emprendido rigurosos programas de reforestación y regeneración de la naturaleza.

La Constitución debería prescribir que es deber de las autoridades y de la ciudadanía proteger la naturaleza como patrimonio de toda la humanidad, presente y futura, y que los planes y programas de aprovechamiento de sus recursos estén subordinados al cumplimiento de esta obligación esencial.

m) El principio de la igualdad. Es menester proclamar en la Constitución el principio de la igualdad ante la ley y prohibir todo género de discriminación por raza, sexo, lengua, creencias o ideas políticas.

n) La propiedad comunitaria y el reconocimiento de los derechos de los indígenas. Además del reconocimiento y garan-



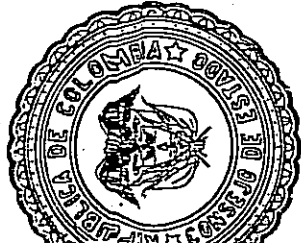
tía del derecho de propiedad individual, es necesario contemplar la posible existencia de otras formas de propiedad que, como la comunitaria, serían objeto de regulación legal.

Del mismo modo, es menester reconocer y garantizar el derecho de la población indígena a vivir según sus creencias, usos o costumbres ancestrales y a disfrutar de los resguardos. Las lenguas y dialectos indígenas deben ser reconocidos como oficiales, en los correspondientes territorios, para todos los efectos.

ñ) El reconocimiento de la múltiple nacionalidad. El principio de la múltiple nacionalidad, que protegería a los colombianos residentes en el exterior, sin obligarlos a renunciar a la nacionalidad de origen, debería ser establecido por la Constitución.

Los derechos políticos deben reservarse a los nacionales, pero es menester reconocer a los extranjeros el de representar y ser representados en la comunidad local, por reciprocidad, estipulada en tratados internacionales.

o) Las facultades de las autoridades por causa de perturbación del orden público. Algunos proyectos de reforma proponen graduar la perturbación del orden público según su mayor o menor gravedad.



de investigarla y sancionarla.

-21-

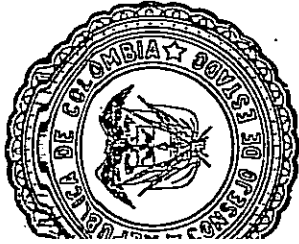
2º) La rama Jurisdiccional y la reforma. A diferencia del "poder judicial" instituido por la Constitución de 1886 o del "órgano judicial" prescrito por la reforma de 1936, para hacer referencia a la jurisdicción ordinaria, civil y penal, la de 1945 los sustituyó por la rama jurisdiccional.

Cualquiera de las denominaciones restrictivas indicadas, de 1886 o 1936, se prestaba a problemas de interpretación porque del "poder judicial" o del "órgano judicial" quedaban excluidas otras jurisdicciones, diferentes de la ordinaria, que había creado la ley.

La reforma de 1945, con la genérica rama jurisdiccional, resolvió todas las dudas e incertidumbres porque comprende a todas las jurisdicciones, ordinaria y especiales, que existen en el país.

Aunque la denominación no es relevante, es preciso tomar en consideración el significado que tiene en la historia de la institución la que actualmente ostenta, para mantenerla o darle otra que también comprenda todas las jurisdicciones.

La rama jurisdiccional se rige por el principio del centralismo político y por ello su organización y sus funciones provienen exclusivamente de la Constitución y la ley. La Constitución prescribe la separación de las ramas del poder público y la jurisdiccional, en principio, es independiente y autónoma, como la ma-



De todos modos, la experiencia indica que los poderes provenientes de la declaratoria de estado de sitio por perturbación del orden público, o de los grados que se adopten, deben estar determinados por la ley para que sean objetivos y no subjetivos.

p) La participación comunitaria. Además del principio de la representación, es necesario prescribir la participación directa de la población en la dirección del Estado y de la comunidad. Al efecto es menester reformar el artículo 218 de la Constitución para que también pueda ser enmendada o cambiada por asamblea constituyente, plebiscito o referendo. Del mismo modo, se debería disponer que algunas leyes de especial importancia, como la aprobatoria de un tratado de límites o la que disponga el endeudamiento externo, requieren ser ratificadas por la mayoría de los electores. Los referendos locales, como los que instituya el Acto Legislativo No. 1 de 1986, favorecen la participación de la población en la administración de los asuntos de la comunidad.

q) Los baldíos y la propiedad del subsuelo. Es importante disponer que los baldíos, minas y salinas pertenecen a la Nación; pero que las entidades donde se encuentren tienen derecho a participar, en la proporción que determine la ley, en la explotación y beneficio de los yacimientos mineros. En esta forma se concilian los derechos de la Nación, reconocidos por el



-20-

artículo 202 de la Constitución, con el de las entidades locales, donde se encuentren los yacimientos, de participar las ganancias provenientes de su explotación.

r) La garantía del derecho de audiencia y defensa. Es importante y necesario garantizar en los procesos administrativos y jurisdiccionales el derecho de audiencia y defensa. Pero conviene agregar, para evitar exagerados formalismos, que en el juzgamiento los derechos sustanciales comprobados deben prevalecer sobre las meras formalidades.

rr) La responsabilidad de las entidades públicas y de los funcionarios. El artículo 51 de la Constitución prescribe que los funcionarios públicos deben responder, conforme a las leyes, por desconocimiento o inobservancia del título III del mismo estatuto sobre los "derechos civiles y garantías sociales". Pero es necesario adicionarlo para extender esta obligación a las entidades públicas.

s) La obligación de cumplir la Constitución. La Constitución, como estatuto fundamental del país, debe ser cumplida por todos. Pero la experiencia enseña que, con bastante frecuencia, las disposiciones de la Carta no se observan por los funcionarios encargados de cumplirlas. De ahí que sea necesario tipificar, en el mismo estatuto, la infracción y determinar la manera





yoría de las existentes en el mundo. Sin embargo, la reforma constitucional debe acendrar su autonomía, remediar las dificultades y facilitar el cumplimiento de su cometido esencial de realzar la paz mediante la eficacia del derecho.

a) Las reformas necesarias en la rama jurisdiccional. En este orden de ideas la corporación hace las siguientes sugerencias en relación con la reforma de la rama jurisdiccional:

1) Como se expuso, las fuentes directas de la rama jurisdiccional son la Constitución y la ley. Ellas determinan su estructura. Es preciso mantener este principio para preservar y garantizar su independencia y autonomía. Por consiguiente, exclusivamente debe corresponder a la Constitución y a la ley crear, reformar, fusionar o suprimir tribunales y juzgados y asignar, modificar o derogar la competencia de los funcionarios y órganos de la rama jurisdiccional. Sin embargo, el organismo que se ha encargado de administrar la rama jurisdiccional, como parte integrante de ésta, debería tener la atribución, dentro de la estructura de la rama jurisdiccional, de crear, fusionar o suprimir juzgados municipales y determinar su organización, como también la de crear, fusionar y suprimir empleos en la rama jurisdiccional, con facultad para prescribir sus funciones y señalar su remuneración.

Pero, ni directa ni indirectamente, el gobierno podría intervenir en la organización y en el funcionamiento de la rama jurisdiccional porque ello sería contrario al principio de la separación de las ramas del poder público y al que garantiza la independencia y autonomía de los jueces.

2) La rama jurisdiccional necesita que se le asigne un



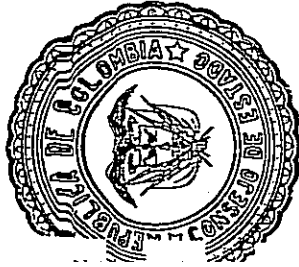
presupuesto que satisfaga todas sus necesidades. Actualmente sus disponibilidades son exiguas, sólo corresponden al tres y medio por ciento del presupuesto de gastos de la Nación, con todos los incrementos que se les han hecho.

Las nuevas Instituciones deberían contemplar previsiones que asignen un presupuesto mínimo, no inferior al diez por ciento del de gastos de la Nación, para el funcionamiento de la rama jurisdiccional, sin perjuicio de las mayores partidas que se apropien en el presupuesto que debería ser elaborado conjuntamente por el gobierno y los presidentes de la Corte Suprema y Justicia y del Consejo de Estado y presentado a la consideración del Congreso sin ninguna modificación.

Lo importante es traducir en la Constitución la voluntad política de hacer de la rama jurisdiccional el instrumento idóneo, serio y responsable que asegure, con plena confianza de la opinión pública, la convivencia civilizada de todos los colombianos.

3) Como sucede con las demás ramas del poder público, la jurisdiccional debe administrar su presupuesto, mediante el organismo que al efecto la Constitución señale, como única forma de evitar que pertenezca a la rama ejecutiva.

4) La Constitución debería prescribir la finalidad esencial de la carrera judicial y prohibir todo género de discriminaciones, como también disponer que élla comprenda a todos los empleados y fun-



cionarlos de la rama jurisdiccional y que las faltas absolutas de los miembros de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se llenen por la misma corporación, por cooptación y previo concurso, abierto entre las personas que reúnan las calidades constitucionales, que debería realizar el organismo encargado, a nivel nacional, de administrar la carrera judicial. Desaparecería así la paridad política como criterio para integrar a las mencionadas corporaciones; instituida por la reforma constitucional de 1957 con carácter temporal en las ramas legislativa y ejecutiva, y permanente en la jurisdiccional, es actualmente un manifiesto anacronismo. Además, como la carrera implica derecho a la inamovilidad relativa, mientras no sobrevenga una causal de separación del cargo, la Constitución debería prescindir de señalarles período a los funcionarios de la rama jurisdiccional.

5) También corresponde a la Constitución determinar los organismos que con carácter nacional y regional deban administrar la carrera judicial y deferir a la ley su organización. Sólo así se garantizaría que la carrera judicial sea autónoma, sin ingerencia de la rama ejecutiva.

6) Es necesario atribuir a la Corte Suprema de Justicia competencia para juzgar los actos legislativos reformativos de la Constitución por vicios de procedimiento. Esta competencia ha sido deducida "por jurisprudencia". Lo importante es que existe inequívocamente con fundamento en expresa disposición constitucional.



7) También es conveniente modificar el control directo de constitucionalidad de los decretos expedidos por el gobierno por motivos de estado de sitio o emergencia económica, para que se limite a la verificación de su constitucionalidad, según el caso, con el artículo 121 o el 122 de la Constitución.

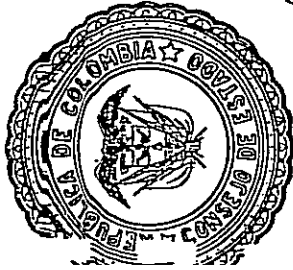
Se debería disponer que, si el decreto es declarado exequible, cualquier ciudadano puede pedir que se lo declare inconstitucional por otro motivo.

Este régimen, que existió mientras rigió el Acto Legislativo N° 1 de 1979, combina el control directo y la acción y hace posible, por lo mismo, que los ciudadanos puedan participar en el examen de la constitucionalidad de esos decretos.

8) Del mismo modo, es necesario atribuir a la Corte Suprema de Justicia el control directo de constitucionalidad de los tratados y de las leyes que los aprueben antes de surtir el canje de notas o de efectuar el depósito de ratificación. Aquél o éste sólo se efectuaría si el tratado y la ley son declarados exequibles.

Este control directo tendría la ventaja de coordinar el derecho público interno con el internacional público y de hacer que sólo se ratifiquen los tratados que no infrinjan la Constitución.

b) La excepción de inconstitucionalidad y la reforma constitucional. - La excepción de inconstitucionalidad rige desde el



Acto Legislativo N° 3 de 1910 y constituye una regla de hermenéutica jurídica que permite al funcionario u órgano que deba proferir una decisión, judicial o administrativa, abstenerse de aplicar la ley pertinente al caso y preferir la Constitución si encuentra, de modo manifiesto, que aquélla contraría a ésta.

Por consiguiente, se trata de una institución tradicional del país, mediante la cual los funcionarios, al proferir sus decisiones, deben hacer prevalecer la Constitución. Aunque aparentemente audaz, es practicada con mesura y hasta con timidez; sin embargo, es instrumento jurídico eficaz que hace que en las decisiones prevalezcan las normas de jerarquía superior.

De manera que es menester mantener la excepción de Inconstitucionalidad sin reformarla y menos deferirla para su examen a ningún juez o tribunal.

c) Necesidad de mantener en la Constitución la integridad de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo se originó en el Acto Legislativo N° 3 de 1910 como reacción contra el abuso del poder y medio para instaurar el estado de derecho. De ahí que importantes personalidades, destacadas en el manejo del estado, como el General Rafael Uribe Uribe y el doctor Antonio José Cadavid, fueran entusiastas propugnadores de su establecimiento y que en 1913 participaran activamente en la discusión y aprobación de la primera ley orgánica de lo contencioso administrativo.



La jurisdicción de lo contencioso administrativo se ha consolidado. La Constitución instituye sus órganos y atribuciones esenciales como parte integrante de la estructura fundamental del país. Sucesivas leyes también han contribuido a su expansión y perfeccionamiento hasta llegar a ser, sin excepción, el juez especializado de la administración y garantía de los derechos ciudadanos contra los abusos del poder. La jurisdicción de lo contencioso administrativo es ampliamente reconocida por la opinión pública y, por su fundamento constitucional y la amplitud de su objeto, paradigma de sus similares en el mundo.

Diversos motivos específicos justifican la necesidad de mantener en la Constitución la integridad de la jurisdicción de lo contencioso administrativo:

1) El Acto Legislativo No 3 de 1910 se expidió como reacción del país contra la violencia para establecer el estado de derecho y hacer posible el advenimiento de la paz. Todos los partidos y los diversos estamentos sociales lo prohicieron con entusiasmo bajo el signo de la concordia, con la porfiada esperanza de lograr la vigencia de la Constitución. La reforma instituyó la jurisdicción constitucional y dispuso, perentoriamente, que el legislador organice la de lo contencioso administrativo para que juzgue a la administración. De este modo la rama jurisdiccional tiene la atribución de ejercer el control de las demás.

2) El Consejo de Estado, que fué fundado por Bolívar en 1817 y subsistió hasta 1843, en 1886 fué nuevamente instituido por la



Constitución y duró hasta 1905. La reforma constitucional de 1914 lo restableció con las funciones genéricas que le prescribe la Constitución: ser organismo consultivo del gobierno en asuntos administrativos y en los demás determinados por la Constitución; redactar los proyectos de ley que le solicite el gobierno, "proponer las reformas convenientes en todos los ramos de la legislación" y "desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley".

Estas atribuciones, que son semejantes a las del Consejo de Estado francés, han sido las tradicionales de la corporación, desde su origen hasta la actualidad. Las ha ejercido normalmente, con reconocimiento general, y nada aconseja su reforma, cambio o derogación. Sin embargo, las nuevas Instituciones deberían facultar al legislador para crear, cuando fuere necesario, jueces administrativos.

3) La reforma constitucional de 1945 consolidó de diverso modo la jurisdicción de lo contencioso administrativo: la reconoció como una jurisdicción especial que hace parte de la rama jurisdiccional; dispuso que el Consejo de Estado y los tribunales administrativos, que fueron creados por la ley 130 de 1913, son sus órganos deslindó claramente la jurisdicción constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la que corresponde a lo contencioso administrativo en relación con el juzgamiento de los decretos del gobierno, a saber: mientras a la Corte Suprema de Justicia le atribuyó, entre otras materias, el juzgamiento de los decretos expedidos por el gobierno con fuerza legislativa, determinados por la Constitución, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo le asignó el de los decretos administrativos del mismo origen. De manera que la reforma de 1945 remedió



el problema que consistía en que los mismos decretos del gobierno podían ser juzgados, en cuanto a su constitucionalidad, por la Corte Suprema de Justicia y, respecto de su legalidad, por el Consejo de Estado. La experiencia claramente demostró que este régimen originaba incertidumbres y colisiones innecesarias entre los máximos organismos de la rama jurisdiccional y que la solución, dispuesta por la reforma constitucional de 1945, completada por la de 1968 -artículos 118, ordinal 8º, 214 y 216 de la actual Constitución-, sobre la base de distinguir los decretos con fuerza legislativa de los meramente administrativos, es un criterio acertado para diferenciar, a este respecto, las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado: éste controla la constitucionalidad de los decretos administrativos y aquélla la de los que tienen fuerza legislativa, originados en los artículos 76, ordinales 11 y 12, 80, 121 y 122, de la Constitución.

4) La reforma de 1945 también dispuso que la jurisdicción de lo contencioso administrativo juzgue los actos administrativos, a los cuales, de conformidad con las reglas que prescribe la ley, puede suspender o anular. De este modo, por principio constitucional, esta jurisdicción juzga todos los actos de la administración o que impliquen ejercicio de la función administrativa, sin otra excepción que los de mero trámite cuando no pongan término al proceso o no implican que continúe. Además, como la Constitución defiere a la ley conferirle otras atribuciones dentro de su especialidad, ésta le atribuye el conocimiento de las controversias de responsabilidad extracontractual contra las personas jurídicas de derecho público y de las relativas a contratos administrativos y privados con cláusulas de cadu-





cidad de las mismas entidades.

De manera que, con directo fundamento en la Constitución, la jurisdicción de lo contencioso administrativo juzga todas las controversias sobre los actos y hechos de la administración, como también las referentes a sus contratos de derecho público, es decir, todas las que, por razón de la materia, son administrativas. Estas precisas y completas facultades que tiene; *ratione materiae*, la jurisdicción de los contencioso administrativo colombiana, no se encuentran en otras similares existentes en el mundo.

5) Todo indica que es menester mantener los sólidos fundamentos constitucionales de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no acceder a degradarla de jerarquía, como se propone en uno de los proyectos de reforma, para que la ley prescriba las reglas relativas a su organización y funcionamiento: el fundamento constitucional de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que proviene del proceso histórico de consolidación del estado de derecho, es prenda de garantía de su eficacia.

6) La jurisdicción constitucional, que ha ejercido la Corte Suprema de Justicia, tiene reglas de competencia perfectamente determinadas. Las reformas constitucionales de 1945 y 1968, sobre todo, la deslindaron nítidamente, como se ha indicado, de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Además, no existen casos de colisión entre las dos jurisdicciones; pero, si se presentaren conflictos de competencia, deberían ser dirimidos, como lo han sido los pocos que se han presentado, por el Tribunal Disciplinario, como prescribe el artículo 217 de la Constitución.



7) Sin embargo, si se considera necesario crear la Corte Constitucional, para que ejerza la jurisdicción constitucional, en modo alguno habría que desmembrar la jurisdicción de lo contencioso administrativo para atribuir a aquélla algunas de sus atribuciones: ésta juzga las controversias que, por razón de la materia, son administrativas -como las que versan sobre la constitucionalidad de los decretos administrativos del gobierno- mientras que la nueva jurisdicción asumiría las relativas a la jurisdicción constitucional, que es sustancialmente diferente: le corresponde definir la constitucionalidad de los proyectos de ley objetados como inconstitucionales por el gobierno; conoce de la acción de Inconstitucionalidad contra las leyes y los decretos con fuerza legislativa expedidos por el gobierno con fundamento en los artículos 76, ordinales 11 y 12, y 80 de la Constitución y juzgar directamente los decretos originados en los artículos 121 y 122 de la Carta. Además, si se admiten las sugerencias de este memorando, le correspondería conocer de la acción de Inconstitucionalidad contra los actos legislativos reformativos de la Constitución por vicios de procedimiento y efectuar el control de constitucionalidad de los tratados y de las leyes que los aprueben, antes de efectuar el canje o el depósito de las notas de ratificación.

8) Tampoco procede volver a esclindir el juzgamiento de los actos administrativos para atribuir a la Corte Suprema de Justicia -o a la Corte Constitucional- el de constitucionalidad y al Consejo de Estado el de legalidad, si la experiencia demostró, en el lapso comprendido entre 1910 y 1945, que este régimen, que era fuente de perplejidades y conflictos, tuvo que ser remediado, con absoluto



ta claridad, por las reformas constitucionales de 1945 y 1968 que ní  
tivamente diferenciaron, por razón de las materias, las jurisdiccio-  
nes constitucional y de lo contencioso administrativo.

9) La Constitución prescribe que el Consejo de Estado de-  
be ser consultado para crear departamentos; aprehender y retener,  
mediante orden del gobierno, a las personas contra las cuales existan  
serios indicios de que atentan contra el orden público, permitir, en  
receso del Senado, el tránsito de tropas extranjeras por el territorio  
nacional, declarar el estado de sitio o la emergencia económica y abrir,  
en receso de las cámaras, créditos suplementales o extraordinarios al  
presupuesto nacional. Se trata de las funciones consultivas del Conse-  
jo de Estado que, por su trascendencia política, debe ejercer en ple-  
no y que, con excepción de la de declarar que el proyecto de ley pa-  
ra crear un nuevo departamento reúne o no los requisitos constitucio-  
nales -que corresponde al artículo 2º de la reforma constitucional de  
1968-, provienen de la Constitución de 1886. Además, exceptuada la a-  
pertura de créditos suplementales o extraordinarios que, para contro-  
lar la fuerza restrictiva del presupuesto nacional, actualmente requie-  
re concepto previo y favorable del Consejo de Estado, en los demás ca-  
sos mencionados no es obligatorio y su finalidad consiste en colaborar,  
con prudencia y ponderación, como factor de equilibrio, en el ejerci-  
cio de las más importantes funciones del gobierno.

En el decurso del tiempo, desde 1886 hasta la actualidad, se  
han cumplido estas previsiones constitucionales. La experiencia indica  
que se deben mantener. Sin embargo, es de urgente necesidad restable-  
cer la disposición del artículo 120, ordinal 13, de la Constitución de  
1886, que subsistió hasta 1968, con el objeto de facultar al Presidente,



previo dictamen del Consejo de Estado, para permitir la estación de barcos y aeronaves de guerra extranjeros en puertos o aguas de la Nación y la utilización del espacio aéreo del país. Se trata de una medida tutelar de la soberanía e independencia nacionales, de gran de actualidad, que se debe restablecer.

10) Del mismo modo es menestar vincular al Consejo de Estado, en su carácter de organismo consultor del gobierno, a otras actividades del estado, como sería la de dictaminar sobre los proyectos de decretos-leyes o la de elaborar determinados proyectos de ley. El Consejo de Estado francés realiza, además del juzgamiento de la administración, esta importante actividad.

11) En fin, el recurso de amparo es realmente tutelar de los derechos constitucionales. Pero en Colombia no ha sido instituido, probablemente porque la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la que tiene por objeto, además de proteger el orden jurídico, amparar los derechos particulares.

Sin embargo, en los procesos judiciales, el amparo permite hacer efectivos, pronta y cumplidamente, los derechos reconocidos por la Constitución como inherentes a la persona humana. Lo importante es que no interfiera las atribuciones de las jurisdicciones constitucionales y de lo contencioso administrativo y que, por el contrario, entre ellos haya necesaria "correspondencia y armonía".

d) El Ministerio Público. La Constitución dispone que



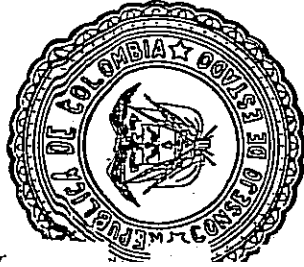
"el Ministerio Público será ejercido bajo la suprema dirección del gobierno, por un Procurador General de la Nación" elegido por la cámara de representantes.

Como la atribución esencial del Procurador General de la Nación consiste en la vigilancia y defensa del orden jurídico, no es acertado disponer que ejerza sus funciones bajo la dirección del gobierno, no obstante que éste es objeto de su control. Por consiguiente, esa disposición debería ser abrogada y sustituida por la que disponga que el Procurador General de la Nación dirige el Ministerio Público conforme a las reglas que determine la ley.

Aunque la Constitución afirma que la cámara de representantes "tiene determinadas funciones fiscales" y le atribuye la facultad de elegir Procurador General de la Nación, de terna enviada por el Presidente de la República, para que sea completamente autónomo se debería disponer que lo elija directamente el Congreso por mayoría de sus miembros. La sustitución de la cámara por el congreso realiza la importancia y la responsabilidad de la elección.

e) Necesidad de mantener y no degradar las fiscalías. La Constitución contempla que existan fiscalías en el Consejo de Estado y en los tribunales administrativos, como también en otros tribunales y juzgados. Los fiscales, que deben reunir las mismas calidades, tienen los derechos de los jueces y magistrados ante los cuales actúen.

Los fiscales pertenecen al Ministerio Público, están bajo su vigilancia y obran en interés del orden jurídico conforme a reglas de competencia que prescribe la ley.



De manera que, desde la reforma constitucional de 1945, los fiscales que actúan ante la rama jurisdiccional tienen origen constitucional.

Uno de los proyectos de reforma, similar al que cursó en el Congreso en 1989 para debate en la segunda legislatura, propuso degradar a las fiscalías de su nivel constitucional y que simplemente se disponga que el Procurador General de la Nación tendrá los "agentes" o subalternos que determine la ley. Pero omitió considerar que los fiscales, para actuar ante los juzgados y tribunales a que están adscritos, deben ejercer las funciones prescritas por la ley con la necesaria independencia y autonomía, sin perjuicio de la vigilancia que sobre ellos ejerza la Procuraduría General de la Nación. La garantía de la independencia de los fiscales proviene de la Constitución.

Si los fiscales han de tener, como corresponde, la misma jerarquía y los derechos de los jueces y magistrados ante los cuales actúen, este principio necesariamente debe provenir de la Constitución.

En 1989 se adujo como motivo fundamental para degradar a los fiscales que su denominación creaba equívocos con la del Fiscal o con la de la Fiscalía General. Pero, aparte de las observaciones expuestas sobre esta institución -que demuestran la inconveniencia de darle categoría constitucional-, ese motivo no es fundado por que el Fiscal General o la Fiscalía General tendría un nombre específico, fácilmente discernible e inconfundible con el de los fiscales de los juzgados y tribunales. Sin embargo, si no obstante lo expues-