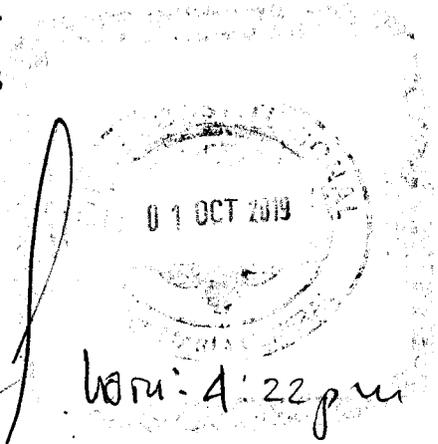


D-13517
OK

Bogotá, D. C., octubre de 2019.

Honorables Magistradas y Magistrados:
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
(REPARTO)
Ciudad.



Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 4 de 2019, "por medio del cual se reforma el régimen de control fiscal".

- *"Una cosa es hacer historia, otra repetirla". Jacinto Benavente.*
- *"Si no conocemos nuestra propia historia, entonces, simplemente soportaremos los mismos errores, los mismos sacrificios, los mismos absurdos una y otra vez". Aleksandr Solzhenitsy.*

Respetuoso saludo.

YEFFERSON MAURICIO DUEÑAS GÓMEZ, en mi condición de ciudadano, identificado como aparece al pie de mi firma, con fundamento en los artículos 40-6, 241-1 y 242-1 de la Constitución Política, presento demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1° y 2° (parciales) del Acto Legislativo 4 de 2019, "por medio del cual se reforma el régimen de control fiscal."

I.- SÍNTESIS DE LA DEMANDA

El Acto Legislativo 4 de 2019 consagró a nivel constitucional el control fiscal preventivo y concomitante como complemento del control posterior y selectivo adoptado por el Constituyente de 1991. Señala que la función de advertencia no implica coadministración por no ser vinculante y tener carácter excepcional. Sin embargo, cuando se examina la configuración normativa del nuevo Acto Legislativo, se constata que genera graves interferencias en las competencias de las autoridades a cargo de ejercer una gestión fiscal. Al hacerlo, el Congreso de la República excedió su poder de reforma y sustituyó pilares esenciales de la Constitución Política, en concreto la separación de poderes y el control fiscal posterior y selectivo.

Para demostrarlo, la presente demanda hace uso de las sentencias de la Corte Constitucional que así lo han reconocido y de los antecedentes y debates que se registran en las Gacetas Constitucionales, donde se constata la decisión de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 de excluir el control fiscal previo y concomitante. Se explica cómo en las discusiones del Constituyente Primario se analizó a fondo la situación y de manera consciente y deliberada se excluyó toda posibilidad de mantener un modelo de control fiscal previo y concomitante por implicar no solo problemas de corrupción y coadministración por parte del ente fiscalizador, sino una alteración del principio de separación de poderes públicos. De manera que se decidió entonces que el control fiscal fuera exclusivamente posterior y selectivo, acompañado de la prohibición a la Contraloría General de la República de ejercer funciones administrativas diferentes a las propias.

La finalidad de esos mandatos fue garantizar la independencia y autonomía entre los poderes y entes estatales, por lo que cambiarlos implica sustituir parte de la médula o columna vertebral del Estado. En materia de control fiscal el único pilar esencial que adoptó el Constituyente de 1991 fue precisamente que este fuera posterior y selectivo, como expresión del principio de separación de poderes, y de ninguna manera previo o concomitante cualquiera sea la denominación -eufemística- que se le quiera dar.

A continuación, se describe la forma en como el Acto Legislativo 4 de 2019 introduce el control preventivo y concomitante, así como la función de advertencia, con las implicaciones que ello tiene desde la perspectiva de la separación de poderes y la interferencia en la Administración Pública.

Finalmente, se hace el juicio de sustitución de acuerdo con la metodología que ha diseñado la Corte para las demandas en las cuales se plantea un vicio por falta de competencia del Congreso para sustituir pilares esenciales de la Constitución. Se explica cómo en este caso el exceso del poder de reforma del Congreso se da por dos razones: (i) porque el control preventivo y concomitante es en esencia un control fiscal previo, al margen de su denominación formal; y (ii) porque el control preventivo y concomitante tiene una naturaleza y configuración tal que conlleva a una sensible interferencia de la Contraloría General de la República en la administración y funciones de otras entidades que manejan recursos públicos, con lo cual se sustituye el principio de separación de poderes.

Esas dos circunstancias evidencian que, pese a no ser vinculante y a su carácter excepcional, el nuevo modelo de control fiscal incorporado por la reforma constitucional supone una grave interferencia de la Contraloría en la Administración Pública que altera la independencia y autonomía garantizada por la separación de poderes, materializada en el control fiscal posterior y selectivo.

En efecto, para ejercer la función de advertencia le fueron confiadas nuevas facultades al Contralor General. Ellas, que de por sí implican un excesivo poder en cabeza del ente fiscalizador y que reconfiguran las relaciones de control dentro del Estado, adquieren especial importancia dentro del control preventivo y concomitante. Acceder a cualquier información sin que se pueda oponer reserva alguna, tener capacidad de sancionar a quienes se opongan a entregarla y extender este tipo de control a los entes territoriales de manera prevalente, con la posibilidad de suspensión “verdad sabida y buena fe guardada”, son herramientas que, dentro de la estructura del Acto Legislativo, resultan verdaderamente sensibles en el marco de las nuevas funciones de la Contraloría.

¿Estamos ante un proceso de ajuste o revisión del modelo de control fiscal en Colombia para superar experiencias frustradas? NO. Estamos ante una profunda alteración del diseño y la arquitectura institucional acogida por el Constituyente de 1991 que remueve 2 de sus pilares esenciales: el principio de separación de poderes y el modelo de control fiscal posterior y selectivo como manifestación de aquel.

¿Deja la Constitución de ser lo que era antes del Acto Legislativo 4 de 2019? Sí. Porque en lo que al principio de separación de poderes y los fundamentos del control fiscal se refiere, una cosa es exigir responsabilidad con todo rigor cuando no se cumplen con los deberes funcionales en el ejercicio de una gestión fiscal, y otra bien distinta es hacer de gendarme para advertir sobre la manera como la administración puede actuar e invertir sus recursos, luego acompañarla como veedora en el proceso

de ejecución, y finalmente promover los juicios y sanciones cuando no se atienden esas advertencias.

Así como un solo articulo comprometió hace unos años el principio democrático;¹ así como una reforma puso en grave riesgo la autonomía e independencia de la justicia;² así como la facultad del Consejo de Estado de reemplazar al Congreso atentaba contra la esencia de la actividad judicial;³ así también esta reforma es incompatible con el principio de separación de poderes desde la perspectiva del modelo de control fiscal en Colombia. Y si en los casos descritos la Corte declaró inexecutable las reformas por socavar los pilares esenciales de nuestra Constitución, ¿qué decir cuando un solo órgano de control asume la competencia para advertir sobre la manera como se destinan los recursos públicos, hacer seguimiento al proceso de ejecución y al mismo tiempo juzgar esos actos de la administración?

Algunos dirán que para eso está el Congreso: para reformar la ley o si es necesario para reformar la Constitución; y razón no les falta. Pero para eso también está la Corte: para declarar inexecutable la ley cuando es contraria a la Constitución, o para declarar inexecutable una reforma que sustituye sus pilares esenciales. Y no es que la Corte invada la órbita del Legislador, porque nuestra Constitución, que se supone piedra angular de la comunidad política, ha sido reformada 45 veces en menos de 30 años y solo se han declarado inadmisibles algunas de esas reformas, casi todas de manera parcial. Lo que debe decirse es que cuando el Congreso excede sus competencias y pretende desplazar al Constituyente Primario al cambiar sus pilares fundamentales, entonces la intervención del Tribunal Constitucional resulta imprescindible: su misión es velar por la guarda y supremacía de la Constitución de 1991, y no de sus vestigios o de otra Constitución.

De esta manera, el nuevo Acto Legislativo es axiológicamente incompatible con los pilares esenciales existentes en Colombia desde la Carta Política de 1991, razón por la que los sustituye y debe ser declarado inexecutable.

II.- NORMAS DEMANDADAS

A continuación, transcribo los artículos 1° y 2° del Acto Legislativo 4 de 2019, de acuerdo con su publicación en el Diario Oficial número 51.080, y subrayo las expresiones demandadas:

“ACTO LEGISLATIVO 4 DE 2019

(Septiembre 18)

Por medio del cual se reforma el Régimen de Control Fiscal

El Congreso de Colombia

Decreta:

Artículo 1°. *El artículo 267 de la Constitución Política de Colombia quedará así:*

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-141 de 2010.

² Corte Constitucional, Sentencia C-285 de 2016.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-1040 de 2005.

“Artículo 267. La vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos. La ley reglamentará el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría general de la República será preferente en los términos que defina la ley.

*El control fiscal se ejercerá en forma posterior y selectiva, **y además podrá ser preventivo y concomitante**, según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público. **El control preventivo y concomitante no implicará coadministración y se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos, mediante el uso de tecnologías de la información, con la participación activa del control social y con la articulación del control interno. La ley regulará su ejercicio y los sistemas y principios aplicables para cada tipo de control.***

El control concomitante y preventivo tiene carácter excepcional, no vinculante, no implica coadministración, no versa sobre la conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos, se realizará en forma de advertencia al gestor fiscal y deberá estar incluido en un sistema general de advertencia público. El ejercicio y la coordinación del control concomitante y preventivo corresponde exclusivamente al Contralor General de la República en materias específicas.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el seguimiento permanente al recurso público, sin oponibilidad de reserva legal para el acceso a la información por parte de los órganos de control fiscal, y el control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad, el desarrollo sostenible y el cumplimiento del principio de valoración de costos ambientales. La Contraloría General de la República tendrá competencia prevalente para ejercer control sobre la gestión de cualquier entidad territorial, de conformidad con lo que reglamente la ley.

El control jurisdiccional de los fallos de responsabilidad fiscal gozará de etapas y términos procesales especiales con el objeto de garantizar la recuperación oportuna del recurso público. Su trámite no podrá ser superior a un año en la forma en que lo regule la ley.

La Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal. No tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización y al cumplimiento de su misión constitucional.

El Contralor será elegido por el Congreso en Pleno, por mayoría absoluta, en el primer mes de sus sesiones para un periodo igual al del Presidente de la República, de lista de elegibles conformada por convocatoria pública con base en lo dispuesto en el artículo 126 de la Constitución y no podrá ser reelegido ni continuar en ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo.

Solo el Congreso puede admitir la renuncia que presente el Contralor y proveer las faltas absolutas del cargo.

Para ser elegido Contralor General de la República se requiere ser colombiano de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanía; tener más de treinta y cinco años de edad; tener título universitario en ciencias jurídicas, humanas, económicas, financieras, administrativas o contables y experiencia profesional no menor a 5 años o como docente universitario por el mismo tiempo y acreditar las demás condiciones que exija la ley.

No podrá ser elegido Contralor General quien sea o haya sido miembro del Congreso, o se haya desempeñado como gestor fiscal del orden nacional, en el año inmediatamente anterior a la elección. Tampoco podrá ser elegido quien haya sido condenado a pena de prisión por delitos comunes.

En ningún caso podrán intervenir en la postulación o elección del Contralor personas que se hallen dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil o legal respecto de los candidatos.”

Artículo 2º. *El artículo 268 de la Constitución Política quedará así:*

“Artículo 268. *El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:*

- 1. Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse.*
- 2. Revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado.*
- 3. Llevar un registro de la deuda pública de la Nación y de las entidades descentralizadas territorialmente o por servicios.*
- 4. Exigir informes sobre su gestión fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes públicos.*
- 5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva, para lo cual tendrá prelación.*
- 6. Conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos del Estado.*
- 7. Presentar al Congreso de la República un informe anual sobre el estado de los recursos naturales y del ambiente.*
- 8. Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones fiscales, penales o disciplinarias contra quienes presuntamente hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. La Contraloría, bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y*

buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos fiscales, penales o disciplinarios.

9. *Presentar proyectos de ley relativos al régimen del control fiscal y a la organización y funcionamiento de la Contraloría General.*

10. *Proveer mediante concurso público los empleos de carrera de la entidad creados por ley. Esta determinará un régimen especial de carrera administrativa para la selección, promoción y retiro de los funcionarios de la Contraloría. Se prohíbe a quienes formen parte de las corporaciones que intervienen en la postulación y elección del Contralor, dar recomendaciones personales y políticas para empleos en ese ente de control.*

11. *Presentar informes al Congreso de la República y al Presidente de la República sobre el cumplimiento de sus funciones y certificación sobre la situación de las finanzas del Estado, de acuerdo con la ley.*

12. *Dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial; y dirigir e implementar, con apoyo de la Auditoría General de la República, el Sistema Nacional de Control Fiscal, para la unificación y estandarización de la vigilancia y control de la gestión fiscal.*

13. Advertir a los servidores públicos y particulares que administren recursos públicos de la existencia de un riesgo inminente en operaciones o procesos en ejecución, con el fin de prevenir la ocurrencia de un daño, a fin de que el gestor fiscal adopte las medidas que considere procedentes para evitar que se materialice o se extienda, y ejercer control sobre los hechos así identificados.

14. *Intervenir en los casos excepcionales previstos por la ley en las funciones de vigilancia y control de competencia de las Contralorías Territoriales. Dicha intervención podrá ser solicitada por el gobernante local, la corporación de elección popular del respectivo ente territorial, una comisión permanente del Congreso de la República, la ciudadanía mediante cualquiera de los mecanismos de participación ciudadana, la propia contraloría territorial o las demás que defina la ley.*

15. *Presentar a la Cámara de Representantes la Cuenta General del Presupuesto y del Tesoro y certificar el balance de la Hacienda presentado al Congreso por el Contador General de la Nación.*

16. *Ejercer, directamente o a través de los servidores públicos de la entidad, las funciones de policía judicial que se requieran en ejercicio de la vigilancia y control fiscal **en todas sus modalidades**. La ley reglamentará la materia.*

17. *Imponer sanciones desde multa hasta suspensión a quienes omitan la obligación de suministrar información o impidan u obstaculicen el ejercicio de la vigilancia y control fiscal, o incumplan las obligaciones fiscales previstas en la ley. Así mismo a los representantes de las entidades que, con dolo o culpa grave, no obtengan el fenecimiento de las cuentas o concepto o calificación favorable en los procedimientos equivalentes para aquellas entidades no obligadas a rendir cuenta, durante dos (2) períodos fiscales consecutivos.*

18. Las demás que señale la ley.

Parágrafo transitorio. *La asignación básica mensual de los servidores de la Contraloría General de la República y su planta transitoria será equiparada a los de los empleos equivalentes de otros organismos de control de nivel nacional. Para la correcta implementación del presente acto legislativo, y el fortalecimiento del control fiscal, la ley determinará la creación del régimen de carrera especial de los servidores de las contralorías territoriales, la ampliación de la planta de personal, la incorporación de los servidores de la planta transitoria sin solución de continuidad y la modificación de la estructura orgánica y funcional de la Contraloría General de la República, garantizando la estabilidad laboral de los servidores inscritos en carrera pertenecientes a esa entidad y a contralorías territoriales intervenidas. Exclusivamente para los efectos del presente parágrafo y el desarrollo de este acto legislativo, otórguense precisas facultades extraordinarias por el término de seis meses al Presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley.*

Así mismo, el Congreso de la República expedirá, con criterios unificados, las leyes que garanticen la autonomía presupuestal y la sostenibilidad financiera y administrativa de los organismos de control fiscal territoriales y unas apropiaciones progresivas que incrementarán el presupuesto de la Contraloría General de la República durante las siguientes tres vigencias en 250.000, 250.000 y 136.000 millones de pesos respectivamente, las cuales serán incorporadas en los proyectos de ley de presupuesto anual presentados por el Gobierno Nacional, incluso aquellos que ya cursen su trámite en el Congreso de la República. Dichas apropiaciones no serán tenidas en cuenta al momento de decretar aplazamientos del Presupuesto General de la Nación.

En los siguientes cuatrienios dichas apropiaciones estarán de acuerdo con el marco fiscal de mediano plazo.”

III.- NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS – PILARES ESENCIALES SUSTITUIDOS

Las normas demandadas sustituyen los pilares esenciales de separación de poderes (artículos 1, 5, 113 y 121 de la Constitución Política) y del control fiscal posterior y selectivo (artículos 119 y 267 de la Constitución Política). Con ello el Congreso de la República excedió su competencia para reformar la Constitución y reemplazó de manera ilegítima al Constituyente Primario (artículo 374).

IV.- ASUNTOS PROCESALES PREVIOS

Antes proceder con el análisis sobre la falta de competencia del Congreso de la República para sustituir, mediante su poder de enmienda constitucional, los pilares esenciales de separación de poderes y de control fiscal posterior y selectivo, me permito hacer una reseña introductoria sobre (A) los requisitos generales de los cargos en las demandas de inconstitucionalidad y (B) los requisitos especiales de

esos cargos en demandas contra actos reformatorios de la Constitución por vicios de competencia o sustitución.

A.- Los requisitos generales de los cargos en las demandas de inconstitucionalidad.

En virtud del artículo 40.6 de la Carta Política, todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Una de las manifestaciones centrales de este derecho es la posibilidad de interponer acciones públicas en defensa de la Constitución. En razón de lo anterior, la acción de inconstitucionalidad ha sido caracterizada como *“una herramienta de naturaleza pública e informal, que abandona los excesivos formalismos técnicos o rigorismos procesales para beneficiar a la ciudadanía y el interés general”*.⁴ El principio *pro actione* privilegia entonces el control constitucional por sobre rigorismos procedimentales o formas sacramentales de presentar los argumentos.⁵

Este derecho, sin embargo, debe ponderarse con el deber que tiene la Corte Constitucional de pronunciarse atendiendo razones jurídicas aptas y suficientemente sustentadas por los ciudadanos (art. 241 superior).⁶ Por ello, la jurisprudencia ha establecido un conjunto de requisitos mínimos que todo ciudadano debe satisfacer al momento de sustentar *“las razones de la violación”* de una norma que, desde la sentencia C-1052 de 2001, se sistematizan en el deber de exponer razones *claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes*:

“La claridad de la demanda es un requisito indispensable para establecer la conducencia del concepto de la violación, pues aunque ‘el carácter popular de la acción de inconstitucionalidad, por regla general, releva al ciudadano que la ejerce de hacer una exposición erudita y técnica sobre las razones de oposición entre la norma que acusa y el Estatuto Fundamental’, no lo excusa del deber de seguir un hilo conductor en la argumentación que permita al lector comprender el contenido de su demanda y las justificaciones en las que se basa.

Adicionalmente, las razones que respaldan los cargos de inconstitucionalidad sean ciertas significa que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente ‘y no simplemente sobre una deducida por el actor, o implícita’ e incluso sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda. Así, el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad supone la confrontación del texto constitucional con una norma legal que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto; esa técnica de control difiere, entonces, de aquella otra encaminada a establecer proposiciones inexistentes, que no han sido suministradas por el legislador, para pretender deducir la inconstitucionalidad de las mismas cuando del texto normativo no se desprenden’.

De otra parte, las razones son específicas si definen con claridad la manera como la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta Política a través ‘de la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto contra la norma demandada’. El juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-333 de 2017. M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo.

⁵ De acuerdo con el principio *pro actione*, *“el examen de los requisitos adjetivos de la demanda no debe ser sometido a un riguroso escrutinio y se debe preferir una decisión de fondo antes que una inhibitoria, de manera que se privilegie la efectividad de los derechos de participación ciudadana y de acceso al recurso judicial efectivo ante esta Corte”*. Al respecto ver las sentencias C-069 de 2009, C-508 de 2008, C-451 de 2005, C-040 de 2005, C-480 de 2003 y C-1052 de 2001.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-146 de 2017 M.P. Iván Humberto Escrucería.

Constitución Política, resultando inadmisibile que se deba resolver sobre su inexequibilidad a partir de argumentos 'vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales' que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan. Sin duda, esta omisión de concretar la acusación impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad.

*La **pertinencia** también es un elemento esencial de las razones que se exponen en la demanda de inconstitucionalidad. Esto quiere decir que el reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional, es decir, fundado en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado. En este orden de ideas, son inaceptables los argumentos que se formulan a partir de consideraciones puramente legales y doctrinarias, o aquellos otros que se limitan a expresar puntos de vista subjetivos en los que 'el demandante en realidad no está acusando el contenido de la norma sino que está utilizando la acción pública para resolver un problema particular, como podría ser la indebida aplicación de la disposición en un caso específico'; tampoco prosperarán las acusaciones que fundan el reparo contra la norma demandada en un análisis de conveniencia, calificándola 'de inocua, innecesaria, o reiterativa' a partir de una valoración parcial de sus efectos.*

*Finalmente, la **suficiencia** que se predica de las razones de la demanda de inconstitucionalidad guarda relación, en primer lugar, con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche; así, por ejemplo, cuando se estime que el trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado ha sido quebrantado, se tendrá que referir de qué procedimiento se trata y en qué consistió su vulneración (artículo 2 numeral 4 del Decreto 2067 de 1991), circunstancia que supone una referencia mínima a los hechos que ilustre a la Corte sobre la fundamentación de tales asertos, así no se aporten todas las pruebas y éstas sean tan sólo pedidas por el demandante. Por otra parte, la suficiencia del razonamiento apela directamente al alcance persuasivo de la demanda, esto es, a la presentación de argumentos que, aunque no logren prime facie convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, si despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional".⁷*

El cumplimiento de estos requisitos permite a la Corte revisar de fondo la base de cargos debidamente formulados y delimitados por los ciudadanos. Además, garantiza que el control de constitucionalidad se ejerza de manera responsable, teniendo en cuenta que lo que se encuentra en debate es la posibilidad de expulsar una norma del ordenamiento jurídico con las consecuencias que ello implica.

B.- Los requisitos especiales de los cargos en demandas por vicios de competencia o sustitución

Los requisitos generales que ha decantado la Corte para las demandas de inconstitucionalidad también son aplicables cuando se trata de impugnar actos reformativos de la Constitución y se invocan vicios derivados de falta de competencia del Congreso para sustituir pilares esenciales de la Constitución,

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-1052 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Reiterada en muchas otras sentencias, como las siguientes C-468 de 2016, C-726 de 2015, C-931 de 2014, C-612 de 2013, C-533 de 2012, C-456 de 2012, C-198 de 2012, C-101 de 2011, C-029 de 2011, C-028 de 2011, C-102 de 2010, C-025 de 2010, C-372 de 2009, C-1087 de 2008, C-293 de 2008, C-922 de 2007, C-370 de 2006, C-1197 de 2005, C-1123 de 2004, C-901 de 2003, C-889 de 2002, C-183 de 2002 y C-1256 de 2001.

aunque en estos casos es preciso atender ciertos parámetros especiales. La compilación de los requerimientos exigidos a estas demandas se condensa en la sentencia C-053 del 2016⁸:

“12. Las condiciones que debe satisfacer un ciudadano al formular un cargo de inconstitucionalidad fundado en la ocurrencia de vicio de competencia en la aprobación de una reforma constitucional por parte del Congreso, son las siguientes:

a) El planteamiento debe ser claro de manera que la ilación de ideas permita entender cuál es el sentido de la acusación en contra del acto reformatorio. Se trata simplemente de que la Corte pueda “conocer”, comprendiéndolas, las razones en las que se funda el desacuerdo respecto de la decisión del Congreso.

b) El cuestionamiento requiere ser cierto y, en esa medida, el acto reformatorio de la Constitución debe existir jurídicamente y encontrarse vigente. Adicionalmente, los contenidos que se le atribuyen deben derivarse de su texto. No puede fundarse su argumentación en la suposición de normas, en interpretaciones conjeturales del acto reformatorio o en premisas relativas evidentemente falsas o inconsecuentes.

c) El razonamiento debe ser pertinente y, en consecuencia, debe tratarse de un verdadero cargo que ponga de presente la infracción de las normas constitucionales relacionadas con la competencia del Congreso de la República para reformar la Carta. Son impertinentes aquellos argumentos fundados en la inconveniencia política de la reforma o en los problemas prácticos que puede suponer su aplicación, a menos que de estos últimos puedan desprenderse consecuencias de naturaleza constitucional. También carecen de pertinencia aquellas impugnaciones fundadas en la intangibilidad de normas constitucionales o en la violación de sus contenidos materiales.

d) Como condición de suficiencia del cargo, los demandantes deben esforzarse por presentar de manera específica las razones por las cuales la aprobación del acto reformatorio de la Constitución por parte del Congreso, desconoce las normas que le atribuyen su competencia. El esfuerzo de los ciudadanos debe, en consecuencia, contener explicaciones que den respuesta a la siguiente pregunta:

¿Por qué el acto legislativo impugnado constituye no solo una reforma de la Carta sino, en realidad, una sustitución de la misma?

Con tal objetivo la argumentación debe reposar, en principio, en las líneas metodológicas del juicio de sustitución sin que ello implique –destaca la Corte– un deber de desarrollarlo con el mismo grado de profundidad que le corresponde a este Tribunal. Así las cosas, la demanda deberá (i) mostrar el eje definitorio de la Constitución presuntamente reemplazado por el Congreso, requiriéndose para ello su enunciación y la indicación de los referentes constitucionales a partir de los cuales se desprende. Estima la Corte que de encontrarse reconocido en la jurisprudencia, bastará que los demandantes lo invoquen e indiquen el precedente respectivo. A continuación y en una tarea fundamentalmente descriptiva es necesario (ii) exponer de qué manera el acto legislativo impacta el eje definitorio, a fin de identificar, al menos prima facie, las diferencias entre el régimen anterior y el nuevo. Finalmente se requiere (iii) explicar por qué las modificaciones introducidas por la reforma pueden considerarse una transformación en la identidad de la Constitución de manera que ella, después de la reforma, es otra completamente distinta.” (Subrayado fuera de texto).

⁸ En esta sentencia, la Corte Constitucional estudió varias demandas en contra del Acto Legislativo 2 de 2015, por sustitución del principio de separación de poderes. Luego de hacer un recuento de los requisitos exigidos a los cargos por sustitución, y de haber analizado los presentados en la demanda, el Alto Tribunal decidió declararse inhibido para emitir un pronunciamiento de fondo.

Sin embargo, la Corte advierte que la trascendencia de una demanda por sustitución contra un Acto Legislativo no supone un incremento en las cargas ciudadanas para interponerla. Allí hace especial énfasis en que la prueba de que un principio es definitorio o esencial dentro de la Constitución recae en el juez y no tanto en el actor:

“13. La especialidad de los cargos cuando se pretende la inexecutable de un acto reformativo de la Carta por vicios competenciales, no puede traducirse en un incremento extraordinario de las condiciones para ejercer la acción pública. Tal conclusión se fundamenta, de una parte, en que a todas las demandas de inconstitucionalidad les son aplicables las reglas previstas en el Decreto 2067 de 1991 y, de otra, que la Corte ha reconocido que la doctrina judicial de los límites competenciales al poder de reforma, se encuentra en proceso de elaboración. Así, el examen judicial por sustitución supone identificar un eje definitorio que no se desprende directamente de una disposición de la Carta sino que exige una interpretación constitucional sistemática.

(...)

En atención a esas dificultades teóricas, imponer al ciudadano una obligación de argumentación exhaustiva sobre la existencia del eje o una demostración concluyente del carácter irreconocible de la Constitución después de la reforma, desconoce el carácter público de la acción. En esa dirección, la Corte ha reconocido que es a ella a la que le corresponde asumir la carga argumentativa necesaria para adelantar el juicio, lo que es consistente con su función de intérprete autorizado de la Constitución. (Subrayado fuera de texto).

Ahora bien, en cuanto a la metodología para llevar a cabo el juicio de sustitución, la jurisprudencia ha señalado que el demandante debe formular sus acusaciones de manera que identifique la premisa mayor, la premisa menor y, finalmente, las compare para evidenciar si se reemplazó un elemento esencial de la Constitución. La sentencia C-970 del 2004 define cada uno de los tres pasos del juicio de sustitución:

“Habiendo acotado el ámbito de la sustitución como reemplazo total o parcial de la Constitución, es preciso señalar la metodología que debe aplicar la Corte para abordar el examen de un acto reformativo de la Constitución cuando se haya planteado un cargo por sustitución de la Constitución.

Reitera la Corte que no se trata, en tales eventos, de un examen de fondo en torno al contenido del acto reformativo de la Constitución, sino de un juicio sobre la competencia del órgano encargado de adelantar la reforma. Se trata de un juicio autónomo en el ámbito de la competencia. Si el órgano que expidió la reforma era competente para hacerlo, nos encontraríamos frente a una verdadera reforma constitucional, susceptible de control sólo en relación con los vicios en el trámite de formación del correspondiente acto reformativo. Si, por el contrario, hay un vicio de competencia, quiere decir que el órgano respectivo, por la vía del procedimiento de reforma, habría acometido una sustitución de la Constitución, para lo cual carecía de competencia, y su actuación habría de ser invalidada.

4.1. Como premisa mayor en el anterior análisis, es necesario enunciar aquellos aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que se supone han sido sustituidos por el acto reformativo. Ello permite a la Corte establecer los parámetros normativos aplicables al examen de constitucionalidad del acto acusado.

Se trata de un enunciado específico, que no se limita a plantear los aspectos que de manera general tiene una determinada institución en el constitucionalismo contemporáneo, sino la manera particular como un elemento definitorio ha sido configurado en la Constitución colombiana y que, por consiguiente, hace parte de su identidad.

4.2. *Procede luego el examen del acto acusado, para establecer cual es su alcance jurídico, en relación con los elementos definitorios identificadores de la Constitución, a partir de las cuales se han aislado los parámetros normativos del control.*

4.3. *Al contrastar las anteriores premisas con el criterio de juzgamiento que se ha señalado por la Corte, esto es, la verificación de si la reforma reemplaza un elemento definitorio identificador de la Constitución por otro integralmente diferente, será posible determinar si se ha incurrido o no en un vicio de competencia.* (Subrayado fuera de texto).

De la cita previa se observa que la premisa mayor corresponde a demostrar la existencia de un pilar esencial de la Constitución con base en el cual se hará el examen de constitucionalidad del acto acusado. La premisa menor es aquella que establece el alcance jurídico del acto de reforma impugnado. Finalmente, el juicio de sustitución concluye con la síntesis del silogismo, en donde se contrasta la premisa menor con la premisa mayor para determinar si la primera reemplaza –íntegra o parcialmente- el pilar esencial de la Constitución identificado en la premisa mayor.

Con base en lo anterior, el desarrollo del cargo (único) de inexequibilidad se hará siguiendo la metodología que la Corte utiliza para los juicios de sustitución,⁹ es decir: (i) la identificación de los pilares constitucionales que sirven como estándar del juicio y la explicación de por qué son esenciales (premisas mayores); (ii) el señalamiento del contenido normativo objeto de análisis (premisas menores) y (iii) el test de sustitución en sí o síntesis del juicio de sustitución.

Como se explica más adelante, la formulación del cargo por sustitución de la Constitución satisface los requisitos generales y especiales de esta clase de demandas, de acuerdo con las pautas metodológicas fijadas en la jurisprudencia.

V.- CARGO ÚNICO DE INEXEQUIBILIDAD: EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA EXCEDIÓ SU COMPETENCIA PARA REFORMAR LA CONSTITUCIÓN, PORQUE EL CONTROL FISCAL PREVENTIVO Y CONCOMITANTE ADOPTADO EN EL ACTO LEGISLATIVO 4 DE 2019 SUSTITUYE LOS PILARES ESENCIALES DE SEPARACIÓN DE PODERES Y CONTROL FISCAL POSTERIOR Y SELECTIVO

La reforma al modelo de control fiscal adoptada mediante el Acto Legislativo 4 de 2019 sustituye los pilares esenciales de la Constitución de separación de poderes y el control fiscal posterior y selectivo como manifestación del primero.

El Constituyente primario de 1991, deliberada y conscientemente, eliminó todas las modalidades de control fiscal previo existentes durante la vigencia de la Constitución de 1886 porque implicaron una coadministración por parte de la Contraloría, que incrementó los actos de corrupción y afectaron el desempeño del servicio estatal, lo que resultaba en su injerencia indebida en asuntos propios de la Administración Pública.

⁹ Además de la sentencia C-970 del 2004, la Corte Constitucional ha utilizado esta metodología de manera reiterada en fallos posteriores donde realizó control de Actos Legislativos por sustitución de la Constitución, tales como las sentencias C-971 del 2004, C-1040 del 2005, C-141 del 2010, C-053 del 2016 y C-699 del 2016, entre otras decisiones.

La Asamblea Nacional Constituyente decidió que la fiscalización a la gestión de la Administración por parte de la Contraloría General de la República tenía que ser exclusivamente posterior y selectiva (artículos 119 y 267 de la Carta Política). Sobre este pilar se fundamenta todo el modelo de control fiscal y el entramado institucional y orgánico desarrollado en la Constitución de 1991, los cuales son axiológicamente incompatibles con el modelo de control fiscal preventivo y concomitante introducido por el Acto Legislativo 4 de 2019, según se explica a continuación.

1.- Premisa mayor: La separación de poderes y el control fiscal posterior y selectivo como pilares esenciales de la Constitución Política de 1991.

En este acápite explicaré por qué la separación de poderes y el control fiscal posterior y selectivo son pilares esenciales de la Constitución Política de 1991, definidos así por la Asamblea Nacional Constituyente y plasmados en el texto final de manera consciente y deliberada. La eliminación del control previo en 1991 hizo parte de un conjunto de estrategias institucionales cuidadosamente diseñadas para garantizar un funcionamiento óptimo del Estado, en el que existen otras herramientas potenciadas por el Constituyente como el control interno y la participación ciudadana.

a.- La separación de poderes como pilar esencial de la Constitución Política de 1991.

La separación de poderes se constituyó como pilar esencial de los Estados de Derecho nacidos en el siglo XVIII. La necesidad de que los poderes públicos no estuvieran concentrados en una sola persona o colectividad conllevó a que se buscaran mecanismos que permitieran la independencia y autonomía de cada uno de ellos, sin que esa situación implicara una desarmonía en el actuar estatal ni la imposibilidad de ejercer controles recíprocos entre las ramas de poder (sistema de frenos y contra pesos y colaboración armónica).

En la teoría clásica encontramos varios autores que ilustran el principio de separación de poderes. Por ejemplo, el capítulo XII del Segundo Tratado sobre Gobierno Civil escrito por John Locke, refiere la existencia de dos poderes que residen en personas distintas y tienen funciones diferentes: el Legislativo y el Ejecutivo.¹⁰ A su turno, en “El Espíritu de las Leyes”, Montesquieu anota que hay tres poderes distintos en los Estados y describe sus funciones:

“En cada estado hay tres clases de poderes el legislativo, el ejecutivo de las cosas pertenecientes al derecho de gentes y el ejecutivo de las que pertenecen al civil. Por el primero el príncipe o el magistrado hace las leyes para cierto tiempo para siempre, y corrige o deroga las que están hechas. Por el segundo hace la paz la guerra, envía recibe o embajadores, establece la seguridad previene y las invasiones, y por el tercero castiga los crímenes decide las contiendas de los particulares. Este último se llamará poder judicial el otro simple mente poder ejecutivo del Estado.”¹¹

La visión clásica de la separación de poderes fue posteriormente complementada con el sistema de frenos y contrapesos, que encuentra su primera expresión en la

¹⁰ John Locke, “Capítulo XII. Los poderes legislativo, ejecutivo y federativo del Estado”, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, párr. 143 a 148.

¹¹ Montesquieu, “Capítulo VI, Libro XI, De las leyes que forman la libertad política según sus relaciones con la Constitución”, *El Espíritu de las Leyes*, pág. 189.

Constitución de Estados Unidos de América. Algunos de los fundamentos de este sistema fueron esbozados por Madison en “El Federalista”:

“¿A qué expediente recurriremos entonces para mantener en la práctica la división necesaria del poder entre los diferentes departamentos, tal como la estatuye la Constitución? La única respuesta que puede darse es que como todas las precauciones de carácter externo han resultado inadecuadas, el defecto debe suplirse ideando la estructura interior del gobierno de tal modo que sean sus distintas partes constituyentes, por sus relaciones mutuas, los medios de conservarse unas a otras en su sitio. Sin que ello tenga la presunción de emprender una exposición completa de esta importante idea, arriesgaré unas cuantas observaciones generales, que quizás la hagan más clara y nos capaciten para formarnos un juicio más seguro sobre los principios y la estructura del gobierno proyectado por la convención.

Con el fin de fundar sobre una base apropiada el ejercicio separado y distinto de los diferentes poderes gubernamentales, que hasta cierto punto se reconoce por todos los sectores como esencial para la conservación de la libertad, es evidente que cada departamento debe tener voluntad propia y, consiguientemente, estar constituido en forma tal que los miembros de cada uno tengan la menor participación posible en el nombramiento de los miembros de los demás. Si este principio se siguiera rigurosamente, requeriría que todos los nombramientos para las magistraturas supremas, del ejecutivo, el legislativo y el judicial, procediesen del mismo origen, o sea del pueblo, por conductos que fueran absolutamente independientes entre sí. Quizá este sistema de constituir los diversos departamentos resultase en la práctica menos difícil de lo que parece al imaginárselo. Como quiera que sea, algunas complicaciones y gastos suplementarios serían consecuencia de que se llevase a efecto, por lo cual hay que admitir ciertas variaciones respecto del principio. Especialmente por lo que hace a la integración del departamento judicial puede ser inoportuno insistir rigurosamente en dicho principio: primero, porque siendo indispensable que sus miembros reúnan condiciones peculiares, la consideración esencial debe consistir en escoger el sistema de elección que mejor garantice que se logran estos requisitos; segundo, porque la tenencia permanente de los cargos que existe en ese departamento debe hacer desaparecer bien pronto toda sensación de dependencia respecto de la autoridad que los confiere.

Es igualmente evidente que los miembros de cada departamento deberían depender lo menos posible de los otros por lo que respecta a los emolumentos anexos a sus empleos. Si el magistrado ejecutivo y los jueces no fueran independientes de la legislatura en este punto, su independencia en todos los demás sería puramente nominal.

Pero la mayor seguridad contra la concentración gradual de los diversos poderes en un solo departamento reside en dotar a los que administran cada departamento de los medios constitucionales y los móviles personales necesarios para resistir las invasiones de los demás. Las medidas de defensa, en este caso como en todos, deben ser proporcionadas al riesgo que se corre con el ataque. La ambición debe ponerse en juego para contrarrestar a la ambición. El interés humano debe entrelazarse con los derechos constitucionales del puesto.”¹²

Fue bajo el sistema clásico, aunado con el de frenos y contrapesos, que se concibieron y estructuraron las constituciones de los Estados modernos, lo que también sirvió de fundamento para las constituciones colombianas, desde la primera hasta la actual.

¹² Alexander Hamilton, *El Federalista* (Nueva York), número 51.

La separación de poderes no es solo un pilar esencial de la Constitución actual, sino que es inescindible de la esencia y estructura misma del Estado (colombiano) desde su formación. Este principio, además, ya no es visto únicamente como parte de una forma de organización de los poderes públicos, sino también como una garantía a favor de los ciudadanos, pues impide un actuar estatal desproporcionado sobre ellos.

El diseño constitucional de 1991 no fue ajeno a la separación de poderes. Su inclusión como pilar esencial de la Constitución fue ampliamente discutida por la Asamblea Nacional Constituyente, como se evidencia en las Gacetas Constitucionales 24, 27, 78, 105 y 121, entre otras. Aunque este principio se halla inmerso en diversos apartados de la Constitución Política, el artículo 113 contempla específicamente la división funcional de los poderes públicos en Colombia y reconoce la existencia de otros órganos independientes:

“ARTICULO 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

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

Los artículos posteriores describen los poderes públicos del Estado colombiano, sus funciones y también hace mención de los órganos autónomos e independientes, como la Contraloría General de la República. Finalizada esta descripción, la Constitución Política sentencia que las entidades del Estado solo pueden ejercer las funciones que la Constitución y la ley les atribuyen expresamente:

“ARTICULO 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.”

Así, el pilar de la separación de poderes implica necesariamente que ni las ramas de poder público, ni los órganos independientes del Estado, ejerciten las competencias de los demás entes públicos o interfieran en ellas.

La Corte Constitucional se ha pronunciado en varias sentencias sobre el principio de separación de poderes, determinando su alcance y resaltando su carácter de pilar definitorio de la Constitución. Así lo hizo en la Sentencia C-1040 de 2005, cuando declaró inexecutable, por sustitución de dicho pilar, la norma que permitía al Consejo de Estado expedir una norma con fuerza de ley en caso de que el Congreso no lo hiciera oportunamente. Dijo entonces:

“En efecto, la norma crea un poder legislativo transitorio carente de controles efectivos que lo sujeten a la Constitución. Con esta norma se reemplaza temporalmente al Congreso de la República y, además, se elude o torna inocuo el control constitucional que debe ejercer la Corte Constitucional sobre las normas estatutarias que regulen los derechos políticos de los ciudadanos, la financiación de las campañas, la participación en política de los funcionarios públicos, la igualdad en la contienda electoral, entre otros asuntos. Dicho poder legislativo fue atribuido a un órgano de la rama judicial, que no es elegido por el pueblo de manera directa o indirecta, que no es representativo de la sociedad y que habrá de expedir las normas legales sin participación de los ciudadanos obligados y afectados, sin sujetarse a un procedimiento legislativo predefinido y público, y sin control parlamentario, ni judicial de constitucionalidad, que actúen de manera oportuna antes de las elecciones de 2006.

Para la Corte, la norma de la reforma anteriormente citada, al establecer un poder legislativo carente de controles, y sin origen, composición y funcionamiento democráticos, con la facultad de definir los derechos fundamentales determinantes para la distribución del poder público, le introduce a la Constitución un elemento que es integralmente diferente a los que definen la identidad de la Carta adoptada por la Asamblea Constituyente en representación del pueblo soberano en 1991. En efecto, un poder legislativo de esas características es integralmente diferente a un legislador sometido a la Constitución, elegido por el pueblo y representativo del pluralismo social y político, que se limita a legislar sin luego aplicar él mismo en controversias concretas las normas por él expedidas, y sometido a un sistema de frenos y contrapesos oportunos para evitar o invalidar la restricción arbitraria de los derechos constitucionales fundamentales de todos los colombianos. Además, para ejercer su competencia como legislador, el Consejo de Estado tendría que definir previamente si expide normas orgánicas que regulen su función de legislador, o si desplegará su actividad legislativa a su arbitrio, decisión de carácter igualmente legislativo que tampoco estará sometida a controles efectivos de ningún tipo.

Por consiguiente, esa atribución al Consejo de Estado supone una sustitución parcial y temporal de la Constitución consistente en que durante el tiempo en que dicho legislador extraordinario adopte a su arbitrio las normas obligatorias para todos los ciudadanos, la Constitución dejará de ser suprema. Las eventuales decisiones puntuales en casos concretos que quizás pueda llegar a adoptar algún juez, por vía de la acción de tutela o de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, representan posibilidades remotas y en cualquier caso son manifiestamente inocuas frente al hecho de que las elecciones presidenciales se habrán de realizar bajo la égida de las determinaciones que adopte el legislador extraordinario y temporalmente supremo. Entonces la supremacía de la Constitución, expresión máxima de la soberanía inalienable del pueblo, es reemplazada por algo integralmente diferente, o sea, por la soberanía transitoria del legislador extraordinario sin origen, composición o funcionamiento democráticos”.

De la misma forma, en la sentencia C-970 del 2004 puntualizó¹³:

“La separación funcional del poder del Estado en distintas ramas y órganos tiene como objetivo primordial garantizar la libertad de los asociados, al mismo tiempo que se racionaliza el ejercicio de dicho poder para el desarrollo eficiente de las diversas finalidades constitucionales encomendadas al Estado. En efecto, la separación funcional permite, por una parte, limitar el alcance del poder que ejerce cada órgano y, por ende, restringir su indebida injerencia sobre la actividad de los asociados, garantizando el goce efectivo de una mayor libertad y, por otra, asegurar que los diversos órganos desarrollen un mayor grado de especialización institucional, y le den un manejo más técnico a sus funciones.

Para desarrollar equilibradamente todos los preceptos constitucionales, sin que la actividad de unos órganos termine anulando la de los demás, los Estados modernos han articulado sus instituciones de diferentes maneras. En efecto, aún cuando la separación funcional del poder fue un instrumento adoptado por diversos Estados en su paso a la modernidad, se armonizó de modo diferente en cada uno de ellos, en esencia, como reacción a situaciones preexistentes de poder, las cuales, en mayor o menor medida, diferían entre un Estado y otro.

Estas diferencias en las situaciones preexistentes de poder llevaron a que la separación adquiriera formas distintas que, sin embargo, han ido convergiendo con el transcurso

¹³ La Corte Constitucional estudió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4 transitorio del Acto Legislativo 3 de 2002, el cual había sido reprochado por sustituir el principio de separación de poderes.

de la historia. A pesar de esta convergencia reciente, pueden identificarse dos modelos arquetípicos de separación de poderes, a saber:

El primero de estos modelos prohija una delimitación funcional rigurosa, como medio para restringir el poder. Asume que una definición precisa y balanceada en la cual cada órgano cumple un papel diferente, es una condición suficiente para mantener a dichos órganos del poder dentro de sus límites constitucionales. Por lo tanto, la separación funcional rígida es la estrategia que permite asegurar las libertades de los ciudadanos. Este modelo parte de la premisa según la cual, el equilibrio de los poderes es una consecuencia natural de la autonomía de órganos con funciones legalmente bien delimitadas. De resto, el control que ejerce un órgano sobre otro en relación con el cumplimiento de sus propias funciones, es básicamente un control político, que se da de manera tanto espontánea como ocasional, y sólo frente a casos extremos.

Este modelo se implantó de manera bastante difusa en diversos contextos históricos, y en su expresión original tiene hoy muy poca aceptación teórica y práctica. Tal como se puso de presente por León Duguit, la rigidez en la separación funcional se convirtió históricamente en el camino hacia la arbitrariedad y el abuso de poder, como manifestaciones contrarias a los postulados de libertad y de protección a las garantías fundamentales alrededor de un régimen democrático de gobierno.

De acuerdo con el segundo modelo, la delimitación rígida de las funciones constitucionales, es insuficiente para garantizar el cumplimiento de los cometidos estatales e impedir el ejercicio arbitrario del poder. Desde dicha perspectiva, este modelo le otorga un papel preponderante al control y a las fiscalizaciones interorgánicas recíprocas, como reguladores constantes del balance entre los poderes públicos (Sistema de checks and balances).

El modelo constitucional de frenos y contrapesos no presupone el equilibrio entre los órganos que detentan las funciones clásicas del poder público como consecuencia espontánea de una adecuada delimitación funcional. Por el contrario, el balance de poderes es un resultado que se realiza y reafirma continuamente, y que no puede relegarse a un control político contingente, eventual o accidental, cuyo resultado natural y obvio tiende a ser la reafirmación del poder en los órganos, autoridades o funcionarios que se estiman política y popularmente más fuertes.

En todo caso, el principio de separación de poderes, mantiene como elemento definitorio, la identificación de las distintas funciones del Estado que, en el nivel supremo de su estructura, habrán de asignarse a órganos separados y autónomos. (Subrayado fuera de texto).

Posteriormente, en la sentencia C-141 del 2010, la Corte Constitucional indicó que en virtud del principio de separación de poderes los entes del Estado colaboran armónicamente entre sí para el cumplimiento de diferentes funciones. Sin embargo, advirtió que esta colaboración no podía implicar invadir las competencias confiadas a alguno de ellos¹⁴:

“El principio de separación de poderes tiene, entre otros aspectos, una connotación organizativa, pues no responde a la definición de la titularidad de la soberanía, sino a la manera como, desde la Constitución adoptada por el soberano, se ordena el ejercicio de la soberanía por distintos agentes y con determinadas finalidades. En este orden de ideas, la distinción entre la rama legislativa, encargada de la producción del Derecho; la rama ejecutiva, responsable de cumplir la función administrativa y la rama judicial,

¹⁴ La Corte Constitucional adelantó el proceso de revisión de la ley 1354 de 2009, por medio de la cual se convocaba a un referendo para permitir un tercer periodo consecutivo para el Presidente de la República. La Corte declaró inexecutable la norma, entre otras razones, por sustituir los principios democrático y de separación de poderes.

autorizada para resolver conflictos mediante la aplicación del Derecho; responde a un propósito básico de racionalización del poder que no sólo pretende el cumplimiento eficaz de los cometidos públicos, derivado del hecho de radicar tareas en distintos órganos y de procurar su recíproca armonía, sino que, ante todo, busca afianzar la moderación en el ejercicio del poder.

Esa moderación es el resultado de la división del poder en distintas funciones y de la asignación de las variadas competencias, surgidas de esa división funcional, a diferentes órganos, pues, de ese modo, ninguno de los depositarios de las diversas atribuciones podrá ejercer la totalidad del poder ni atraer hacia sí las funciones encomendadas a las otras ramas del poder público, lo que evita, tanto la concentración, como el riesgo de arbitrariedad inherente a ella y, simultáneamente, estimula un ejercicio del poder limitado a las competencias de cada órgano y sometido a controles recíprocos orientados a prevenir y sancionar los eventuales desbordamientos.

Así pues, la colaboración en el cumplimiento de las diferentes funciones, que también hace parte de la doctrina de la separación de los poderes constitucionalmente prohijada, en ningún caso puede equivaler a la invasión del ámbito competencial confiado a alguno de ellos, ni significar desplazamiento, subordinación o reducción de un órgano a la condición de simple instrumento de los designios de otro, ya que, mediante la separación, se persigue “impedir la concentración del poder en manos de una misma persona”, motivo por el cual “a la división organizativa-funcional de poderes se suma la exigencia de que una y la misma persona no ocupe cargos, en unión personal, dentro del ámbito de poderes distintos”.

De la separación de poderes se desprende, entonces, el ejercicio de un poder limitado, así como susceptible de control y organizado en distintas instancias encargadas de diferentes funciones, con la finalidad esencial de asegurar la libertad de las personas frente al Estado, dentro de un marco de democracia participativa y pluralista.”

Igualmente, en la sentencia C-285 del 2016 la Corte indicó que la esencia del principio de separación de poderes radica en la garantía de la independencia y autonomía de los órganos con funciones constitucionales esenciales¹⁵:

“El principio de separación de poderes exige la independencia y la autonomía de los órganos a los que la Constitución atribuye las funciones esenciales del Estado, entendiéndolo por independencia la ausencia de injerencias externas en el desarrollo de los cometidos constitucionales del respectivo órgano, y por autonomía, el otorgamiento, a cada uno de tales órganos, de la capacidad para desenvolverse y desplegar sus actividades por sí mismos, y para autogobernarse. De hecho, la separación de poderes, como instrumento de limitación del poder y como garantía institucional de las libertades y de la eficacia en la actividad estatal, no tendría ningún sentido y tampoco podría materializarse, si los órganos que asumen de manera separada las funciones y los roles del Estado no contaran con instrumentos para garantizar su independencia.” (Subrayado y negrillas fuera de texto).

De la cita anterior se deriva la conclusión indicada previamente, es decir, que en virtud de la separación de poderes, incluso existiendo la colaboración armónica, es constitucionalmente inadmisibles que un órgano del Estado ejerza o influya sobre las funciones de otro. Fue así como la Corte Constitucional rescató su concepción como

¹⁵ La Corte Constitucional resolvió una demanda de inconstitucionalidad en contra del Acto Legislativo 2 de 2015, conocido como *reforma al equilibrio de poderes*, por sustituir los principios de separación de poderes e independencia judicial al introducir un nuevo modelo de gobierno judicial. Después de analizar el cargo, y explicar los principios enunciados, la Corte declaró inexecutable de las disposiciones demandadas.

elemento definitorio del texto superior y puntualizó las subreglas que de él se derivan:

“En definitiva, el principio de separación de poderes constituye un elemento esencial del ordenamiento superior en tanto instrumento de limitación de poder y garantía de los derechos y libertades y de la realización de los fines estatales. Y tal como fue concebido por el constituyente, exige: (i) la identificación de las funciones del Estado; (ii) la atribución de dichas funciones a órganos estatales diferenciados, en principio, de manera exclusiva y excluyente; (iii) la garantía de que cada órgano goce de independencia, en el sentido de que debe estar exento de injerencias externas en el desarrollo de su función; (iv) la garantía de que cada órgano goce de autonomía, en el sentido de que debe poder desenvolverse y desplegar su actividad por sí mismo, y autogobernarse.” (Subrayado fuera de texto).

En síntesis, el modelo de separación de poderes adoptado en la Constitución de 1991, si bien tiene sus fundamentos en los primeros estados liberales, no es extremadamente rígido. Por el contrario, el mandato de colaboración armónica entre poderes y el sistema de frenos y contrapesos establecidos en la Carta relativizan la aplicación de la separación de poderes en Colombia. Sin embargo, esa flexibilidad no es excusa para que los diferentes órganos del Estado no sean autónomos e independientes entre sí, ni para que alguno de ellos se atribuya competencias exclusivas y excluyentes de otro, de modo que no interfiera en el ejercicio de las competencias constitucionales y legales de cada uno.

b.- El control posterior y selectivo como manifestación de la separación de poderes y pilar esencial del control fiscal en la Constitución Política de 1991.

En vigencia de la Constitución Política de 1886 se permitía a la Contraloría General de la República ejercer control previo, concomitante y posterior a la gestión fiscal adelantada por la Administración Pública.¹⁶ Fue así como se expidió la Ley 20 de 1975 y el Decreto Ley 925 de 1976, entre otras normas, que regularon el control previo, perceptivo y posterior de la Contraloría.

A pesar de la regulación sobre cómo ejercer cada tipo de control, y de que la Constitución de 1886 preveía que las funciones administrativas de la Contraloría solo eran para las actividades propias de la entidad, lo cierto es que su facultad de ejercer control previo y concomitante al ejercicio fiscal de la Administración implicó que aquellos perdieran su sentido. Lo anterior trajo consigo escenarios de corrupción y paralización en el Estado.

La atribución de funciones administrativas diferentes a las propias, la corrupción y politización de la Contraloría, debido al modelo de control de entonces han sido documentadas por distintos tratadistas, e incluso por el ente fiscalizador. En una obra que hace el recorrido del control fiscal en Colombia, **la propia Contraloría General de la República** rescata la exposición de motivos de la Ley 20 de 1975, donde muestra que desde entonces había un deseo por acabar con el control previo:

“Aunque existen razones de gran peso para que el control previo se elimine en su totalidad, el gobierno juzgó prudente que se exceptúen de él solo las empresas

¹⁶ El artículo 209 de la Constitución Política de 1886 decía: *“La vigilancia de la gestión fiscal de la Administración corresponde a la Contraloría General de la República. La Contraloría será una oficina de contabilidad y de vigilancia fiscal, y no ejercerá funciones administrativas distintas de las inherentes al desarrollo de su propia organización. El Contralor General de la República será elegido por la Cámara de Representantes para períodos de dos años.”* (Subrayado fuera de texto).

industriales y comerciales del Estado como había propuesto la Comisión Redactora. Ello sin perjuicio de que si dicha excepción produce los resultados útiles que de ella se espera y no crea deficiencias de vigilancia, el control previo se puede eliminar gradualmente, a través de leyes posteriores, con el fin de que las labores de la Contraloría se concentren en los controles posterior y perceptivo, que son más acordes con su función fiscalizadora y con principios de auditoría generalmente aceptados en la época contemporánea.”¹⁷

La cita previa muestra que desde antes de la Constitución de 1991 hubo un deseo por eliminar el control previo debido a que este representaba problemas dentro del Estado. Y es que no podía ser de otra forma si, como dice Galves:

“Las contralorías, sobre todo a partir de la finalización del Frente Nacional, se habían convertido en un importante engranaje de clientelismo político, lo cual desdibujaba su labor, creando de paso una enorme e inútil estructura burocrática.”¹⁸

La corrupción, junto con el crecimiento del tamaño estatal (derivado de la reforma administrativa de 1968), generó que el control fiscal previo se volviera un obstáculo para el desarrollo del país. Maldonado lo retrata de la siguiente manera:

“El control previo consistente en la revisión de los actos antes de su ejecución, y el control preceptivo consistente en la revisión de los actos en el momento mismo de su ejecución, tuvieron sentido mientras lo permitieron el tamaño del Estado, así como su volumen de contratación. Sin embargo, el crecimiento nacional, los avances en materia tecnológica y el concomitante incremento de las prácticas corruptas, terminaron por convertir a dichos controles [los previos] en talanqueras para el progreso del mismo.”¹⁹ (Subrayado fuera de texto).

Incluso, **la propia Contraloría General de la República** reconoció en su momento que el control fiscal previo era causante de la creciente corrupción dentro del Estado y que no era eficaz para preservar los recursos públicos:

“Es indudable que el sistema de control previo actualmente existente ha demostrado ser absolutamente ineficaz a la hora de preservar el erario público y, por el contrario, se ha convertido en un nocivo sistema de coadministración al que puede atribuirse buena parte de responsabilidad en la extendida corrupción que hoy azota al Estado colombiano; por ello, no podemos que aplaudir el texto gubernamental por haber contemplado expresamente que el control a cargo de la Contraloría General de la República se realizará en su totalidad de manera posterior a las actuaciones de la administración.

El control posterior (y selectivo agregaríamos nosotros) posibilitaría que la Contraloría actuase como un verdadero auditor y evaluase con independencia los resultados de la gestión adelantada por los administradores públicos, encargando a esos administradores la realización del control interno, que es ante todo una parte integral del proceso gerencial y no la labor de un auditor.”²⁰ (Subrayado fuera de texto).

¹⁷ Antonio Hernández Gamarra, *El Estado y el control fiscal en Colombia*, Bogotá: Contraloría General de la República, 2004, pág. 77.

¹⁸ Rodrigo Galves Naranjo, *Eficacia del Control Fiscal en Colombia. Derecho comparado, historia, macroorganizaciones e instituciones*, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2007, pág. 135.

¹⁹ Marlon Iván Maldonado Narváez, El control fiscal y su ajuste dentro del Estado Social de Derecho, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 44, N° 120 (2014), pág. 136.

²⁰ Diego Younes Moreno, *Derecho del control fiscal y del control interno*, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2015, pág. 60

Los problemas derivados las entonces atribuciones de la Contraloría y su incidencia en el actuar de la Administración fueron objeto de amplio debate en la Asamblea Nacional Constituyente, que tuvo como resultado la Constitución Política de 1991. Recordando los inconvenientes del control previo, el ex Contralor General Julio César Turbay Quintero, junto con quienes elaboró el libro sobre el nuevo control fiscal en Colombia, subrayaron que la reforma fiscal incluida en el nuevo texto constitucional tuvo por fundamento las consideraciones que se transcriben a continuación:

“En síntesis, las circunstancias que movieron al Constituyente de 1991 a reformar profundamente el esquema de control fiscal vigente en el movimiento, según la exposición de motivos invocadas por el autor del proyecto para implementar en su lugar el control posterior y selectivo; fueron aspectos tales como el amiguismo, fundado en que no existía garantía de una buena vigilancia fiscal cuando las amistades entre los funcionarios de control y los de administración podían generar permisividad y abusos; la coadministración, por cuanto la contraloría se vería inmiscuida en casi todos los pasos de la administración aumentado su ineficacia y lentitud; la concepción de que las contralorías en el esquema previo se convertían en escudos para justificar la ineficiencia de los administradores y, por último, los enfrentamientos entre ramas de poder debidos a la vigilancia de la gestión fiscal.”²¹

Estos graves problemas, consecuencia del control previo principalmente, conllevaron a plantear una necesaria reestructuración del modelo de control fiscal en el marco de la discusión de la nueva Constitución Política.

Al revisarse las Gacetas Constitucionales se puede apreciar que los constituyentes y diversas organizaciones plantearon varias alternativas para el funcionamiento del control fiscal: bien fuera en cabeza de la Contraloría General de la República (Gacetas Constitucionales 27, 37, 41, 42, 53, 59, 77, 140 y 143), en una Corte de Cuentas (Gaceta Constitucional 33) o en el Ministerio Público (Gaceta Constitucional 34). A pesar de la pluralidad de modelos contemplados, en todos ellos se planteó la necesidad de que el control fiscal fuera exclusivamente posterior.

En la ponencia sobre el régimen de ordenamiento territorial los Constituyentes que la presentaron hicieron alusión a la forma cómo funcionaba el control fiscal y la urgencia de cambiarlo, debido no solo a los problemas previamente enunciados, sino también a las exigencias de adaptarlo a una nueva realidad. A su vez resaltaron que, aun cuando la Constitución de 1886 prohibía a la Contraloría General de la República tener poder alguno sobre decisiones administrativas (coadministrar), como también lo hace el Acto Legislativo ahora impugnado, sus funciones se lo permitían de facto, desdibujando la finalidad de su función de control previo:

“La auditoría moderna debe ser financiera, de gestión y resultados. Ello obliga a eliminar todas las modalidades de control previo que bajo diferentes nombres han conducido a una coadministración clientelista, corrupta y que ha provocado efectos negativos en la vigilancia fiscal. Tanto los controles llamados coincidentes como perceptivos tienen también estos vicios, porque constituyen la misma coadministración, que es la intervención abusiva del fiscalizador en las decisiones gerenciales de gobernadores y alcalde. Desde la intervención ilógica en la firma de cheques, hasta la intromisión abusiva en las decisiones de Juntas, Consejos, en los pliegos de licitaciones, los contratos, todos ellos actos administrativos que por lógica aun en la Constitución actual están vedados para los fiscalizadores. El principio

²¹ Julio César Turbay Quintero, Laura Emilse Marulanda Tobón y Lina María Tamayo Berrío, *Hacia un Nuevo Control Fiscal en Colombia*, Bogotá: Contraloría General de la República, 2009, pág. 156.

constitucional de "VIGILANCIA" terminó distorsionado en un "CONTROL" que a todas luces es contraproducente."²² (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En lo que respecta a la ponencia sobre la estructura del Estado, los Constituyentes desarrollaron un amplio análisis acerca de cuáles debían ser las funciones de la Contraloría, haciendo hincapié en que tal entidad no podía tomar partido en las decisiones fiscales de la Administración y, por tanto, eran órganos que debían ser independientes entre sí:

"Quien controla no debe participar en la decisión objeto de control, pues entonces dicha intervención equivaldría a coadministrar y se alejaría de la intención y naturaleza de la función fiscalizadora.

*Por lo mismo, el órgano de control no forma parte de las entidades que controla: es autónoma e independiente y no está sujeto a las directrices y pautas que pueden señalar las que han de ser controladas, pues de lo contrario de nada serviría el control si éste debe ejercerse conforme a los términos e indicaciones que señale el que ha de ser fiscalizado. Simultáneamente, el Contralor no es superior jerárquico de las entidades u organismos controlados: si lo fuere, podría revocar directamente los actos administrativos de aquella: además, como sus actos, antitécnicamente llamados administrativos, son de naturaleza distinta, mal pueden entrar a ocupar el sitio de los que verdaderamente si lo son en el evento remoto de que así se procediera. **En todo caso, la función fiscalizadora ejercida por "los organismos de vigilancia o supervisión financiera, contable o fiscal, de ninguna manera puede llegar a detentar poderes capaces de causar interferencia o determinar coparticipación en la actividad administrativa. En otros términos: en ningún caso las agencias de control de la gestión puramente fiscal de la administración pueden llegar a constituir paralelamente a ésta un aparato de coadministración, pues en tal caso el poder de decisión administrativa, lógicamente se desplazaría irremediablemente hacia el coadministrador-contralor, el cual reuniría en sus manos no sólo la llave de la supervigilancia de gastos, sino también los poderes de ordenador del gasto, que al fin de cuentas no podría hacerse sin su voluntad y beneplácito.***

***Por ello, y para evitar la llamada dictadura de los contralores, supervisores y auditores, mucho más grave que el de los administradores o gobernante, es por lo que todos los ordenamientos 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 aun los sistemas de mayor rigidez, ya bastante escasos, como el colombiano, que establecen el llamado control preventivo, pueden favorecer un esquema de supervisión que vaya a implicar veto a la capacidad decisoria y dispositiva de los administradores. Semejante situación desplazaría los poderes plenos de la administración hacia el organismo contralor, dando origen a una confusión de funciones verdaderamente insólita, en que los entes jurídica y políticamente responsables de administrar, se verían detenidos, en su actividad administrativa por una agencia de simple vigilancia a la cual el ordenamiento no le confiere ni poder ni responsabilidad alguna sobre la función administrativa, y que en consecuencia, careciendo de aptitud legal para acometerla, es por ello, al mismo tiempo, jurídica y políticamente irresponsable de los actos u omisiones propios de la administración."²³ (Subrayado y negrillas fuera de texto).*

²² Gaceta Constitucional 42 del 10 de abril de 1991, pág. 21.

²³ Gaceta Constitucional 59 del 25 de abril de 1991, pág. 10.

Se puede concluir que para el Constituyente de 1991 era esencial separar clara y expresamente la función de gestión de la Administración de la función fiscalizadora de la Contraloría, para que esta última entidad no tuviera influencia alguna sobre el actuar de la primera. De tenerlo, como sucedía con el ejercicio de su control previo y concomitante, la Administración podría detenerse y los problemas de corrupción y el clientelismo se prorrogarían en el tiempo.

Para evitar que tales problemas siguieran ocurriendo, y procurar que el control fiscal se adecuara a las nuevas exigencias y tendencias, así como al nuevo entramado institucional, el texto finalmente aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente dejó claro que dicho control sería únicamente posterior y selectivo para así evaluar los resultados de la gestión fiscal de la Administración.²⁴ Además, estableció que ejercería exclusivamente las funciones administrativas inherentes a su propia administración. En las consideraciones generales del texto aprobado se expuso:

“Las contralorías en Colombia han ejercido, en general, sólo una parte de los controles que en la época moderna se han establecido en otros países; concentrándose, principalmente, en la auditoría de cuentas, con control previo, a fin de asegurar el honesto manejo de los dineros públicos, tal como lo recomendó la misión Kemmerer en 1923. Las contralorías han venido ejerciendo tanto la auditoría interna, propia del sistema previo, como la auditoría externa, que es la verdadera función de las contralorías.”

El control previo, generalizado en Colombia, ha sido funesto para la administración pública pues ha desvirtuado el objetivo de la Contraloría al permitirle ejercer abusivamente una cierta coadministración que ha redundado en un gran poder unipersonal del contralor y se ha prestado, también, para una engorrosa tramitología que degenera en corruptelas.”²⁵ (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Finalmente, después de analizar las falencias de la fiscalización previa a la Administración Pública por parte de la Contraloría, y de resaltar los límites entre las competencias de ambos entes, el Constituyente optó por establecer un sistema de control fiscal cuyos principios básicos giran en torno a su carácter de posterior y selectivo, como se muestra a continuación:

“A. PRINCIPIOS RECTORES

Sobre las consideraciones iniciales y la totalidad de los proyectos y propuestas presentados a consideración de la Asamblea, hemos preparado un articulado inspirado en ellos, tratando de conformar un consenso y buscando soluciones prácticas y viables al problema de los organismos de control.

El articulado tiene como fundamento los siguientes principios básicos:

1. Se elimina el control previo en el desarrollo de todas las funciones de los organismos de control.

2. Se permite la utilización de métodos modernos selectivos de control.

3. Se establece como complemento a la vigilancia fiscal, el control operacional o de resultados. No se consideró conveniente asignar este último a un departamento

²⁴ Gaceta Constitucional 140 del 17 de diciembre de 1991, pág. 6

²⁵ Gaceta Constitucional 77 del 20 de mayo de 1991, pág. 2.

independiente de la Contraloría puesto que se trata de una actividad complementaria del control fiscal y se aprovecha la infraestructura ya existente en aquella.

4. El Contralor es elegido por el Congreso en pleno, de ternas presentadas por un organismo ajeno a la actividad política, como es el caso de la Corte Constitucional, la nueva Corte de Casación y el Consejo de Estado, entidades supremas de la Administración de Justicia en Colombia.

5. El proyecto ha tenido como premisa fundamental la despolitización y la descentralización de la Contraloría tan señalada por la opinión pública, propósito este que está en concordancia con la función eminentemente técnica y profesional de la Contraloría.

6. Se ha preferido el control unipersonal y no el colegiado principalmente por las razones expresadas en los dos puntos anteriores que podrían implicar interferencias políticas y consecuente clientelización al integrar el organismo colegiado por cuociente de votación.

7. Se prohíbe la reelección para dos periodos continuos y se le inhabilita al Contralor para ocupar cargos de elección o de administración en el gobierno durante un periodo de un año, después de dejar el cargo.

8. Se reafirma que su función es eminentemente técnica y profesional. Se establece periodo de los contralores simultáneo con los del Presidente de la República o con los de gobernadores y alcaldes según el caso.

9. Se establece que el control interno deberá ser ejercido por los mismos organismos del Estado.

10. Se autoriza a las Contralorías para contratar con entidades particulares la Contraloría externa y con personas o entidades especializadas, el control de resultados. Así mismo cada entidad pública podrá contratar con firmas particulares su control interno.

11. Se recalca que los organismos de control no podrán ejercer funciones o efectuar recomendaciones de carácter administrativo, que son propios de los mismos organismos sujetos a control.

12. Los organismos de control no son responsables de los actos realizados por los administradores del Estado y sólo en sus dictámenes posteriores a la realización de ellos podrán establecer juicios de responsabilidad cuando fuere el caso. Esta es una lógica consecuencia de la eliminación del control previo.

13. Se establece para los organismos de control las facultades de Jurisdicción coactiva y así mismo se crea una jurisdicción penal especializada en el conocimiento de los delitos contra el patrimonio del Estado.

14. Se elimina la existencia de Contralorías municipales en los municipios que no tengan un volumen de operaciones lo suficientemente importantes que amerite la existencia de ella.

15. Se deja a la ley orgánica de la Contraloría la determinación de las funciones, modo de ejercerlas y organización requerida.”²⁶ (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Todo lo expuesto evidencia que, dentro del modelo de control fiscal concebido en la Constitución Política de 1991, su carácter de posterior y selectivo es el pilar esencial sobre el cual se fundamenta y permite su articulación con el resto del modelo de Estado. Principalmente porque permite materializar la independencia técnica y

²⁶ Gaceta Constitucional No. 77 del 20 de mayo de 1991, pág. 5

profesional de la Contraloría General de la República y, a su vez, la separación funcional de poderes con todos los niveles de la Administración Pública.

El texto aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente sobre el modelo de control fiscal colombiano tuvo su primera mención en el artículo 119 de la Carta Política, que indica que el control se ejerce sobre los resultados de la Administración:

“ARTICULO 119. La Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración.” (Subrayado fuera de texto).

Sin embargo, fue en el artículo 267 de la Constitución donde quedó consignado el carácter posterior y selectivo del control fiscal, así como la prohibición a la Contraloría de ejercer funciones administrativas distintas a las propias:

“ARTICULO 267. El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.

La Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal. No tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización.

El Contralor será elegido por el Congreso en Pleno, por mayoría absoluta, en el primer mes de sus sesiones para un periodo igual al del Presidente de la República, de lista de elegibles conformada por convocatoria pública con base en lo dispuesto en el artículo 126 de la Constitución y no podrá ser reelegido ni continuar en ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo.

Solo el Congreso puede admitir la renuncia que presente el Contralor y proveer las faltas absolutas y temporales del cargo.

Para ser elegido Contralor General de la República se requiere ser colombiano de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanía; tener más de 35 años de edad; tener título universitario; o haber sido profesor universitario durante un tiempo no menor de 5 años; y acreditar las calidades adicionales que exija la ley.

No podrá ser elegido Contralor General quien sea o haya sido miembro del Congreso u ocupado cargo público alguno del orden nacional, salvo la docencia, en el año inmediatamente anterior a la elección. Tampoco podrá ser elegido quien haya sido condenado a pena de prisión por delitos comunes.

En ningún caso podrán intervenir en la postulación o elección del Contralor personas que se hallen dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y

primero civil o legal respecto de los candidatos.” (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Como complemento de lo anterior, el Constituyente elevó a rango constitucional el control interno en cabeza de la propia Administración, así como la participación ciudadana en la vigilancia de la gestión pública. Ninguno de estos elementos genera posibilidad alguna de que exista coadministración y son ejemplo de que alrededor del control posterior de la Contraloría General de la República se articuló el resto del diseño de control fiscal del Estado colombiano:

“ARTÍCULO 269. En las entidades públicas, las autoridades correspondientes están obligadas a diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno, de conformidad con lo que disponga la ley, la cual podrá establecer excepciones y autorizar la contratación de dichos servicios con empresas privadas colombianas.

ARTICULO 270. La ley organizará las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados.” (Subrayado fuera de texto).

De ahí que cualquier modificación a la concepción del control fiscal como exclusivamente posterior y selectivo significa sustituir la médula del diseño institucional que hizo el Constituyente de 1991 al control fiscal colombiano, máxime si tal cambio implica restablecer elementos del modelo de control anacrónico que la Asamblea Nacional expresamente decidió excluir de la Administración Pública.

c.- Conclusión de la premisa mayor.

Para el caso objeto de estudio por la Corte son particularmente relevantes dos pilares esenciales de la Constitución: (i) la separación de poderes y (ii) el control fiscal como control posterior y selectivo, exclusivamente.

La separación de poderes concebida en la Carta Política, según lo que ha expresado la Corte Constitucional, es un principio estructural del ordenamiento superior. Este supone la garantía de independencia y autonomía para todos y cada uno de los órganos que hacen parte del aparato estatal.

La garantía de independencia dada por este principio resulta particularmente importante, ya que implica que todas las entidades del Estado están protegidas de cualquier interferencia externa en el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, siempre entendiendo esta restricción dentro del marco del sistema de frenos y contra pesos y el principio de colaboración armónica.

Para garantizar la independencia de la Administración Pública en cuanto a la toma de decisiones fiscales, la Asamblea Nacional Constituyente decidió eliminar todas las formas de control fiscal previo que existían para la época por implicar, entre otras situaciones, una coadministración. El Constituyente de 1991 instauró un modelo de control fiscal basado exclusivamente en controles posteriores y selectivos. Este mandato es la médula o columna vertebral de toda la fiscalización ejercida sobre la gestión de la Administración, diseñado como una manifestación de la independencia garantizada por la separación de poderes en el ámbito particular del control fiscal.

La Asamblea Nacional Constituyente garantizó la separación de poderes con el fin de que las decisiones del Ejecutivo (y de la administración en general) se resguardaran de la intervención de la Contraloría, máxime teniendo en cuenta que este es un órgano técnico que no responde política ni jurídicamente por las decisiones del gestor fiscal. También procuró que aquella no se viera inmersa en situaciones de clientelismo político o corrupción, causadas por el deseo de mantenerla como una aliada que no detuviera los proyectos de la Administración.

La importancia de la naturaleza del control posterior y selectivo como mecanismo para preservar la independencia de la Contraloría General de la República, así como evitar que intervenga inadecuadamente en el Administración, también ha sido reconocida por la Corte Constitucional. Por ejemplo, en la sentencia C-529 de 1993, al analizar una demanda de inconstitucionalidad contra la ley 42 de 1993, la Corte declaró inexecutable la facultad discrecional de la Contraloría de exigirle al Banco de la República que adjudique una licitación en audiencia pública. Como fundamento, esgrimió que tal potestad confería al ente fiscal funciones administrativas que no le competían y que se constituía una modalidad de control previo.

Posteriormente, en la sentencia C-534 de 1993, trazó la diferencia entre el control interno de la Administración y el externo ejercido por la Contraloría, resaltando que esta última actúa de manera posterior para garantizar su independencia y no injerencia indebida en asuntos exclusivos del Ejecutivo²⁷:

“Al colocarse en cabeza de la administración la obligación de conceptuar la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos del Estado, como lo prevé la propia Constitución (art. 268 numeral 6o.), se logra una distinción esencial entre los contenidos, fines y responsabilidades propios del control interno, que debe organizarse en las entidades públicas y las del control fiscal externo ejercido por la Contraloría General de la República y las contralorías departamentales, distritales y municipales a nivel territorial. Se confiere así forma real a la diferenciación entre las tareas administrativas y las de control fiscal, de donde el control interno se entiende como parte del proceso administrativo y corresponde adelantarlos a los administradores; teniendo oportunidades propias en todos los momentos del cumplimiento de la función administrativa, pudiendo serlo previo, concomitante o posterior, lo que permite que el funcionario cumpla su función, asumiendo la responsabilidad por sus actuaciones y resultados; sin perjuicio de la independencia de los organismos de control fiscal, no coadministradores, que cumplirán sus funciones de manera posterior y selectiva, sin ocuparse de funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización (artículo 267 C.N.)” (Subrayado fuera de texto).

La cláusula de no interferencia del órgano fiscalizador en decisiones administrativas ajenas a las de su propia organización también se concibe como un límite a la posibilidad de fortalecer las capacidades de acción de dicho ente, incluso cuando tenga como fin propender por un control fiscal más integral. Así lo ha manifestado la Corte:

“7.1.- La lectura amplia que esta corporación ha venido efectuando en torno al control fiscal en general, y en la contratación pública en particular, se explica conceptualmente en virtud del principio de interpretación conforme con la Constitución, según el cual “antes de que una ley sea declarada inconstitucional, el juez que efectúa el examen

²⁷ En esta sentencia, la Corte estudio una demanda en contra del artículo 4 de la ley 42 de 1993, que disponía que las auditorías ejercerían control fiscal posterior y selectivo, cuando su función era de control interno por ser parte de la Administración. Las expresiones acusadas fueron declaradas inexecutable por violar la separación de poderes.

tiene el deber de buscar en vía interpretativa una concordancia de dicha ley con la Constitución”.

Este postulado, que emana del principio de supremacía normativa de la Constitución, ha sido recogido por diversos tribunales, en el caso colombiano bajo la idea de que “el intérprete tiene entonces que buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática-finalística”. En otras palabras, ha dicho la Corte, “la hermenéutica legal en un sistema constitucional debe estar guiada, ante todo, por el método de interpretación conforme, según el cual las disposiciones jurídicas deben leerse en el sentido que mejor guarde coherencia con lo dispuesto en la Carta Política”.

7.2.- Desde esta óptica, es necesario hacer una lectura armónica de la Constitución, y especialmente de los artículos 119 y 267, con el propósito de fortalecer la capacidad institucional de las autoridades a las cuales se ha encomendado esa función, procurando que su actividad no implique una interferencia indebida en las competencias de las autoridades para la administración y manejo de los fondos oficiales, pero velando siempre porque el control fiscal se cumpla de manera integral.”²⁸ (Subrayado fuera de texto).

En la sentencia C-103 del 2015, la Corporación rescató que el control posterior y selectivo en cabeza de la Contraloría General de la República no busca únicamente que no haya coadministración, sino también salvaguardar la autonomía e independencia de este órgano del Estado²⁹:

“La Sala considera que la modalidad de control fiscal previo representada en la función de advertencia constituye una afectación innecesaria de los principios constitucionales que, para salvaguardar la autonomía e independencia de la Contraloría, establecen el carácter posterior del control externo y la prohibición de coadministración. El propio constituyente dispuso de otros mecanismos que, sin comprometer los mencionados límites, permiten alcanzar las finalidades constitucionales perseguidas con el control de advertencia previsto en la norma acusada. Se trata de los dispositivos de control fiscal interno que, según lo previsto en los artículos 209 y 269 superiores, están obligadas a implementar las entidades públicas.” (Subrayado fuera de texto)

En este recuento jurisprudencial se encuentra la sentencia C-470 del 2016, en la cual se resumen las reglas bajo las que funciona la Contraloría General. En ellas cobra especial relevancia la naturaleza posterior y selectiva del control fiscal para preservar la independencia y autonomía del órgano de control, al igual que impedir que desempeñe funciones administrativas ajenas a las propias:

“En cuanto a las funciones de la Contraloría General, la Corte ha definido las siguientes reglas:

3.1.2. La naturaleza del control y vigilancia que ejerce la Contraloría General de la República es posterior y selectiva, lo cual constituye una de las características del actual modelo de control fiscal. Ello se acompasa con la prohibición de atribuir a la Contraloría funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización, a fin de evitar toda forma de coadministración y garantizar la independencia y autonomía del órgano de control.

(...)

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-967 del 2012.

²⁹ La Corte Constitucional declaró inexecutable el control de advertencia en cabeza del Contralor General de la República, al considerar que implicaba coadministración por ejercerse antes de que la Administración terminara sus procesos de gestión fiscal, incluso cuando la ley no le daba un carácter vinculante.

3.1.4. Dicho control se ejerce a través de dos vías: (i) la labor de vigilancia propiamente dicha, a través de la práctica de auditorías; (ii) el inicio de procesos de responsabilidad fiscal. En relación con la primera, el momento que marca el inicio de la intervención legítima del ente de control es una vez la entidad sujeta a control ha adoptado las decisiones relativas a la disposición de recursos públicos y ejecutado los procesos que serán objeto de fiscalización posterior. Esto quiere decir que, la Contraloría no debe anticiparse ni inmiscuirse en la ejecución de procesos o la adopción de decisiones, sino que debe honrar el carácter posterior de su intervención y salvaguardar la necesaria autonomía del quehacer administrativo y la del propio ente de control, ejerciendo sus atribuciones en forma posterior.” (Subrayado fuera de texto).

Finalmente, se debe precisar que cuando la Corte manifiesta que la Contraloría General de la República solo puede obrar una vez la Administración haya terminado todos los procesos de decisión, se refiere a procesos individualmente considerados y no a la finalización del macro proceso del cual forma parte. Por ejemplo, en el caso del control en el marco de una contratación estatal, el Alto Tribunal ha considerado que el órgano fiscalizador tiene competencia para ejercer control desde la suscripción del contrato, no teniendo que esperar hasta su finalización y liquidación:

“Las Contralorías no pueden participar en el proceso de contratación, puesto que su función empieza justamente cuando la Administración culmina la suya, esto es, cuando ha adoptado ya sus decisiones. Tampoco pueden interferir ni invadir la órbita de competencias propiamente administrativas ni asumir una responsabilidad coadministradora, lo cual está prohibido expresamente por la Carta Política al señalar en el artículo 267 que la Contraloría no tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización. De esta forma, al excluir la intervención de las autoridades fiscales antes del perfeccionamiento del contrato, se evita que se incurra en el mismo vicio que el constituyente quiso acabar: la coadministración.

Sin embargo, esta circunstancia no sirve de argumento para alegar la improcedencia del control fiscal sobre los contratos estatales, el cual, por el contrario, bien podrá ejercerse cuando la administración culmina todos los trámites administrativos de legalización del contrato, sin que esta actuación desnaturalice la función a cargo de las contralorías ni vulnere los parámetros constitucionales sobre estos tópicos. Por consiguiente, el perfeccionamiento del contrato es el momento a partir del cual tales actos nacen a la vida jurídica y pueden ser objeto del control posterior, como lo ordena la Constitución (art. 267) y lo ha reconocido esta Corporación.”³⁰

En conclusión, la noción de control fiscal como posterior y selectivo se erige en componente del principio de separación de poderes en una materia específica, el cual garantiza la independencia y autonomía entre el Ejecutivo y el órgano de control mismo. De ahí deviene que sea un pilar especial esencial de la Constitución Política de 1991, bajo el amparo de la ya extensamente reconocida separación de poderes como eje definitorio del sistema constitucional colombiano.

La concepción del control fiscal posterior y selectivo como pilar esencial del ordenamiento constitucional colombiano no pretende desconocer que se pueden hacer reformas sobre los métodos mediante los que se lleva a cabo la labor de fiscalización. Por el contrario, los nuevos y constantes avances sociales y tecnológicos hacen necesario someter al Estado a procesos de cambio continuo que le permitan adaptarse a esas realidades. Esto incluye modernizar el control fiscal como mecanismo de lucha contra la corrupción, entre otros aspectos. Sin embargo, las necesidades de reforma no pueden desconocer elementos estructurales de la Constitución. Así, en cuanto al control fiscal se refiere, es posible hacer

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-648 del 2002.

modificaciones a preceptos constitucionales tales como las calidades para ser Contralor General, su periodo, las funciones y existencia de los entes fiscales territoriales, el ajuste a las nuevas tecnologías, entre otros. Pero el control fiscal como exclusivamente posterior y selectivo constituye el único límite al poder de reforma del Congreso en esta materia.

La razón de fondo para asegurar lo anterior no es que fue el deseo del Constituyente el instaurar este modelo de control, pues de por sí toda reforma constitucional va en contravía de lo dictado por la Asamblea de 1991. Las motivaciones van más allá de esa mera voluntad: encuentran sus bases en las normas que rigieron a Colombia durante el siglo XX, cuyas disposiciones condujeron a la confusión de límites funcionales entre el órgano de control fiscal y el Ejecutivo. Así, la verdadera justificación del control posterior y selectivo como pilar esencial de la Constitución está en que solo a través de este diseño, como único momento y forma de ejercer la fiscalización, se concreta la separación de poderes entre la Contraloría y la Administración Pública. Este precepto, y la prohibición de ejercer funciones administrativas diferentes a las inherentes a las propias, es lo único que preserva la autonomía e independencia de ambos establecimientos estatales.

Insertar otro tipo de modelo de control, aunque coexista con el posterior y selectivo, implica una rotura³¹ de la autonomía e independencia del órgano fiscalizador y del ente sujeto a control fiscal, toda vez que da lugar a intromisiones en las competencias y funcionamiento de uno u otro. Hacerlo implica sustituir la Constitución, al menos de manera parcial.

2.- Premisa menor: El control preventivo y concomitante introducido por el Acto Legislativo 4 de 2019.

El texto original del Proyecto de Acto Legislativo 4 de 2019 y su exposición de motivos están publicados en la Gaceta del Congreso 153 del 2019. A lo largo de las razones que justifican la modificación constitucional se hace un recuento del desarrollo institucional y normativo que ha tenido la Contraloría General de la República desde la Colonia hasta la Constitución de 1991. Sin embargo, su eje central gira entorno a explicar el control previo, sus ventajas y cómo el control fiscal cambió a uno posterior y selectivo con la nueva Constitución.

Con esa introducción, los autores del proyecto de reforma constitucional plantearon la necesidad de introducir el control preventivo y concomitante como complemento del control posterior y selectivo. El nuevo control se desarrollaría mediante la función de advertencia:

“De lo reseñado se concluye que si bien el régimen constitucional y legal del control fiscal ha tenido mejoras significativas, la restricción competencial de la “posterioridad” requiere ser atenuada, con miras a complementar su función, desde la óptica de la vigilancia fiscal.

³¹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-588 de 2009: “En otras palabras, el quebrantamiento o “rotura” de la Constitución puede, en las circunstancias de una situación específica, conducir a la sustitución de la Carta, trátase de sustitución parcial o total, como, incluso, lo ha admitido la Corte Constitucional al precisar que para que se produzca la sustitución no basta “limitarse a señalar la inclusión de excepciones o restricciones introducidas por la reforma a la Constitución” puesto que, además, se debe analizar si esas excepciones o restricciones constituyen, en su conjunto, “una modificación de tal magnitud y trascendencia que resulta manifiesto que la Constitución original ha sido reemplazada por una completamente diferente dado que las enmiendas representan una sustitución total o parcial de la misma”.

Recordemos, pues, que en el modelo actual el control fiscal se lleva a cabo en dos grandes fases: (i) la primera de ellas la vigilancia fiscal a nivel micro o proceso auditor, consistente en la revisión al gasto de una vigencia en concreto, bajo criterios que permiten, en principio, la detección de los casos más relevantes a través de los mecanismos de selectividad, y (ii) la segunda fase que es el proceso de responsabilidad fiscal o juzgamiento para determinar la responsabilidad de los presuntos autores del daño.

La propuesta plantea la adaptación del modelo de fiscalización a los cambios en la gerencia pública asociados a la disponibilidad y acceso a grandes fuentes de información y las inmensas posibilidades que ofrece su procesamiento y análisis, con apoyo en las tecnologías de la información y las comunicaciones.

La inclusión en el texto constitucional del modelo de control que hemos denominado “concomitante y preventivo”, complementario del posterior y selectivo, permitirá superar los obstáculos que se presentan para que la vigilancia de la gestión fiscal en tiempo real sea efectiva, con el objetivo de hacer seguimiento a las fuentes y usos del recurso público, buscando la defensa y protección del patrimonio del Estado.

Igualmente, se incorporará la función de advertencia, como herramienta del nuevo control preventivo y concomitante, y la función de intervención para el mejoramiento del control fiscal territorial, lo que se articulará con un procedimiento de declaración de responsabilidad fiscal robustecido.

Con estas nuevas herramientas se busca facilitar a los entes de control fiscal la posibilidad de cumplir su mandato constitucional, combatir la corrupción y generar espacios para la renovación institucional y el fortalecimiento de su legitimidad.”³² (Subrayado y negrillas fuera de texto).

El objeto y alcance del control preventivo y concomitante también fue objeto de análisis en la exposición de motivos. Se indica que el control concomitante tiene relación con el momento en el cual se hace, siendo entonces la posibilidad de fiscalizar operaciones o procesos en ejecución. Acto seguido se hace la salvedad de que solo serán objeto de este control los riesgos que tengan alta posibilidad de ocurrencia y cuyos impactos sean mayores sobre la gestión.

Sobre el control preventivo, la exposición de motivos da a entender que este se vale principalmente de la función de advertencia a la Administración para su materialización (lo que por cierto resulta aún más problemático porque en ellos se advierte ex ante una suerte de responsabilidad fiscal). En todo caso, señala que el nuevo modelo de control no implica coadministración ni el juzgamiento de la conducta del gestor fiscal:

“Los aspectos procedimentales del control propuesto serán regulados por la ley, de manera que este no implique en ningún momento coadministración.

Esta fase de fiscalización no conlleva el juzgamiento de la conducta del servidor público o del particular que administra recursos públicos, sino que implica el seguimiento de la situación presuntamente irregular y, eventualmente, la formulación de una advertencia tendiente a evitar la configuración del daño o en el caso que este se produzca, actuar de forma inmediata y oportuna.”³³

³² Gaceta del Congreso 153 del 27 de marzo de 2019, pág. 7

³³ Gaceta del Congreso 153 del 27 de marzo de 2019, pág. 9

A pesar de lo anterior, la exposición de motivos -reiterada hasta el último debate- deja entrever que de no atenderse las advertencias de la Contraloría General de la República y de concretarse el daño (lo cual es casi seguro porque el nuevo modelo de control se centra en daños potenciales con riesgos ciertos), el control preventivo y concomitante serviría como insumo para aplicar el posterior y selectivo:

*“En tal sentido, el control fiscal micro, mediante el proceso auditor, seguirá siendo el principal procedimiento de control posterior y selectivo; mientras que el modelo “concomitante y preventivo” complementará el régimen actual en busca de garantizar la actividad de los entes de control dirigidos a la protección del patrimonio público. **El control preventivo y concomitante servirá en algunas situaciones como insumo para un control posterior y selectivo, cuando habiéndose advertido al gestor fiscal del daño futuro, este se materialice.**”³⁴ (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

Las finalidades de la norma, esbozadas en su exposición de motivos, quedaron plasmadas en el articulado final del Acto Legislativo 4 de 2019. El artículo 1° dispuso que los incisos segundo y tercero del artículo 267 Superior quedaran de la siguiente manera:

“El control fiscal se ejercerá en forma posterior y selectiva, y además podrá ser preventivo y concomitante, según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público. El control preventivo y concomitante no implicará coadministración y se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos, mediante el uso de tecnologías de la información, con la participación activa del control social y con la articulación del control interno. La ley regulará su ejercicio y los sistemas y principios aplicables para cada tipo de control.

“El control concomitante y preventivo tiene carácter excepcional, no vinculante, no implica coadministración, no versa sobre la conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos, se realizará en forma de advertencia al gestor fiscal y deberá estar incluido en un sistema general de advertencia público. El ejercicio y la coordinación del control concomitante y preventivo corresponde exclusivamente al Contralor General de la República en materias específicas.” (Subrayado fuera de texto).

A su vez, el artículo 2° del acto reformatorio introdujo un nuevo numeral al artículo 268 Superior, el cual hace referencia a la función de advertencia en cabeza de la Contraloría y su finalidad: que el gestor fiscal advertido adopte las medidas pertinentes con base en lo que le fue comunicado.

“13. Advertir a los servidores públicos y particulares que administren recursos públicos de la existencia de un riesgo inminente en operaciones o procesos en ejecución, con el fin de prevenir la ocurrencia de un daño, a fin de que el gestor fiscal adopte las medidas que considere procedentes para evitar que se materialice o se extienda, y ejercer control sobre los hechos así identificados.” (Subrayado fuera de texto).

Ahora bien, aunque durante el trámite del Acto Legislativo solo se dejó clara la vinculación de la función de advertencia con el control preventivo y concomitante, lo cierto es que este nuevo modelo tiene relación con muchas otras herramientas que le entregó el acto reformatorio al Contralor General de la República, a saber:

- a. La potestad de fungir, directamente o a través de los servidores de la entidad, como policía judicial cuando el ejercicio de la vigilancia y el control fiscal así lo

³⁴ Gaceta del Congreso 153 del 27 de marzo de 2019, pág. 10

requiera. Esta facultad quedó instituida para todas las modalidades de fiscalización que introduce el Acto Legislativo, por lo que es aplicable en desarrollo del control preventivo y concomitante.³⁵

- b. Para poder ejercer adecuadamente el control preventivo y concomitante, el Contralor General tiene la facultad de solicitar información a quienes son sujetos de control fiscal, quienes no podrán oponer reserva legal alguna para entregársela.³⁶
- c. En caso de no brindar la información requerida por el ente de control, el Acto Legislativo le dio la facultad al Contralor para incluso sancionar con suspensión a quien no lo hizo estando encargado de entregarla, pues obstaculiza el ejercicio de la vigilancia y el control fiscal. En la medida que la norma no se refiere a uno u otro modelo de control, debe entenderse que aplica para ambos.³⁷
- d. Las atribuciones conferidas al Contralor General no solo son aplicables al nivel nacional, sino también al descentralizado territorialmente, porque el acto reformativo le confirió a la Contraloría General de la República competencia “prevalente” para ejercer control sobre la gestión de cualquier entidad territorial. Por tanto, en caso de aplicar el control preventivo y concomitante sobre un departamento, distrito o municipio, el Contralor General tendría todas las facultades anteriormente descritas.³⁸

En conclusión, el núcleo y eje definitorio del Acto Legislativo aprobado es el establecimiento del control preventivo y concomitante como forma de cambio o ajuste del control posterior y selectivo instaurado por la Asamblea Nacional Constituyente en 1991.

A partir de ese eje, el Acto Legislativo previó la función de advertencia como mecanismo principal para ejecutarlo. Esta, pese a no pretender ser formalmente una especie de coadministración ni un prejuizgamiento al gestor fiscal advertido, sí tiene la virtualidad de incidir en las decisiones de aquel y sirve de insumo para ejercer el control posterior y selectivo en caso de que el daño se materialice. Para el adecuado ejercicio de la función de advertencia le fueron confiadas nuevas facultades al Contralor General.

Ellas, que de por sí implican un excesivo poder en cabeza del ente fiscalizador y que reconfiguran las relaciones de control dentro del Estado, adquieren especial importancia dentro del control preventivo y concomitante. Poder acceder a cualquier información, tener capacidad de suspender y sancionar a quienes se opongan a entregarla y extender este tipo de control a los entes territoriales son herramientas que dentro de la estructura del Acto Legislativo resultan sensibles en la reconfiguración del sistema de separación de poderes.

En el acápite siguiente se explica en detalle por qué la forma en la que está configurado normativamente el Acto Legislativo 4 de 2019, con su nuevo modelo de control fiscal y las herramientas que concibe para ejecutarlo, implican una intromisión impertinente de la Contraloría General en las funciones propias de la Administración. Esta situación es absolutamente incompatible por el sistema de

³⁵ Numeral 16, artículo 268 de la Constitución Política.

³⁶ Inciso 4º, artículo 267 de la Constitución Política.

³⁷ Numeral 17, artículo 268 de la Constitución Política.

³⁸ Inciso 4º, artículo 267 de la Constitución Política.

división de poderes de la Constitución de 1991, garantizado con el control posterior y selectivo en cuanto a control fiscal se trata.

3.- Test de sustitución: El control preventivo y concomitante introducido por el Acto Legislativo 4 de 2019 sustituye los pilares esenciales de separación de poderes y de control fiscal posterior y selectivo de la Constitución Política de 1991, al punto que resulta axiológicamente incompatible con ellos.

La naturaleza del control fiscal colombiano fue instituida por el Constituyente de 1991 únicamente como posterior y selectivo. Después de que este modelo de control coexistiera con el previo y concomitante, los voceros del Pueblo representados en la Asamblea Nacional Constituyente concluyeron que era necesaria la eliminación de estos últimos del ordenamiento colombiano.

El argumento principal que se tuvo en ese entonces fue que el control previo, en cualquiera de sus variables, implicaba una suerte de coadministración por parte del organismo de control fiscal y una interferencia de este en las funciones propias de la Administración. Por esa razón, el modelo de control posterior y selectivo se erigió como un mecanismo de salvaguarda de la independencia y autonomía tanto del Ejecutivo como de la Contraloría.

La independencia y autonomía de esos entes dada por el control fiscal posterior y selectivo, pilar esencial de la Constitución, se ve sustituida por el control preventivo y concomitante introducido con el Acto Legislativo 4 de 2019. Para probar lo anterior demostraré dos hipótesis: (a) el control concomitante y preventivo es, en esencia, un control previo; y (b) de acuerdo con su configuración normativa en el Acto Legislativo 4 de 2019, el control preventivo y concomitante tiene una naturaleza tal que conlleva a una interferencia indebida de la Contraloría General de la República en las decisiones fiscales de la Administración Pública. Ambas situaciones devienen en una incompatibilidad axiológica absoluta entre el control preventivo y concomitante con el posterior y selectivo, debiendo permanecer solo este último dentro del ordenamiento constitucional.

a. El control preventivo y concomitante es, en esencia, un control previo.

El carácter previo del control fiscal corresponde al *momento* en el cual este se realiza. Este implica su ejercicio antes de que la Administración, por medio del gestor fiscal, haya terminado de decidir cómo y en qué ejecutar sus recursos. Acudiendo al artículo 2 del Decreto 925 de 1976, el cual reglamentó el control fiscal durante la vigencia de la Constitución de 1886, se puede verificar tal circunstancia:

“Artículo 2: El control previo que le corresponde ejercer a la Contraloría General de la República en las entidades bajo su fiscalización, consiste en examinar con antelación a la ejecución de las transacciones y operaciones, los actos o documentos que las originan o respaldan, para comprobar el cumplimiento de las normas, leyes, reglamentaciones y procedimientos establecidos.”

Teniendo en cuenta lo anterior, es menester determinar el *momento* al cual corresponde la característica de preventivo y concomitante, introducida por el Acto Legislativo 4 de 2019 al control fiscal, con el fin de verificar si encaja dentro del supuesto de control previo.

Según la RAE, preventivo es el participio pasado del verbo prevenir, cuyos significados más acordes con el contexto son “advertir, informar o avisar a alguien de algo” y “anticiparse a un inconveniente, dificultad u objeción”. ¿En qué momento es posible advertir, informar, avisar o anticipar a alguien de un inconveniente? Solo cuando aquel no ha ocurrido. En ese orden de ideas, solo es posible que la Contraloría advierta, informe, avise o anticipe de un daño (inconveniente) a la Administración antes de que se produzca, es decir, previo a que ella tome la decisión que lo generaría.

Los mecanismos para llevar a cabo el control preventivo, otorgados en la reforma constitucional son: la capacidad del Contralor de fungir, por sí mismo o intermedia persona, como policía judicial; la potestad de solicitar información a los sujetos del control fiscal y suspender al responsable de otorgarla en caso de que se niegue a hacerlo; la función de advertencia propiamente dicha; y la facultad de suspensión, verdad sabida y buena fe guardada, que ahora se hace extensiva a autoridades del nivel territorial en virtud del control prevalente.

Remontándose a la definición de control previo del Decreto 925 de 1976, se evidencia que mediante las facultades de ejercer como policía judicial (que le permitiría ingresar a las entidades para hacer inspecciones, incautar documentos, entre otras posibilidades) y de solicitar información, la Contraloría logra el cometido de examinar la actuación, documentos, soportes y demás aspectos de la Administración antes de la ejecución de su gestión fiscal.

Una vez el ente de control fiscal obtiene información suficiente a través de los mecanismos descritos, puede activar su función de advertencia a la Administración. Esta competencia, que a diferencia de las enunciadas anteriormente se circunscribe únicamente al control preventivo por su propia naturaleza, confirma que esta modalidad de fiscalización solo tiene sentido si se realiza antes de la toma de decisiones por parte del gestor fiscal. Tres razones sustentan lo anterior:

- (i) La norma dispone que se utiliza en operaciones o procesos en ejecución.³⁹ Es decir, procesos que aún no han finalizado porque falta que se tome una determinación final.
- (ii) La finalidad de la advertencia emitida por el Contralor General es prevenir la ocurrencia de un daño cuando existe “riesgo inminente” de que eso pase.⁴⁰ De ello se desprende que no puede haber una decisión en firme cuando la advertencia se lance, pues carecería de toda utilidad.
- (iii) En último lugar, la advertencia busca incidir en la conducta del gestor fiscal, toda vez que, como la norma textualmente lo dice, se realiza para que aquel “adopte las medidas que considere procedentes para evitar que se materialice o se extienda [el daño]”.⁴¹ Esto solo es fácticamente viable si la prevención se realiza antes de que haya una decisión.

Es así como la naturaleza del control preventivo, y las herramientas que le fueron conferidas al Contralor General de la República para ejercerlo, dan cuenta de que se trata de un verdadero control previo, tal como era definido bajo la Constitución de 1886 y como se puede deducir lógicamente en la actualidad, pues para garantizar su

³⁹ Numeral 13, artículo 268 de la Constitución Política.

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ *Ibíd.*

efectividad se debe realizar antes de que la Administración tome cualquier decisión fiscal.

Visto que el concepto de control preventivo encaja dentro de la definición de control previo, corresponde hacer un análisis similar con el control concomitante. Según el diccionario de la RAE, el significado de concomitante es “*que aparece o actúa conjuntamente con otra cosa.*” Debe entonces preguntarse la Corte, ¿frente a qué elemento actúa conjuntamente el control? Y la respuesta no puede ser otra que este control se ejerce a la par del proceso de decisión del gestor fiscal sobre la destinación y ejecución de los recursos de la entidad. A ella se llega por lo siguiente:

En primer lugar, no es razonable pensar que el control concomitante puede ocurrir después de que termine el proceso de gestión fiscal de la Administración. Todo lo que ocurre de forma posterior a ese momento ya es objeto del control posterior, instaurado desde 1991 como fundamento central. Desde este punto de vista, no habría ningún cambio y el fin de la reforma sería nugatorio, pues carecería de todo efecto útil.

En segundo lugar, se debe considerar que la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el contenido del control posterior, indicando que es todo aquel que se realiza después de que la entidad sujeta a control ha finalizado todas las decisiones sobre la gestión de sus recursos públicos. Así, en la sentencia C-103 de 2015, el Alto Tribunal hace un recuento sobre la jurisprudencia reiterada y pacífica que corrobora la afirmación anterior y puntualiza lo siguiente:

“32. En definitiva, de los pronunciamientos analizados se infiere que la naturaleza posterior del control fiscal externo que lleva a cabo la Contraloría no desdice su carácter amplio e integral, ni riñe con que el mismo se realice de manera oportuna (C-623 de 1999, C-967 de 2012). Dicho control comprende dos actividades o momentos diferenciados: (i) la labor de vigilancia propiamente dicha, a través de la práctica de auditorías; (ii) el inicio de procesos de responsabilidad fiscal (C-577 de 2009). En relación con la primera, el momento que marca el inicio de la intervención legítima del ente de control es una vez la entidad sujeta a control ha adoptado las decisiones relativas a la disposición de recursos públicos y ejecutado los procesos que serán objeto de fiscalización posterior (C-119 de 1999, C-623 de 1999, C-648 de 2002). Esto quiere decir que, la Contraloría no debe anticiparse ni inmiscuirse en la ejecución de procesos o la adopción de decisiones, sino que debe honrar el carácter posterior de su intervención y salvaguardar la necesaria autonomía del quehacer administrativo, y la del propio ente de control, ejerciendo sus atribuciones en forma posterior.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En consecuencia, lo único que queda por fuera de la órbita del control posterior es todo aquello que sucede de manera previa a la terminación del proceso de gestión fiscal por la Administración. De ahí que, considerando el efecto útil de la reforma constitucional, lo que ocurre antes de ese momento debe entenderse como el objeto del control concomitante. Ello es coherente con lo planteado en la exposición de motivos del proyecto de Acto Legislativo, donde se indica que este control se activa incluso desde las fases de planeación y para cualquier proceso administrativo en ejecución:

“El control concomitante debe entenderse con referencia al “momento” en que puede intervenir el órgano de control fiscal, el cual estará determinado por la identificación de un riesgo o presunción de un daño sobre el patrimonio público, que se realiza en desarrollo de la vigilancia de la gestión fiscal. Esa circunstancia entonces activa el

control, *aun cuando se trate de operaciones que inician desde sus fases de planeación o procesos en ejecución.*” (Subrayado y negrillas fuera de texto).

De este modo se concluye que no hay diferencia alguna entre el control previo vigente bajo la Constitución de 1886 y el control preventivo y concomitante introducido por el Acto Legislativo 4 de 2019. El cambio de adjetivo –de *previo a preventivo y concomitante*- no implica que en la práctica sean diferentes. Por el contrario, este no es más que un eufemismo pues, como se demostró, habilita al Contralor General de la República para ejercer control sobre la Administración antes de que ella tome una decisión sobre sus recursos mediante el uso de distintas facultades que tienen como fin último incidir en la gestión fiscal de la entidad mediante la función de advertencia.

Lo anterior se traduce en revivir la coadministración que el Constituyente de 1991 decidió eliminar por transgredir la separación de poderes, fundamental dentro del Estado Social de Derecho, razón por la que sustituye pilares esenciales sobre los cuales se estructuró el control fiscal y la propia estructura estatal colombiana.

b. De acuerdo con su configuración normativa en el Acto Legislativo 4 de 2019, el control preventivo y concomitante tiene una naturaleza tal que conlleva a una interferencia de la Contraloría General de la República en las decisiones fiscales de la Administración Pública.

La naturaleza del control preventivo y concomitante es la misma que la del control previo y de advertencia. Ambos modelos de control fueron rechazados por la Asamblea Nacional Constituyente debido a los problemas que generaban, tal como fue explicado en el apartado de la premisa mayor.

Tratándose de la función de advertencia en sí, el Acto Legislativo plantea que es la principal herramienta mediante la cual se materializa el control preventivo y concomitante. Este mecanismo, como fue previamente reseñado, tiene etapas antecedentes y la formalización de la advertencia como tal:

- (i) Recolección de información contenida en documentos, actas y demás soportes de la Administración para verificar que el correcto ejercicio de su gestión fiscal. Tal recaudo de insumos se logra vía el ejercicio de funciones de policía judicial, entre otras alternativas.
- (ii) La Contraloría General cuenta con la facultad de sancionar, incluso con suspensión del cargo, a quien no entregue la información sobre la gestión fiscal de la entidad bajo control, cuando tuviere la obligación de hacerlo. Esta función es un mecanismo de disuasión para que se le permita acceder sin pretextos a lo que necesita.
- (iii) Finalmente, recabada y analizada la información, el Contralor General tiene la potestad de proferir una advertencia al gestor fiscal de la entidad objeto de control preventivo y concomitante, en caso de hallar un riesgo inminente de daño patrimonial. A pesar de que carece de poder vinculante, la advertencia emitida tiene como fin incidir en la decisión final que vaya a tomar el gestor fiscal.

Estos poderes, otorgados por el Acto Legislativo 4 del 2019 al Contralor General de la República, generan un desequilibrio entre la cabeza del ente fiscalizador y la

Administración Pública, donde el primero adquiere una condición de superioridad respecto de la segunda. De ahí que la capacidad sancionatoria del Contralor, así como la posibilidad de usar la información recolectada en ejercicio del control preventivo y concomitante en un proceso de responsabilidad fiscal posterior, generan presiones suficientes sobre el gestor fiscal para que actúe y tome decisiones según le indica el órgano de control. Esta situación resulta contraria a la separación de poderes sobre la cual se fundamenta la estructura orgánica del Estado colombiano.

Adicionalmente, las advertencias emitidas por el Contralor condicionan negativa y desproporcionalmente el ejercicio del control fiscal posterior y selectivo, sea si se atienden o si no. Veámonos:

- **Atender el control de advertencia:** de acatarse las recomendaciones del ente fiscalizador y aun así ocurrir el daño, la Contraloría carecería de elementos suficientes para poder endilgar responsabilidad fiscal al gestor de la entidad afectada. Ello porque se requiere comprobar la culpa grave o dolo de aquel para hallarlo responsable, elemento que no puede ser demostrado si la persona obró según las instrucciones dadas por la cabeza del órgano de control. La consecuencia última de esto es el alto riesgo de no recuperación de recursos públicos bajo esa justificación, con lo que la Contraloría incumpliría su función constitucional de salvaguardar el patrimonio de la Nación.
- **No atender el control de advertencia:** si no se acogen las recomendaciones de la Contraloría y se produce el daño, la advertencia emitida constituye un anticipo del control posterior que el ente fiscalizador ejercerá sobre el gestor fiscal, como se indica en la propia exposición de motivos del Acto Legislativo 4 de 2019. Esta situación implica prejuzgar la conducta del gestor fiscal, pues si en la advertencia se le hacía responsable de un posible detrimento patrimonial que finalmente ocurrió, no será otra la conclusión a la que se llegue en el proceso de responsabilidad fiscal que se le adelante posteriormente. Lo anterior conlleva al quebranto del debido proceso del disciplinado (artículo 29 de la Constitución), sin contar que este se ve aún más comprometido por la condición de juez y parte de la Contraloría General de la República dentro del procedimiento de responsabilidad.

Así las cosas, no es necesario que el control preventivo y concomitante sea de obligatorio cumplimiento, o que no contenga directrices explícitas sino solo advertencias, para que posea un nivel de incidencia tal en los gestores fiscales que, por su naturaleza, resulte en una intromisión dentro de actividades administrativas ajenas a las propias. Se use de forma amplia o de manera excepcional, la sola permisión desdibuja los límites establecidos por la Constitución de 1991 sobre las funciones entre la Administración y la Contraloría General de la República.

Además, pese a la insistencia de los autores de la reforma constitucional en que el control preventivo y concomitante y el control posterior y selectivo pueden coexistir, lo cierto es que el primer tipo de control compromete gravemente la adecuada ejecución del segundo y las garantías aplicables dentro de su desarrollo, tal como ya fue explicado. Por tanto, su coexistencia no es más que formal, pues el control preventivo y concomitante lesiona fuertemente las finalidades constitucionales del control posterior y selectivo (**incompatibilidad axiológica**).

La Corte Constitucional, que en su jurisprudencia ha recogido los reparos del Constituyente al modelo anterior, también ha advertido del potencial que tiene la

función de advertencia de influir en las decisiones sobre gasto y ejecución de recursos públicos, propias de la Administración Pública en general. A continuación, me permito citar in extenso:

“54. Ciertamente las cautelas que la propia Contraloría ha dispuesto para el ejercicio de esta función [de advertencia] marcan una diferencia con los conceptos que, bajo el anterior esquema de control previo, emitía dicha entidad, algunos de los cuales fueron en su momento declarados nulos por el Consejo de Estado, por cuanto el carácter vinculante que el ente de control pretendía atribuir a sus propios conceptos representaba una injerencia indebida y desconocía la prohibición de coadministración, para entonces contenida en el artículo 59 de la Constitución de 1886.

*55. Pero aun con estas previsiones, **el ejercicio de esta modalidad de control fiscal ex ante que representa la función de advertencia conserva una efectiva capacidad de incidir en las decisiones y en el curso de los procesos y operaciones de las autoridades administrativas sometidas a vigilancia, en tanto mantiene el potencial de disuadir al destinatario de la advertencia de mantener el curso de acción objeto de reparos. En efecto, la formulación de un llamado de atención por parte del máximo ente de control externo sobre el eventual riesgo o amenaza de detrimento patrimonial advertido en una determinada operación administrativa, incluso si está desprovista de un tono imperativo y formalmente carece de efectos vinculantes, conserva una efectiva capacidad disuasoria, que en la práctica se resuelve en la suspensión de la decisión o del curso de acción sobre el cual la Contraloría ha manifestado previamente sus reservas.***

Analizar el lenguaje desde una perspectiva pragmática implica indagar por el tipo de acto de habla. En tal sentido, se ha señalado que cuando se profiere una emisión lingüística se realizan de manera simultánea tres tipos de acciones: (i) el acto mismo de decir, de pronunciar o escribir las palabras (acto locucionario). (ii) Aquello que el hablante se propone hacer a través del acto de habla proferido, por ejemplo, “advertir”, “preguntar”, “describir”, “prometer”, “ordenar”, “sugerir”, etc. (acto ilocucionario). (iii) El efecto o consecuencia que genera en el destinatario, por ejemplo, como consecuencia de una promesa el oyente podrá albergar una expectativa, o una orden puede generar en el destinatario la necesidad de dirigir su acción en el sentido ordenado (acto perlocucionario).

En el nivel ilocucionario cabe distinguir entre actos de habla descriptivos, directivos, expresivos, etc., a partir de la finalidad implicada en el mismo. El uso directivo del lenguaje es aquél cuyo propósito es influir en la conducta del destinatario, generándole una razón para actuar en el sentido indicado por la directiva. El uso directivo comprende, a su vez, un amplio espectro de matices, que en general dan lugar a distinguir entre directivas fuertes (“orden”, “prohibición”) y débiles (“consejo”, “ruego”, “advertencia”, “súplica”, “sugerencia”, entre otros).

La distinción entre directivas fuertes y débiles depende, en un primer nivel de análisis, de la manera en que se expresen, esto es, de las palabras y el tono empleado para comunicarlas: así, el uso de un lenguaje y un tono imperativo es propio de las directivas fuertes, mientras que las directivas débiles apelan a expresiones y a un tono más comedido. Sin embargo, esta perspectiva de análisis es insuficiente pues un elemento determinante para distinguirlas es establecer si quien profiere la directiva está en situación de ejercer autoridad o coacción sobre el destinatario, de tal suerte que, por ejemplo, una directiva fuerte (una orden, o prohibición) no es tal por el solo hecho de que su emisor emplee un lenguaje imperativo; sólo será exitosa si quien la emite está en posición de autoridad respecto del destinatario. Del mismo modo, en ocasiones quien ostenta autoridad puede dirigirse a sus subordinados en un tono suave y con expresiones matizadas para requerirles un determinado curso de acción (“entrega este informe mañana temprano, te lo ruego”), pero su destinatario tendrá elementos para

interpretar que el emisor no está profiriendo un ruego y podrá entender más bien que le dirige una orden, incluso allí donde la auténtica intención del emisor sea la de pedir un favor. Así pues, la interpretación del tipo de directiva de que se trate, y de su efecto perlocucionario, requiere tener en cuenta no sólo las palabras y el tono empleados por el hablante sino, de manera determinante, si el mismo ostenta una posición de mando respecto del destinatario. Esto último ocurre, entre otras hipótesis, cuando quien emite la directiva está en posición de compeler al destinatario para acatar el contenido de la directiva o sancionarlo en caso de incumplimiento.

*De acuerdo con lo anterior, las advertencias constituyen una modalidad de uso directivo del lenguaje, por cuanto este tipo de actos de habla se emiten con el propósito de suministrar al destinatario una razón para actuar conforme a la advertencia (realizando o absteniéndose de hacer una acción determinada). En ese orden de ideas, establecer si una advertencia ha de interpretarse como una directiva débil, que no pretende tener ni tiene efectos vinculantes para su destinatario, o bien como una directiva fuerte, que pretende o de hecho genera un efecto compulsivo, no dependerá tanto del tono empleado por el emisor, sino de si el mismo está en posición de ejercer autoridad respecto de la persona a quien se dirige. **La hipótesis prevista en la norma demandada contempla un supuesto en donde quien profiere la advertencia está en situación de ejercer autoridad sobre el destinatario, por cuanto se trata precisamente de la entidad que tiene a su cargo el control externo y el ejercicio de la potestad sancionadora en materia fiscal respecto de las personas y entidades sometidas a este tipo de controles. Así las cosas, aunque la Contraloría no formule sus advertencias en un tono imperativo y se cuida de imponer a la administración un cierto curso de acción, la posición en que se halla esta entidad respecto de los destinatarios del control de advertencia, genera en estos últimos una disposición a interpretar tales advertencias como directivas fuertes y, en consecuencia, a conferirles una injerencia decisiva al momento de efectuar el balance de razones para acatar la advertencia.***

*Esta efectiva capacidad de la formulación de advertencias para incidir, por vía negativa, en las decisiones en materia de gestión fiscal de las entidades sometidas a control, viene dada por dos circunstancias: (i) como lo establece la propia norma demandada, **el ejercicio de la función de advertencia trae implícito el ejercicio de control posterior sobre los hechos respecto de los cuales recae la advertencia, de tal suerte que en estos casos el ulterior control deja de ser una mera posibilidad en abstracto (en virtud de su naturaleza selectiva) sino que el funcionario destinatario de la advertencia tiene la certeza de que la operación objeto de controversia será objeto de fiscalización posterior. Pero además (ii) la libertad del funcionario o entidad a quien se dirige la advertencia se reduce considerablemente. Si la libertad implica la opción de elegir entre cursos de acción diversos, cuando uno de estos ha merecido reparos por parte de la autoridad encargada de efectuar control fiscal externo, dotada de la capacidad de investigar y, eventualmente, sancionar directamente o solicitar la imposición de sanciones disciplinarias al funcionario que ha desatendido la advertencia, elementales consideraciones de racionalidad práctica indican que la formulación de una advertencia reduce las posibilidades decisorias del gestor fiscal, pues cierra o, al menos, siembra de graves riesgos el transitar por el camino que ha merecido la sospecha del ente de control.**⁴² (Subrayado y negrillas fuera de texto).*

Aunque la Corte hizo estas consideraciones en una sentencia que estudió la constitucionalidad de una norma legal, y no de un Acto Legislativo, lo cierto es que sus conclusiones son extrapolables para el caso bajo estudio, pues tienden a probar

⁴² Corte Constitucional. Sentencia C-103 del 2015.

la incidencia de las advertencias de la Contraloría en el actuar de la Administración, incluso cuando carezcan de vinculatoriedad.

La situación de interferencia indebida en las decisiones fiscales de la administración que genera la reforma acusada cumple con las hipótesis que, acorde con la jurisprudencia constitucional, derivan en una sustitución del principio de separación de poderes, que en el caso particular estaba garantizado antes del Acto Legislativo 4 de 2019 por el control fiscal posterior y selectivo. Las hipótesis son las siguientes:

“Según lo expuesto, se advierte que la Corte ha considerado que se sustituye la Constitución, en lo que tiene que ver con el principio de separación de poderes, cuando a través de un acto legislativo (i) se suplanta una de las ramas del poder, a través de la asignación de sus competencias a otros órganos; y, a su vez; (ii) ese traslado de competencia genera que el acto jurídico resultante quede excluido de los controles que la misma Constitución prevé, en especial el control judicial.”⁴³

El cumplimiento del acto reformativo demandado con los dos supuestos de hecho citados se deriva de que (i) le atribuye a la Contraloría General de la República, de forma indirecta, funciones administrativas distintas a las de su propia organización y (ii) esta intervención en la Administración carece de cualquier control material, incluso por parte del aparato judicial. Las consideraciones para aseverar esto se explican enseguida:

(i) Las funciones administrativas otorgadas a la Contraloría de manera indirecta tienen que ver con la capacidad de tomar decisiones tales como: la suficiencia de la información para ejecutar un proyecto, su necesidad, la oportunidad para iniciar su proceso de licitación, las calidades del adjudicatario, las condiciones bajo las que debe celebrarse el contrato para su realización, entre otros aspectos. Esto se explica en la medida de que son asuntos que repercuten directamente en la posibilidad de que se produzca o no un futuro detrimento patrimonial.

Circunstancias como las antes enunciadas son consideraciones inherentes al trabajo del gestor fiscal, quien es la persona encargada de evaluar todas esas variables para determinar cómo proceder y tomar las decisiones administrativas que corresponda.

La potestad de la Contraloría de recaudar información y advertirle al gestor fiscal de riesgos, que pueden estar originados en cualquier etapa del proceso de destinación de recursos, da lugar a la facultad para que influya en decisiones que se escapan de su naturaleza de órgano de control y que competen exclusivamente a la Administración Pública, como las descritas previamente. Con ello se trasgrede el mandato de no ejercicio de funciones administrativas –por cualquier modalidad– diferentes a las de su propia organización.

(ii) Los actos jurídicos emitidos por la Contraloría son, teóricamente, actos de control. Sin embargo, sus efectos jurídicos son asimilables, cuando no iguales, a los de los actos administrativos. Independientemente de su denominación formal - resolución, circular, fallo de responsabilidad fiscal, entre otros-, los documentos del órgano de control fiscal comparten dos características con los de la Administración: (a) manifiestan su voluntad unilateral y (b) producen, en menor o mayor medida, efectos jurídicos sobre el destinatario del acto (general o particular). Estas circunstancias permiten, y hacen necesario, su control material por parte del aparato judicial.

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia C-288 del 2012.

Sin embargo, el acto mediante el cual la Contraloría realiza la advertencia al gestor fiscal de la entidad vigilada no tiene las características mencionadas. Por el contrario, su naturaleza jurídica lo hace más cercano al concepto jurídico. Mediante este, el órgano fiscal no manifiesta su voluntad unilateral, sino que solo tiene como finalidad dar una opinión, de donde deviene su carácter de no vinculante.⁴⁴ De esta última característica se desprende su imposibilidad de producir efectos jurídicos.

Al no haber un contenido jurídico que pueda ser valorado, no es legalmente viable ni relevante su control por parte de la administración de justicia. Esto es de suma gravedad considerando que la advertencia no se emite en un momento cualquiera, sino en el ejercicio del control preventivo y concomitante, que como se ha explicado, supone una injerencia impertinente del ente fiscal en decisiones administrativas que no competen a su propia organización.

Así, pese a su nivel de influencia dentro de las determinaciones de la Administración Pública, el Contralor General de la República se sustrae de todo tipo de control administrativo y judicial cuando ejerce su función de advertencia, tanto contencioso administrativo como constitucional. La responsabilidad y control judicial, que en principio deben soportar tanto el órgano de control como la Administración, recaen única y exclusivamente sobre el gestor fiscal.

Permítame la Corte responder otro interrogante relevante para la decisión. ¿Existe dentro del ordenamiento constitucional un órgano de control con funciones preventivas y concomitantes similares a las otorgadas a la Contraloría General de la República por el Acto Legislativo 4 de 2019? Sí: la Procuraduría General de la Nación, a quien los Constituyentes de 1991 le otorgaron la función de *“intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.”*⁴⁵ El ejercicio de esta facultad está regulado en el artículo 160 de la Ley 734 de 2002:

“Artículo 160. MEDIDAS PREVENTIVAS. Cuando la Procuraduría General de la Nación o la Personería adelanten diligencias disciplinarias podrán solicitar la suspensión del procedimiento administrativo, actos, contratos o su ejecución para que cesen los efectos y se eviten los perjuicios cuando se evidencien circunstancias que permitan inferir que se vulnera el ordenamiento jurídico o se defraudará al patrimonio público. Esta medida sólo podrá ser adoptada por el Procurador General, por quien éste delegue de manera especial, y el Personero.”

Las características principales que comparten las funciones preventivas de la Contraloría y de la Procuraduría son que (a) recaen sobre la Administración Pública y (b) no son vinculantes. Sin embargo, la naturaleza jurídica de la facultad atribuida a la Procuraduría no da lugar a que ella interfiera en las competencias propias del Ejecutivo y, por tanto, no compromete la separación de poderes bajo los supuestos fijados jurisprudencialmente. Las razones para asegurar lo anterior son que, incluso existiendo la posibilidad de que el ente de control disciplinario solicite la suspensión de una actividad administrativa por posible detrimento patrimonial, esta petición:

(i) Por la naturaleza de la Procuraduría, no se fundamenta en un control a la forma de ejecutar la inversión, sino en aspectos de legalidad y el cumplimiento de deberes funcionales. El carácter técnico, financiero y contable de la Contraloría permite que

⁴⁴ Así lo dispone el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011.

⁴⁵ Constitución Política. Artículo 277, numeral 7.

en el ejercicio de sus funciones se generen discrepancias con los gestores fiscales sobre cómo darle el mejor manejo a los recursos del Estado. El doctor Jorge Humberto Botero, del Consejo Gremial Nacional lo retrata así:

“La experiencia ha demostrado que la Contraloría con frecuencia pasa por alto conceptos tan elementales como estos: (I) que suele haber varias maneras de realizar un mismo objetivo; (II) que pueden presentarse fenómenos de caso fortuito y fuerza mayor, y que, por lo tanto, existe una dimensión del riesgo que es inherente en todas las actividades públicas; (III) que no siempre es posible o conveniente desarrollar iniciativas en la forma en que inicialmente fueron concebidas, al extremo de que, en ocasiones, es mejor consolidar una pérdida para limitar el daño que continuar realizando inversiones a fondo perdido.”⁴⁶

Estas variables, que son propias de la gestión administrativa, son evaluadas e interpretadas por la Contraloría a su modo, de donde se deriva su capacidad de injerencia sobre la Administración, que puede tener otra perspectiva. En cambio, debido a que esas circunstancias no son competencia de la Procuraduría, sino que ella verifica el cumplimiento de la ley, cuya interpretación no es amplia, sus funciones no tienen la entidad tal para suponer que pueden influenciar el actuar de la Administración cada que solicita una suspensión.

(ii) A pesar de no ser un acto jurídico en sí mismo controlable por la Jurisdicción, se realiza en el marco de un proceso disciplinario en curso. El acto mediante el cual se pone fin al proceso es susceptible de revisión judicial, situación que permite al juez administrativo o constitucional pronunciarse no solo sobre el acto acusado, sino acerca de todas las actuaciones previas que condujeron a su expedición. En estas se incluye la solicitud de suspensión. En cambio, el control preventivo y concomitante de la Contraloría, así como las herramientas a través del cual se materializa, no se lleva a cabo dentro de un proceso formal. Ello permite mayor discrecionalidad para ejercerlo y elimina toda posibilidad de que sus resultados se viertan en un acto susceptible de control judicial.

(iii) En todo caso, la Asamblea Nacional Constituyente no consideró que las funciones de la Procuraduría implicaran una injerencia en el actuar de la Administración Pública y por tanto no dispuso que su control tuviera que ser únicamente posterior, como sí lo hizo al tratar el modelo de control fiscal donde lo estableció como pilar. De este modo se prueba cómo las nuevas facultades preventivas otorgadas a la Contraloría General de la República no son, en ningún caso, jurídicamente asimilables a las que posee de antaño la Procuraduría General de la Nación.

Todo lo explicado demuestra cómo la extinta interferencia del ente de control fiscal en decisiones administrativas, ya advertida por la Corte Constitucional, es la misma que revive el Acto Legislativo impugnado. La diferencia está en que ya no se trata de una interferencia inconstitucional, sino de una rotura⁴⁷ de tal entidad que sustituye pilares estructurales del Estado colombiano como la separación de poderes, materializada en el control fiscal mediante su consagración como posterior y selectivo.

⁴⁶ Jorge Humberto Botero, «Reforma de la Contraloría», *La República* (2 de agosto de 2019), <https://www.larepublica.co/analisis/jorge-humberto-botero-401275/reforma-de-la-contraloria-2892142>

⁴⁷ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-588 de 2009.

c. La academia, sectores sociales, congresistas, entre otros, también han explicado por qué el control preventivo y concomitante sustituye pilares esenciales de la Constitución.

El asunto aquí discutido no ha pasado desapercibido para la opinión pública. Por el contrario, ha suscitado un extenso debate jurídico que da cuenta que la concepción del control fiscal preventivo y concomitante como elemento sustitutivo de la Constitución no es una postura individual, sino una tesis ampliamente acogida y constantemente advertida al Legislador, quien la pasó por inadvertida para proceder con su presurosa y extremadamente célere aprobación.

El profesor Héctor Riveros, ex viceministro del interior (condición en la que participó en el proceso constituyente), abogado experto en derecho constitucional y columnista de La Silla Vacía, se ha referido al tema en distintas ocasiones a través de su espacio en ese portal. Antes de ser aprobado el Acto Legislativo, aseveró que el control preventivo y concomitante es la primera gran contrarreforma a la Constitución de 1991 por implicar un *“desbarajuste institucional de enormes consecuencias”* y prosiguió diciendo:

“El proyecto permitiría que el Contralor se inmiscuyera en prácticamente todas las decisiones administrativas importantes y fuera él quien finalmente tuviera la última palabra, so pretexto de un “control preventivo” y “en tiempo real”, que en la práctica se traduce en que sería ese funcionario quien finalmente valoraría los riesgos implícitos en una decisión gerencial.

Si el texto estuviera vigente, sería el Contralor, por ejemplo, quien resolviera el debate sobre si está o no la información completa para adjudicar el contrato de construcción de la primera fase del metro de Bogotá, porque pretextando actuar preventivamente podría ordenar suspender la licitación hasta tanto, a su juicio, se completaran los estudios, con el agravante de que podría ordenar suspender al alcalde si no actúa conforme a su criterio.”⁴⁸

El doctor Jorge Humberto Botero, presidente del Consejo Gremial Nacional previamente citado, también se refirió en su columna de La República a que no había claridad sobre las diferencias entre el control previo y el preventivo y concomitante:

“Es claro que el propósito de proteger los recursos públicos antes de que se materialice su dilapidación es un objetivo loable, aunque no es clara la diferencia entre los controles preventivos y concomitantes que se proponen, y el control previo que tan malos resultados produjo.”⁴⁹

La falta de claridad que había durante el trámite del Acto Legislativo no fue solucionada en el texto final de la reforma. Antes bien, lo que quedó demostrado es que no hay diferencia alguna entre ambos modelos de control. A esa fue la conclusión a la que también llegó el ex constituyente Guillermo Perry (q.e.p.d), quien la expresó días antes de su lamentable deceso a través de su columna en El Tiempo:

⁴⁸ Héctor Riveros, «La primera gran contrarreforma constitucional desde 1991», *La Silla Vacía* (24 de agosto de 2019), <https://lasillavacia.com/primer-gran-contrarreforma-constitucional-desde-1991-73134>

⁴⁹ Jorge Humberto Botero, «Reforma de la Contraloría», *La República* (2 de agosto de 2019), <https://www.larepublica.co/analisis/jorge-humberto-botero-401275/reforma-de-la-contraloria-2892142>

“La “advertencia” debería ser un poder excepcional e indelegable, en cabeza del Contralor General, sujeto al visto bueno de un organismo asesor. Como está en el proyecto, reviviría el control previo que tanto corrompió la Contraloría y frenó la acción estatal. Sería un estímulo más para los frecuentes ‘falsos positivos’ del control público.”⁵⁰ (Subrayado fuera de texto).

Durante el trámite del sexto debate del proyecto de Acto Legislativo, que tuvo como escenario la plenaria de la Cámara de Representantes, la Representante Juanita Goebertus presentó ponencia negativa al proyecto de reforma, toda vez que contenía elementos sustitutivos de la Constitución. El texto completo sobre la sustitución del pilar esencial de separación de poderes se encuentra transcrito en la Gaceta del Congreso 743 del 2019. A modo ilustrativo cito el último apartado:

“Finalmente, si bien el PAL dice que el control no implicará coadministración, en la práctica los riesgos son considerables. En el modelo anterior tampoco se reconocía la coadministración y en la implementación del modelo de control previo y preventivo, se produjo el fenómeno de excesiva intervención en las funciones de la administración.

En conclusión, el control previo (así se llame preventivo y se diga que no va a haber coadministración) desconoce que el modelo constitucional de 1991 prevé la separación de las funciones de ordenación y supervisión del gasto, la primera en cabeza de la administración y la segunda a cargo de los órganos de control; asimismo, pasa por alto que existen mecanismos para ejercer un control previo dentro de la administración, a saber el control interno de las entidades, y que es labor de la CGR armonizarlos con el control externo; no apunta a fortalecer el control social a la gestión fiscal; y, por último, presume, sin suficiente fundamento, que para fortalecer el control fiscal se requiere una reforma constitucional, en lugar de voluntad política y eficiencia administrativa.”⁵¹ (Subrayado fuera de texto).

Aprobada la reforma constitucional al control fiscal, las voces de quienes aseguran que el control preventivo y concomitante implica revivir el control previo e incide en la gestión pública no han cesado. Ese es el caso de la profesora Catalina Botero, decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y experta en derecho constitucional, quien expresó que el nuevo modelo “*revive el control previo (con otro nombre, pero similar), lo que se convierte en un inaceptable y antidemocrático instrumento de incidencia en la gestión pública.*”⁵²

Cada una de las consideraciones aquí referidas se dirigen al mismo punto argumentado y desarrollado en esta demanda de inconstitucionalidad: el modelo de fiscalización introducido por el Acto Legislativo 4 de 2019 sustituye el pilar esencia de separación de poderes, que en cuanto a control fiscal se refiere se garantiza manteniendo una vigilancia exclusivamente posterior y selectiva.

⁵⁰ Guillermo Perry, «Contraloría leviatán y ‘Márquez’», *El Tiempo* (31 de agosto de 2019), <https://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/guillermo-perry/contraloria-leviatan-y-marquez-columna-de-guillermo-perry-407352>

⁵¹ Gaceta del Congreso 743 del 2019.

⁵² Catalina Botero Marino, «El ratón cuidando al queso», *Ámbito Jurídico* (26 de septiembre de 2019), <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnistas/administrativo-y-contratacion/el-ration-cuidando-al-queso-catalina-botero>

d. Conclusiones

De la forma como quedó concebido el control preventivo y concomitante en el Acto Legislativo 4 de 2019 se desprenden dos premisas ampliamente probadas a los largo de esta demanda. Primero, que este modelo de control es, en esencia un control previo. Segundo, que conlleva a una interferencia sensible de la Contraloría General de la República en asuntos exclusivos de la Administración Pública. Teniendo por probado ambas afirmaciones, después de un extenso análisis semántico como jurídico, se llega a las siguientes conclusiones.

- (i) El control preventivo y concomitante puede coexistir formalmente con el posterior y selectivo, como lo suponen los autores del Acto Legislativo. Sin embargo, es imposible que lo hagan axiológicamente. Mientras exista un mandato de no intervención de la Contraloría en asuntos administrativos diferentes a los de su propia administración, la Constitución no puede a su vez autorizar al órgano de control fiscal adelantar funciones que implican una sensible interferencia en las decisiones fiscales de la administración pública. Esto último es lo que hace el control preventivo y concomitante.
- (ii) Para el ejercicio adecuado del control preventivo y concomitante, la Contraloría General debe ejercer facultades con profunda intromisión en la Administración Pública, que la disuadan a actuar conforme a lo que el ente de control quiere. La potestad de recaudar información sin límites –y por fuera de un proceso abierto formalmente-, de suspender a quien se oponga a entregar la documentación solicitada y de generar advertencias sobre operaciones en curso frenan el quehacer de los gestores fiscales (y de su entidad), pues los hace sentir en una posición de indefensión jurídica. Esta situación se presenta en todos los niveles del Estado y le permite al ente fiscalizador conceptuar sobre variables que solo la Administración Pública está llamada a valorar.
- (iii) El control preventivo y concomitante elimina cualquier posibilidad de ejercer el control posterior y selectivo cuando, incluso atendiendo a la advertencia por causa del primero, se genera un detrimento patrimonial. Obrar conforme a las precauciones emitidas por el Contralor General hace desaparecer el título de imputación (dolo o culpa grave), lo que supone la ausencia de un elemento necesario para determinar la responsabilidad fiscal de un funcionario. De este modo, su existencia y ejercicio trunca el cumplimiento efectivo de los fines del control posterior y selectivo, cuales son salvaguardar el erario y garantizar que los responsables de defraudarlo respondan.
- (iv) El control preventivo y concomitante no se concreta en ningún acto jurídico susceptible de control administrativo ni mucho menos judicial, pese a sí tener repercusiones en el actuar de una parte del andamiaje estatal. Así, la función de advertencia de la Contraloría se convierte en el único acto del Estado cuyos efectos no son susceptibles de ser revisados en ninguna instancia, cuando incluso las propias facultades discrecionales del Presidente de la República sí lo pueden ser.

Las funciones administrativas que indirectamente entrega el Acto Legislativo 4 de 2019 al órgano de control fiscal, su ejercicio sin posibilidad de control alguno y su incompatibilidad absoluta con los fines y ejecución del control posterior y selectivo permiten asegurar que el control previo cercena la autonomía e independencia de la Administración Pública por cuenta de la Contraloría General de la República. Por

tanto, no estamos ante un proceso de ajuste o revisión del modelo de control fiscal colombiano para superar experiencias frustradas. Nos encontramos ante una profunda alteración del diseño y la arquitectura institucional acogida por el Constituyente de 1991 que remueve dos de sus pilares esenciales: el principio de separación de poderes y el modelo de control fiscal posterior y selectivo como manifestación de aquel.

Así pues, las reformas introducidas por el Acto Legislativo 4 de 2019 hacen que la Constitución de 1991 sea totalmente diferente a lo que era antes, pues altera gravemente el principio fundante de su estructura organizacional. La única manera de recomponer el sano equilibrio de poderes en el Estado colombiano es declarando inexecutable la reforma o, por lo menos, toda mención y facultad relacionada con el control fiscal preventivo y concomitante.

4.- La aptitud del cargo formulado.

Este cargo cumple con los requisitos exigidos por la jurisprudencia para que la Corte se pronuncie de fondo. En primer lugar, ha sido formulado con claridad,⁵³ pues partiendo de una premisa mayor, y pasando por una premisa menor, se llega a una conclusión donde se realiza el análisis de sustitución de pilares esenciales de la Constitución de 1991. En cada uno de estos pasos se sigue un hilo conductor que permite comprender el contenido de la acusación y las justificaciones en las que se basa.

En segundo lugar, recae sobre una proposición cierta,⁵⁴ es decir, verificable, que se desprende del texto de un Acto Legislativo existente y vigente. El alcance que se le da al contenido del articulado acusado se deriva de una interpretación que no está basada en conjeturas, sino que ha sido debidamente constatada.

En tercer lugar, los argumentos presentados son pertinentes,⁵⁵ pues ponen de presente que el Congreso de la República excedió su poder de reforma, toda vez que el control concomitante y preventivo aprobado por ese órgano sustituye al control posterior y selectivo, por ser axiológicamente incompatible con él. Para justificar lo anterior no se hace uso de argumentos políticos ni prácticos que no tengan naturaleza ni relevancia constitucional.

⁵³ “El planteamiento debe ser *claro* de manera que la ilación de ideas permita entender cuál es el sentido de la acusación en contra del acto reformativo. Se trata simplemente de que la Corte pueda “*conocer*”, comprendiéndolas, las razones en las que se funda el desacuerdo respecto de la decisión del Congreso.” Sentencia C-053 de 2016.

⁵⁴ “El cuestionamiento requiere ser *cierto* y, en esa medida, el acto reformativo de la Constitución debe existir jurídicamente y encontrarse vigente. Adicionalmente, los contenidos que se le atribuyen deben derivarse de su texto. No puede fundarse su argumentación en la suposición de normas, en interpretaciones conjeturales del acto reformativo o en premisas relativas evidentemente falsas o inconsecuentes.” Sentencia C-053 del 2016.

⁵⁵ “El razonamiento debe ser *pertinente* y, en consecuencia, debe tratarse de un verdadero cargo que ponga de presente la infracción de las normas constitucionales relacionadas con la competencia del Congreso de la República para reformar la Carta. Son impertinentes aquellos argumentos fundados en la inconveniencia política de la reforma o en los problemas prácticos que puede suponer su aplicación, a menos que de estos últimos puedan desprenderse consecuencias de naturaleza constitucional. También carecen de pertinencia aquellas impugnaciones fundadas en la intangibilidad de normas constitucionales o en la violación de sus contenidos materiales.” Sentencia C-053 del 2016.

Finalmente, el cargo esgrimido es suficiente y específico,⁵⁶ ya que presenta amplias razones por las cuales la aprobación del acto reformativo de la Constitución por parte del Congreso desconoce las normas que le atribuyen su competencia. Además, está construido con base en la metodología exigida por la Corte Constitucional para la realización de los juicios de sustitución, de manera que presenta una premisa mayor, una premisa menor y un juicio de sustitución en sí, que por su naturaleza es diferente a un análisis o control material del Acto Legislativo impugnado.

VI.- SOLICITUD DE INEXEQUIBILIDAD

De acuerdo con los argumentos y consideraciones expuestas en esta demanda, solicito:

1.- Declarar inexecutable las expresiones *“y además podrá ser preventivo y concomitante”*; *“El control preventivo y concomitante no implicará coadministración y se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos, mediante el uso de tecnologías de la información, con la participación activa del control social y con la articulación del control interno. La ley regulará su ejercicio y los sistemas y principios aplicables para cada tipo de control”*; y *“El control concomitante y preventivo tiene carácter excepcional, no vinculante, no implica coadministración, no versa sobre la conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos, se realizará en forma de advertencia al gestor fiscal y deberá estar incluido en un sistema general de advertencia público. El ejercicio y la coordinación del control concomitante y preventivo corresponde exclusivamente al Contralor General de la República en materias específicas”*, todas ellas del artículo 1° del Acto Legislativo 4 de 2019.

2.- Declarar inexecutable las expresiones *“Advertir a los servidores públicos y particulares que administren recursos públicos de la existencia de un riesgo inminente en operaciones o procesos en ejecución, con el fin de prevenir la ocurrencia de un daño, a fin de que el gestor fiscal adopte las medidas que considere procedentes para evitar que se materialice o se extienda, y ejercer control sobre los hechos así identificados”*; y *“en todas sus modalidades”*, ambas del artículo 2° del Acto Legislativo 4 de 2019.

⁵⁶ “Como condición de suficiencia del cargo, los demandantes deben esforzarse por presentar de manera *específica* las razones por las cuales la aprobación del acto reformativo de la Constitución por parte del Congreso, desconoce las normas que le atribuyen su competencia. El esfuerzo de los ciudadanos debe, en consecuencia, contener explicaciones que den respuesta a la siguiente pregunta: ¿Por qué el acto legislativo impugnado constituye no solo una reforma de la Carta sino, en realidad, una sustitución de la misma? Con tal objetivo la argumentación debe reposar, en principio, en las líneas metodológicas del juicio de sustitución sin que ello implique –destaca la Corte– un deber de desarrollarlo con el mismo grado de profundidad que le corresponde a este Tribunal. Así las cosas, la demanda deberá (i) mostrar el eje definitorio de la Constitución presuntamente reemplazado por el Congreso, requiriéndose para ello su enunciación y la indicación de los referentes constitucionales a partir de los cuales se desprende. Estima la Corte que de encontrarse reconocido en la jurisprudencia, bastará que los demandantes lo invoquen e indiquen el precedente respectivo. A continuación y en una tarea fundamentalmente descriptiva es necesario (ii) exponer de qué manera el acto legislativo impacta el eje definitorio, a fin de identificar, al menos *prima facie*, las diferencias entre el régimen anterior y el nuevo. Finalmente se requiere (iii) explicar por qué las modificaciones introducidas por la reforma pueden considerarse una transformación en la identidad de la Constitución de manera que ella, después de la reforma, es otra completamente distinta.” Sentencia C-053 del 2016.

En caso de que la Honorable Corte Constitucional encuentre que las expresiones acusadas guardan intrínseca relación con la totalidad del Acto Legislativo 4 de 2019, solicito proceda a realizar la respectiva integración normativa y pronunciarse sobre su exequibilidad o inexecuibilidad. Lo anterior ya que, como fue explicado, el eje de la reforma fue la introducción del control preventivo y concomitante, con base en el cual le fueron otorgadas distintas funciones al Contralor General de la República.⁵⁷

VII.- SOLICITUD DE AUDIENCIA PÚBLICA

Teniendo en cuenta el debate que la reforma al control fiscal ha suscitado, así como su trascendencia institucional, respetuosamente solicito a los Honorables Magistrados y Magistradas que consideren convocar a una audiencia pública en los términos del artículo 60 del reglamento interno de la Corte, con el fin de que en esa audiencia se puedan escuchar las voces de distintos sectores sociales, académicos e institucionales sobre la exequibilidad o inexecuibilidad de las normas impugnadas.

VIII.- COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 241-1 y 379 de la Carta Política, en concordancia con el Decreto 2067 de 1991 y la jurisprudencia constitucional,⁵⁸ la Corte es competente para conocer del presente asunto ya que se trata de una demanda ciudadana por vicios de procedimiento en contra de un Acto Legislativo, donde lo que se cuestiona es la extralimitación del Congreso de la República en su competencia para reformar -y no sustituir- la Constitución Política.

IX.- NOTIFICACIONES

Recibo notificaciones en la siguiente dirección: Carrera 14 No. 93B - 29, oficina 305, de la ciudad de Bogotá. También autorizo notificaciones y comunicaciones a los siguientes correos electrónicos: yduenas@duenasgomez.com - yduenas@gmail.com

Con dicciones de comedimiento,



YEFERSON MAURICIO DUEÑAS GÓMEZ.

C.C. 7.175.697 de Tunja

T.P. 102.575 del C.S.J.

⁵⁷ Así lo hizo la Corte, por ejemplo, cuando al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 51 de 1975 (tarjeta profesional de periodistas) decidió retirar del ordenamiento toda la ley, aunque su totalidad no estuviera acusada, debido a que su eje central era inconstitucional. De ese modo, el resto de disposiciones carecían de sentido. Cfr., sentencia C-087 de 1998.

⁵⁸ La Corte ha reafirmado su competencia para conocer de demandas por vicios de procedimiento contra Acto Legislativos cuando se acusa un exceso del Congreso de la República en su poder de reforma constitucional. Cfr., sentencias C-1040 de 2005, C-141 de 2010 y C-265 del 2016, entre otras.