

**Colombia-Instituciones y modernización del
Estado**

HUGO PALACIOS MEJÍA

Junio 17 de 2002

I.-PROPÓSITO

El propósito de este documento, en el contexto del contrato 2952 que hemos celebrado sobre el asunto de la referencia, consiste en presentar el "informe final".

He enviado, antes, dos informes de avance.

Este documento identifica problemas e iniciativas relacionadas con las principales instituciones políticas y jurídicas colombianas, con énfasis en los aspectos institucionales y económicos. La selección refleja solo las apreciaciones del consultor y, aunque contiene referencias a trabajos de varias personas y propuestas de políticos y académicos, no pretende coincidir con ellas ni presentar un resumen de ellas; su alcance es limitado, porque no pretende ser sino un documento de base para la preparación de diálogo sectorial en el tema institucional y de modernización del Estado.

II.-TEMAS PARA FORTALECER LAS INSTITUCIONES COLOMBIANAS

1.-FUENTES

Los "temas" a los que se refiere este documento han sido escogidos con base en propuestas de los candidatos presidenciales publicadas en diversos medios; con base en proyectos presentados al Congreso por el gobierno y otras personas; con base en discusiones en foros académicos y gremiales; y en el análisis propio del consultor. Pero todas las referencias a esas fuentes son fragmentarias; y fueron buscadas con el único criterio de ilustrar diferentes aspectos de la estructura de este documento.

En este informe final se ha hecho énfasis en las propuestas que presentó el Presidente electo, Alvaro Uribe (AU), en un documento titulado "Manifiesto democrático", que contenía 100 puntos específicos. El documento puede consultarse en [http://alvarouribevelez.com.co/que propone/manifiesto](http://alvarouribevelez.com.co/que_propone/manifiesto)

[.htm](#) En las referencias a ese documento, el número que se incluye al final corresponde al que tiene la propuesta respectiva en el "Manifiesto democrático".

Otras propuestas aparecen en el "Proyecto de acto legislativo 11/028", presentado por el Gobierno Pastrana al Congreso en 2001, y que puede consultarse en www.mininterior.gov.co, aludido en este documento como PAL. El número que se incluye después de las letras PAL corresponde al artículo en el que aparece la propuesta respectiva en el Proyecto.

Hay referencia, además, a propuestas del candidato Horacio Serpa (HS), publicadas en la revista "Semana", del mayo 20 a 27 del 2002; y en un documento titulado "Reforma Política, 15 propuestas" del 5 de abril del 2002, que se hizo público en www.serpa2002.com. Parte de ese documento es el "Proyecto de Acto Legislativo"; cuando, después de las iniciales del candidato, aparezca un número, este corresponde al artículo del "Proyecto" en el que aparece la iniciativa aludida.

Las iniciativas de la candidata Noemí Sanín (NS), fueron tomadas del documento "Sí al trabajo. Plan de gobierno estado y sociedad", que incluye un "Texto resumen referendo reforma política", y que aparece en www.noemi.com.co, según se encontró el 6 de junio del 2002.

Otras iniciativas provienen del documento "Convocatoria de referendo político y social para reformar la Constitución" del candidato Luis Eduardo Garzón (LEG), tomados de www.luchogarzon.com el 30 de mayo del 2002. El número que se incluye después de las letras LEG, corresponde al artículo en el que aparece la propuesta respectiva en el documento.

Un distinguido equipo de economistas y politólogos (Olga Lucía Acosta, Alberto Alesina, Ulpiano Ayala, George Borjas, Alberto Carrasquilla, Juan José Echavarría, Maurice Kluger, Steven Levitt, Roberto Perotti, Gerald Roland, Mauricio Rubio, Howard Rosenthal, Roberto Steiner y Juan Gonzalo Zapata", financiado en parte por el BID, y dirigido por Alberto Alesina (AA), publicó en Febrero del 2001 en Bogotá, un resumen de documentos titulado "Reformas

institucionales en Colombia", del cual se han tomado también algunas de las ideas que aparecen en este documento. Las referencias a ese documento aparecen con las iniciales del director del grupo, una alusión al nombre del documento y un número que identifica la página del estudio.

Las cifras presupuestales han sido tomadas de la revista "Gestión fiscal" (Febrero, 2002), que edita la Contraloría General de la República.

2.-EL ÓRGANO LEGISLATIVO

2.1.- Elección, estructura y funcionamiento del Congreso de la República.

Problemas para el diálogo:

- a) El Congreso, elegido con un sistema de representación proporcional por "cuocientes", se encuentra muy fragmentado. De hecho, cada congresista debe su elección a su propia organización y no a la de un partido; por todo ello no existe en el Congreso una disciplina de partidos, y alcanzar los consensos necesarios para avanzar en la tarea legislativa es muy difícil. El sistema de "cuociente electoral" hoy vigente hace que algunos congresistas lleguen al Congreso con un número muy alto de votos, mientras que otros alcanzan su sitio (con idéntico poder de voto en el Congreso), habiendo obtenido votaciones mucho mas pequeñas.
- b) El actual sistema de elección de senadores con base en una "circunscripción nacional" se defendió con el argumento de que permitía una mejor representación de las minorías que, de esa manera, reunirían votos en todo el país. Pero ha sido criticado con el argumento de que los senadores, por ser elegidos teniendo como base la votación de todo el país (y no en un departamento), carecen de vínculos con sus electores; y porque algunos departamentos se quedan sin senadores. (Este último fenómeno es excepcional, y se presentó, en las elecciones del 2002, en el departamento del Quindío. Pero,

en ese departamento, la mayoría de los electores votaron por candidatos de otros departamentos y no por los propios: si hubieran querido votar por los propios habrían podido elegir, eventualmente, hasta tres senadores).

- c) Pérdida de legitimidad política del Congreso, por que se alega que sus miembros favorecen el uso indebido de recursos públicos. Al aprobar las leyes de presupuesto los congresistas consiguen orientar sumas cuantiosas con mucha discrecionalidad a las regiones donde tienen sus electores, y esas sumas, por diversos medios, terminan sirviendo de fuente financiera para la reelección de los congresistas. Se dice, además, que los congresistas "capturan", las entidades descentralizadas, gracias a lo cual consiguen nombramientos de personas amigas, muchas sin méritos, y consiguen contratos, todo lo cual les proporciona formas de inducir contribuciones económicas y de conseguir personal auxiliar para sus campañas electorales. Por último, se dice, como los vicios anteriores no podrían ocurrir sin la ayuda del gobierno, las prácticas mencionadas son una forma poco transparente de la que éste se vale para conseguir respaldo en el proyecto para sus proyectos de ley.
- d) Debe anotarse, sin embargo que, a partir de la Constitución de 1991, cuando se comprueba que un Congresista ha incurrido en prácticas tales como la indebida destinación de dineros públicos, puede "perder su investidura", previo juicio breve ante el Consejo de Estado. De hecho, un número amplio de congresistas han perdido su investidura.
- e) Excesivo costo de funcionamiento: a diciembre del año 2001, el valor total aproximado de los pagos por gastos de funcionamiento del Congreso (Cámara, Senado) fue del orden de \$187.651 millones de pesos, con un crecimiento del 4% sobre el año anterior. Hay 256 congresistas.
- f) El régimen de remuneraciones del Congreso es excepcional, en cuanto una parte importante de

ella tiene un tratamiento tributario de favor; y el régimen de pensiones es también excepcional.

Iniciativas:

Existe, en la práctica, un consenso en los programas de los diferentes candidatos a la presidencia acerca de varios temas relacionados con la reforma política.

En primer término, hay amplio consenso acerca de la conveniencia de abandonar el sistema de "cuociente" electoral para integrar las cámaras; y se considera conveniente como alternativa adoptar el sistema D'Hondt. Cada congresista sería elegido por un número de votos similar. Esta iniciativa aparece en (PAL, 4) y en (HS, "Reforma política", 1), y en (NS, "Resumen referendo reforma política"), y en (LEG, 3).

Se han propuesto varias iniciativas para que los partidos solo puedan presentar una lista en cada circunscripción (PAL, 1) (HS, "Proyecto...", 2) (NS, "Resumen...") (LG, 2); y para que los congresistas elegidos deban votar de acuerdo con las instrucciones del directorio del partido (PAL, 2) (HS, "Proyecto...", 9). Esta última propuesta favorecería, sin duda, la "gobernabilidad" pero podría crear un nuevo grupo de "intermediarios" poderosos y sin responsabilidades definidas (los directorios políticos), y tendería a hacer irrelevante la personalidad de los congresistas.

Es probable que los congresistas servirían mejor como voceros de los diferentes intereses de los colombianos si se especializaran en "legislar" y en hacer "control político", y perdieran su tradicional función, no constitucional, de intermediarios para conseguir apropiaciones presupuestales y empleos en el sector público. En éste sentido se ha propuesto fortalecer las reglas sobre "servicio civil", y prohibir a los congresistas hacer recomendaciones en relación con nombramientos y contratos (LEG, 6).

Dentro de la idea de especializar a los

congresistas, convendría tener una definición mas precisa del "control político" que debe ejercer el Congreso: debate sobre la conveniencia de decisiones administrativas. Sobre este punto se tratará adelante.

El debate acerca de la composición unicameral o bicameral del Congreso ha versado, ante todo, alrededor de los costos del sistema bicameral; poca atención se ha dado a las funciones que cumple el bicameralismo, como sistema de formar consensos sociales amplios. Se ha sugerido que cada cámara tenga competencias especializadas (AA, "Reformas...", 10).

Ha habido varias iniciativas tendientes a tener un senado cuyos miembros sean elegidos, en parte, con base en circunscripción nacional, para conservar la posibilidad de que las minorías acumulen sus votos; pero, en parte también, con senadores elegidos en tal forma que cada departamento tenga siempre uno o varios (NS, "Resumen..."), (HS, "Proyecto..", 28). Se ha propuesto reducir el Congreso a una sola Cámara, y limitar la "circunscripción nacional" para el Senado al número indispensable para dar representación a las minorías (AU, "Manifiesto democrático", 20, 21). Estas propuestas acentúan las desigualdades en cuanto al valor del voto de cada persona, y acentúan la importancia política de entidades como los "departamentos" cuyas funciones, desde otras perspectivas, se quiere desmontar a favor de una "regionalización".

Parece haber amplio consenso en cuanto a la reducción del número de miembros del Congreso; en particular, se ha propuesto reducirlo de 256 miembros a 150 (AU, "Manifiesto democrático", 18). Otras iniciativas coinciden en la orientación general (NS, "Resumen.."), (PAL, 12, 13), (AA, "Reformas...", 6).

Se argumenta que la carrera de un político debería tener como etapa natural su vinculación al gobierno en un cargo ministerial; por eso se ha propuesto la posibilidad de designar a los congresistas para cargos en el gabinete. ¿Debe mantenerse la actual prohibición? Ella se estableció en 1991 para asegurar la independencia entre el gobierno y el Congreso.

Ha habido varias iniciativas de reformas al régimen de "pérdida de la investidura" de los congresistas. Por lo general, se propone la creación de nuevas causales y su extensión a otros servidores públicos (PAL, 20), (LEG, "Referendo...", 6); (HS, "Proyecto...", 34), pero, en cambio, a veces se menciona la conveniencia de crear recursos contra las decisiones de pérdida de la investidura que tome el Consejo de Estado, y la de matizar las sanciones a los congresistas en función a la gravedad de la falta que cometan.

2.2.- Control político y la "fiscalización legislativa".

Problema propuesto:

El concepto de "control político" no es claro en la Constitución colombiana (artículos 114 y 138 de la Constitución Política).

Los congresistas gozan de inmunidad para que puedan denunciar, con libertad, violaciones de la ley por parte de funcionarios de otras ramas del poder público; y para pronunciarse sobre la conveniencia de acciones del gobierno. Estos pronunciamientos hacen parte del "control político". Además, la Constitución les da la facultad de ser "jueces" de ciertos funcionarios públicos (el Presidente entre ellos), por cierto tipo de infracciones. Y, de hecho, a título de "control político", pero por fuera de los "juicios" previstos en la Constitución, los congresistas adelantan debates para incriminar a los funcionarios conductas reprochables según la legislación penal o disciplinaria.

Uno de los instrumentos, originales de la Constitución de 1991, para ejercer el "control político", es el "voto de censura", que llevaría a la pérdida del cargo para el Ministro censurado (artículo 135 de la Constitución). El Congreso ha intentado usar este instrumento en varias ocasiones, pero no ha tenido éxito en ninguna, hasta donde tengo información.

En la práctica, en algunas ocasiones, parece que los congresistas usan su inmunidad como un instrumento para impulsar o frustrar contratos, y como medio de obtener "leverage" ante el gobierno para obtener nombramientos y "auxilios" regionales. Así ocurre con los debates sobre "control político", en donde, al discutir la responsabilidad eventual de los funcionarios, no se respetan reglas del "debido proceso": no hay rigor en la presentación de pruebas, ni igualdad de oportunidades para que los funcionarios acusados respondan los cargos.

En la práctica, además, cuando el "control político" se expresa en alguno de los "juicios" en los que debe participar el Congreso, estos terminan siendo decididos en función de lealtades políticas, con lo que se frustra la posibilidad de que jueces imparciales examinen los cargos y determinen responsabilidades.

Iniciativas:

Como parte del propósito de especializar a los congresistas en funciones legislativas y de "control político", haría falta determinar qué es éste. Podría precisarse su alcance, en el sentido de que es una oportunidad para analizar la conveniencia de decisiones del gobierno; y dejar a órganos especializados (Fiscalía, Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia) la facultad de investigar y juzgar la legalidad de esas decisiones, y de adelantar procesos para determinar la responsabilidad de quienes participan en ellas.

Deberían abolirse los "juicios" que el Congreso adelanta respecto de ciertos altos funcionarios, y la posibilidad de hacer debates sobre la conducta personal de los funcionarios (sin perjuicio de establecer algún procedimiento especial de denuncia, y vigilancia de los procesos, ante la Fiscalía). Debería trasladarse a los jueces por completo la competencia para adelantar juicios contra altos funcionarios del Estado.

Al menos, debería definirse el alcance del "debido proceso" en los debates en los que se acusa a funcionarios de conductas sancionables.

Las soluciones requieren reforma constitucional.

2.3.- Las "leyes marco" y la regulación de la economía.

Problemas para el diálogo:

El gobierno tiene la facultad de "reglamentar" las leyes, pero esa facultad ha sido interpretada siempre en forma muy restrictiva. Para superar este último problema la Constitución ordena que ciertos temas (Crédito público, actividad financiera y ahorro privado, sector externo, salarios y prestaciones sociales), sean regulados en forma "general" por el Congreso (sin entrar en detalles), para que el gobierno tenga mucha amplitud, por vía de decreto, mudable a voluntad, de expedir regulaciones mas precisas.

La regulación por medio de "ley marco" y "decreto del gobierno" ocasiona incertidumbre jurídica, porque la Corte y el Consejo de Estado no terminan de ponerse de acuerdo acerca de qué tan "general" deben ser esas leyes "marco", y dónde comienzan las facultades del gobierno. La Corte ha declarado inexecutable algunas leyes marco, por no ser bastante generales, y algunos decretos por ocuparse de temas que deberían haber sido propios de la ley marco. Las declaraciones de inexecutable de leyes, o de nulidad de actos administrativos, que son el resultado de la imprecisión de fronteras entre la ley marco y el decreto que la desarrolla, producen un desperdicio de regulación.

Además, con el pretexto de tener regulaciones flexibles, ajustables por el gobierno según las variaciones de la economía ("fine tuning"), se introduce incertidumbre en asuntos en donde los agentes económicos necesitan que haya la mayor estabilidad posible para tomar decisiones. El sistema actual hace que los cambios en el entorno económico se magnifiquen por los cambios en la regulación.

En particular, en tratándose de la regulación de

la actividad financiera, se presenta un conflicto entre las facultades del Congreso (que tiene prohibido entrar en "detalles"), las del gobierno, que tiene permitido hacer "intervención", y las de la Junta del Banco de la República, que es la "autoridad cambiaria, monetaria y crediticia".

Este problema de definición de facultades regulatorias (planteado también en AA, "Reformas...", 44-46) fue, en buena parte, responsable del derrumbe del sistema de "ahorro de valor constante", en 1998, 1999 y 2000, que se empleaba para financiar vivienda.

Iniciativas:

- a) Definir mejor los alcances de la "facultad reglamentaria" del gobierno (para que no resulte tan restringida como es hoy según la jurisprudencia del Consejo de Estado);
- b) abolir el régimen de las "leyes marco"; y
- c) crear prohibiciones al legislador para que la regulación del crédito y la moneda por parte del Congreso no se convierta en fuente de "rentas" para grupos de presión.

2.4.- Criterios de reparto del gasto presupuestal

Problema propuesto:

Los congresistas, como representantes del pueblo, disponen de la facultad de decretar tributos, y tienen la de disponer sobre el gasto público.

En la práctica, dado el enorme peso del gasto de funcionamiento en el presupuesto, los recursos disponibles para inversión son mínimos; y, se dice, que si los congresistas no se interesan en conseguir que algo de esa inversión llegue a sus regiones, no habrá allí inversión. Se añade que los recursos del "Sistema general de participaciones" (Ley 715 de 2001) van atados a gastos de nómina en salud y educación, y no dan discrecionalidad a las entidades territoriales para hacer otros gastos.

Con estos argumentos, y al amparo de normas legales no muy claras (Decreto 111 de 1996), se han desarrollado diversas prácticas presupuestales, en virtud de las cuales, cada congresista tiene la facultad de señalar algunos proyectos para que se incluyan en el presupuesto, como gasto de inversión. Algunos de los proyectos apoyan causas "meritorias" o incluyen subsidios de programas de lucha contra la pobreza. Estas prácticas reciben a veces, en la ley, el nombre de "cofinanciación", pero se alude a ellas también con el nombre de "auxilios regionales".

Los criterios de acuerdo con los cuales se asignan a los congresistas "cupos" mayores o menores para seleccionar proyectos no son transparentes, ni es transparente cómo elige cada congresista los proyectos que desea financiar, ni cómo se evalúa el proyecto.

Amplios sectores de opinión consideran que estos "cupos" son un instrumento por medio del cual el gobierno limita la independencia del Congreso, y un instrumento de corrupción, porque muchos congresistas distribuyen dinero con el compromiso de que recibirán, a su vez, en cambio, dinero o favores de otro tipo.

Actualmente hay algunas investigaciones por agencias del Estado en donde se hacen cargos de corrupción a congresistas, candidatos y funcionarios del gobierno; y el asunto ha sido objeto de debates en el Congreso, con intervención de la Contraloría (que censura el funcionamiento del sistema), y del Ministro de Hacienda, que dice que todo se ha hecho en la forma prescrita por la ley.

Iniciativas:

Parece necesario determinar un sistema que, al mismo tiempo que permita a los representantes de las regiones participar en la orientación del gasto público de inversión, consiga encausar sus preferencias dentro de ciertos criterios objetivos tales como la eficiencia del gasto, y el número de personas beneficiadas. Un sistema similar debería utilizarse para que las regiones pudieran apoyar las actividades meritorias y de "lucha contra la

pobreza" que mejor reflejaran sus preferencias, pero reduciendo la oportunidad de enriquecimiento ilícito para intermediarios. Se ha recomendado tener mas participación popular en la elaboración del presupuesto (NS, "Plan de gobierno..)

Tradicionalmente, son los congresistas quienes determinan la orientación del gasto nacional hacia sus regiones; si se pensara en "especializar" a los congresistas en la función "legisladora" y de "control político", podría pensarse en que fueran otros funcionarios de elección popular, tales como los gobernadores y alcaldes, quienes cumplieran esa función. Parecería que estos pueden expresar mejor las preferencias de las comunidades locales, y que, puesto que ellos no tienen influjo inmediato sobre la aprobación de proyectos de ley que interesan al Congreso, sería mas fácil conseguir que la manifestación de sus preferencias se canalizara de acuerdo con criterios objetivos, predeterminados por la ley.

Se ha propuesto eliminar los "auxilios regionales" (HS, "Reforma...", 6) y prohibir a los congresistas intervenir en las decisiones de inversión sobre dineros públicos (LEG, "Referendo...", 9); el asunto aparece mencionado también como parte de la "Reforma política" en el "Manifiesto democrático" (9, 22) del candidato Alvaro Uribe.

Las soluciones requieren reforma constitucional y legal.

3.-EL PROCESO DE DESCENTRALIZACIÓN

3.1.- Racionalidad de la actual división territorial.

Problemas para el diálogo:

Colombia ha avanzado en su proceso de descentralización, tanto en los aspectos políticos (elección popular de alcaldes y gobernadores), como en los aspectos fiscales (participación de rentas nacionales); y los organismos de elección popular

regionales tienen cierta discrecionalidad al adaptar leyes nacionales a problemas regionales.

Sin embargo, subsiste la convicción de que no se ha avanzado suficiente en el proceso. De que demasiadas decisiones se toman en el nivel central. Y aunque no hay mucha fuerza a favor de una posición "federalista", hay consenso político a favor de una mayor descentralización. Pero la descentralización en la producción de regulaciones puede crear nuevos "costos de transacción" para las empresas que aspiren a producir y vender en un mercado nacional integrado.

Además, los departamentos son organizaciones muy artificiales, que, por regla general, no expresan tradiciones históricas arraigadas ni criterios de eficiencia en la administración. Los mas recientes se crearon con el propósito de asegurar a grupos políticos regionales una representación en el Congreso, prescindiendo, hasta cierto punto, del número de sus habitantes. No ha sido fácil, en las leyes que se refieren a los asuntos territoriales, definir en forma satisfactoria sus funciones, ni su relación con los municipios.

Quizás, por ello, es cada vez mas frecuente oír que la división política territorial del país es demasiado costosa: que los "departamentos" y los "municipios" deberían asociarse para reducir costos y, quizás, aumentar la eficiencia en la prestación de ciertos servicios. Hay una cierta contradicción entre propuestas que fortalecerían los departamentos (por ejemplo, garantizando que cada uno tuviera un senador), y el interés en hacerles perder su identidad a favor de un modelo de "regiones" mas amplias.

En verdad, la Constitución de 1991 permitiría modificar con bastante flexibilidad los actuales esquemas de organización territorial; pero los diversos proyectos de ley que se han presentado sobre la materia no han tenido mucha acogida.

Iniciativas:

Parece necesario definir criterios de acuerdo con

los cuales pudieran establecerse relaciones de subsidiaridad y complementaridad entre los diversos niveles políticos territoriales.

Se ha propuesto facilitar la asociación de municipios vecinos para prestar servicios, y para recibir servicios de las agencias del Estado; formación de "regiones" por la fusión de departamentos (LEG, "Referendo...", 11); y alianzas entre departamentos para reducir costos (AU, "Manifiesto democrático", 10, 11, 12, 15).

Para introducir competencia en la organización territorial, podrían estudiarse sistemas en donde la variación de límites de departamentos y municipios, y los esquemas de asociación, y de comunidad de servicios, se tomaran por decisión popular.

Estas reformas podrían lograrse, casi todas, por medio de simples leyes, porque la Constitución contiene ya, en principio, autorización para adoptarlas.

3.2.- Alternativas de administración regional

Problemas para el diálogo:

Quizás por la dificultad de encontrar una justificación racional a la existencia de los actuales departamentos, y de encontrar un modelo adecuado de relación con los municipios, se considera que las "asambleas departamentales" son órganos costosos, con pocas funciones reales, y que duplican, en el nivel departamental, los vicios que se atribuyen al Congreso en el nivel nacional.

Se considera que las contralorías departamentales son demasiado costosas.

De la misma manera, se considera que los períodos que han tenido los gobernadores y alcaldes (3 años) son muy breves (el Congreso se ha ocupado recientemente de este asunto); y que debería de existir posibilidad de reelegirlos.

Iniciativas:

Ha habido propuestas de eliminar las asambleas y remplazarlas por concejos de alcaldes, o de grupos de concejales (PAL, 17); otra propuesta es la de hacerlas mas "austeras", sin suprimirlas.

Existe también la propuesta de suprimir las contralorías departamentales. (AU, "Manifiesto democrático", 14).

Se ha propuesto que la posibilidad de reelegir alcaldes y gobernadores quede condicionada a la obtención de ciertos resultados sociales (cobertura en educación y servicios públicos, disminución de criminalidad, Etc).

Estas soluciones requieren reforma constitucional.

3.3.- Finanzas territoriales.

Problemas para el diálogo:

Los departamentos y municipios tienen una autonomía limitada para crear sus ingresos y, en general, se estima que han sido perezosos para usarla e ineficaces para recaudar lo que se les debe. La mayor autonomía tributaria puede contribuir a fragmentar el mercado nacional, aumentando "costos de transacción" y podría conducir a una competencia regional con desmedro del monto de recaudos.

Al mismo tiempo, cuando se dio a las entidades territoriales oportunidad de endeudamiento, crearon una crisis de grandes proporciones, para el sistema financiero y para la Nación que tuvo que contribuir, en varias formas, a un "bail out".

De tiempo atrás, la Nación participa una parte de sus ingresos a las entidades territoriales; pero la carga para la Nación, en épocas de recesión, resultó tan grande, que fue preciso realizar hace poco una reforma en los artículos 356 y 357 de la Constitución para racionalizar el proceso. La ley 715 del 2001 completó ese proceso.

La reforma, sin embargo, contiene riesgos grandes para las finanzas nacionales, en el evento de

que la economía no crezca a las tasas previstas en ella: hay un nivel de transferencias garantizado a las entidades territoriales. La reforma no estableció con total claridad la distinción de responsabilidades entre la Nación y las entidades territoriales por ciertos gastos.

Temas de estudio:

Parecería necesario volver sobre el tema de las "participaciones", para definir mejor las responsabilidades entre la Nación y las entidades territoriales, y para evitar que, en condiciones recesivas, la garantía nacional de ingresos a las entidades territoriales tenga un efecto negativo procíclico sobre las finanzas de la Nación.

Las soluciones requieren reforma constitucional.

4.-REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL

4.1.- Fronteras entre funciones tradicionales; entidades para llevarlas a cabo.

Problemas para el diálogo:

La rama ejecutiva del poder público en el Estado colombiano ha crecido sin un criterio orientador para distribuir funciones. Se han adoptado diferentes "tipologías" de órganos (particularmente en 1968 y 1998), sin criterios explícitos en cuanto a la razón de ser cada "tipo".

Hoy existen, como "tipos", los Ministerios, los Departamentos Administrativos, los Establecimientos Públicos, las superintendencias, las comisiones de regulación, las unidades administrativas especiales, las "sociedades industriales y comerciales del Estado", y las "sociedades de economía mixta". No pocos de los "tipos" creados, lo han sido para poder disponer de regímenes salariales mas generosos que permitan atraer personal técnico, o para gozar de un régimen contractual menos formalista.

Es así como hay funciones de planeación, regulación, ejecución, policía administrativa y hasta actividades industriales, comerciales y

financieras, mezcladas en cada uno de los diversos "tipos" de órganos estatales. Por ejemplo, el Ministerio de Justicia tiene funciones de "inspección, vigilancia y control" sobre los centros de conciliación y arbitramento, función que, en otros sectores, se encomienda a las Superintendencias. En general, se estima que, por ello, la eficacia y la eficiencia de esos órganos es baja. La existencia de facultades de policía administrativa en organismos políticos, como los Ministerios, convierte a estos en instrumentos eventuales de persecución o corrupción política. La falta de un "propósito" principal, y la "vida indefinida" de los organismos, tienden a formar una burocracia que no tiene necesidad de producir resultados. La movilidad de los funcionarios encargados de las regulaciones contribuye a su pobreza y a la incertidumbre jurídica.

La vinculación de los Ministros o jefes de departamentos administrativos a las juntas u órganos de dirección de "establecimientos públicos", "empresas industriales y comerciales del Estado", o "sociedades de economía mixta" ha sido, tradicionalmente, fuente de rentas y privilegios monopolísticos.

Un problema reciente es la dificultad en encontrar un "tipo" de organización en la rama ejecutiva del poder público que permita adelantar actividades temporales como las del "Plan Colombia", o las de los programas de "lucha contra la pobreza", con altas externalidades positivas. La recuperación de la zona cafetera, tras un terremoto reciente, se hizo con la ayuda de un organismo "sui generis", el Forec, que algunos consideran como modelo promisorio para adelantar programas especiales, temporales, de provisión de bienes y servicios a poblaciones necesitadas.

Iniciativas:

Sería necesario definir si existen diferencias funcionales que justifiquen mantener los "Ministerios" como entidades separadas de los "Departamentos Administrativos"; y, de no encontrarlas, unificar una categoría de entidades

planificadoras, y encargadas de promover las relaciones legislativas con el Congreso, con responsabilidad política y alta competencia técnica.

A partir de la legislación, definida en el nivel político, convendría extender el modelo de "comisiones de regulación", formadas por expertos con independencia frente a las fuerzas políticas. Los actos de estos expertos, por supuesto, estarían sujetos a controles de legalidad en procesos judiciales, en los que, otros expertos, podrían controvertir los aspectos técnicos de sus decisiones. Debería separarse la función "reguladora", de la función de "policía administrativa", propia de las Superintendencias.

Los "establecimientos públicos" (proveedores de bienes y servicios que el mercado no produce), podrían reducirse al mínimo, para cumplir con sus funciones por medio de esquemas de colaboración contractual (out sourcing, concesiones); o remplazarse por entes temporales para tareas específicas (Forec).

Sería preciso revisar cuáles son las razones por las que el Estado debe conservar actividades industriales, comerciales y financieras en las "empresas industriales y comerciales del Estado" y en las "sociedades de economía mixta". Deberían reexaminarse los procesos de privatización para conseguir que, los que hayan de adelantarse, generen un mayor respaldo de opinión pública.

La función de "inspección, vigilancia y control" que hoy está diseminada entre organismos de diversos tipos, debería concentrarse en las "superintendencias", y estas deberían tener mas independencia frente a los Ministerios.

En general, convendría establecer sistemas de "control por resultados", para todos aquellos tipos de órganos dentro de la administración cuyos resultados sean susceptibles de medida.

Algunas de estas soluciones podrían alcanzarse por medio de reformas legales; otras requieren reformas constitucionales.

4.2.- Transparencia y corrupción en el sector público.

Problemas para el diálogo:

Diversos estudios sugieren que los niveles de corrupción en Colombia son particularmente altos. Sin embargo, hay trámites y leyes especiales, y múltiples órganos del Estado (Contraloría, Procuraduría, Fiscalía, justicia penal), a veces con funciones superpuestas, encargados de evitar y sancionar las prácticas corruptas.

La respuesta reciente al problema de corrupción ha sido la de aumentar los trámites para cualquier negociación o decisión del Estado (Ley 190 de 1995), y multiplicar los organismos de control. Pero la existencia de trámites adicionales incide sobre la competitividad de las empresas, y crea oportunidades de vender la exención o agilización del trámite; y el uso de formalismos sirve para descalificar a quienes no participan en las prácticas corruptas. La multiplicación de organismos e instancias de control incide en el déficit fiscal.

La ley 472 de 1998 creó "acciones populares" con estímulos económicos a quienes denuncian violaciones a intereses colectivos, entre los que figuran "la moralidad administrativa" y la "defensa del patrimonio público". La legislación, sin embargo, no es clara en señalar cuándo deberían utilizarse estas acciones y procesos, y cuándo otros que podrían versar sobre los mismos temas y tener similares objetivos, por lo que muchos de estos procesos derivados de "acciones populares" fracasan, y es difícil que su uso se extienda. Pero si se extiende, en esas condiciones, será una fuente de incertidumbre jurídica, pues no hay criterios claros para distinguir cuándo acudir a ciertas vías procesales o administrativas, y cuándo a otras.

Hay varios estudios de acuerdo con los cuales la justicia penal colombiana funciona mal. La delincuencia de todo tipo alcanza altos grados de impunidad. Es común la intimidación de testigos y jueces, y su asesinato. No es mucho, pues, en las

actuales circunstancias, de lo que puede esperarse de la lucha contra la corrupción a través de la justicia penal. Como tantos otros asuntos, la reforma de la justicia penal parece un requisito indispensable para que el conjunto de las instituciones colombianas opere en una forma mejor.

Iniciativas:

En este, como en otros problemas, la reforma del sistema de justicia penal es indispensable. Hay un consenso en cuanto a la propuesta de aumentar las sanciones para los corruptos con imposibilidad de nueva vinculación, por cualquier medio, al Estado (PAL, 19), (HS, "Reforma...", 7), (AU, "Manifiesto democrático", 25)

Convendría fortalecer la Fiscalía, como organismo investigador de delitos, y suprimir la duplicación de funciones con la Procuraduría y la Contraloría. El sistema de recompensas que se ha organizado alrededor de las "acciones populares" debería utilizarse para robustecer el trabajo de la Fiscalía.

En general, parecería conveniente crear un sistema de estímulos y protecciones para que las personas conocedoras de un delito de corrupción tomaran la iniciativa y el riesgo de denunciar (whistleblower).

La exigencia de resultados, como condición para permanecer y ascender en el servicio público, puede ser también un correctivo a la corrupción.

Se ha sugerido prohibir contratos con empresas cuyas casas matrices puedan, legalmente, deducir de sus ingresos, para efectos tributarios, los dineros destinados a sobornos (HS, "Reforma...", 13).

Convendría determinar hasta qué punto puede reducirse la discrecionalidad en muchos trámites administrativos; y qué sistemas pueden ponerse en marcha para aumentar la información sobre los actos y contratos del gobierno. El Internet podría utilizarse mas para divulgar información sobre los contratos estatales, pero sin pretender hacer obligatorio el uso de la información que allí aparece, pues esta a

menudo es incompleta y de poca calidad. Un sistema de información contractual promovido por la Contraloría, a través de internet, está enfrentando problemas de este último tipo.

En la campaña presidencial del 2002 se propuso el uso de "veedurías ciudadanas" sobre la ejecución de los contratos estatales, y la celebración de audiencias públicas para adjudicarlos (AU, "Manifiesto democrático", 25). Las normas existentes ya contienen este tipo de controles.

4.3.- La rama judicial del poder público.

Problemas para el diálogo:

Hay varios estudios que indican una parálisis virtual en la justicia colombiana, tanto en asuntos penales, como en los de naturaleza civil (procesos ejecutivos) y administrativa. Otro tipo de controversias sufre la misma suerte.

Colombia ha experimentado un crecimiento inusitado en delitos de homicidio, asociados con el crecimiento del tráfico de drogas, con la falta de eficacia de la justicia penal, y con la actividad guerrillera. Se señala que una parte considerable de las infracciones no son denunciadas, que aquellas que son denunciadas no son investigadas, y que pocas de las que son objeto de investigación terminan con una sentencia. De hecho, por regla general, solo se impulsan los procesos cuando los eventuales responsables son conocidos, y es fácil obtener su detención. (AA, Reformas..., 12-14).

En el campo de la justicia administrativa, en Bogotá se han presentado casos en donde la simple diligencia de notificación de un auto que ordena dar traslado de una demanda a un Ministro toma mas de ocho meses. Los funcionarios que administran el sistema de justicia dicen que los jueces son reacios a utilizar sistemas ya autorizados, como notificaciones electrónicas, Etc.

Una de las causas que se mencionan es la proliferación de procesos de "tutela"; estos procesos, que tienen un trámite acelerado, un mínimo

de formalismos procesales, y bajos costos (no requieren intervención de abogado) fueron autorizados por la Constitución de 1991. Aunque en teoría tienen una aplicación restringida, han servido para resolver, sobre bases constitucionales, un sinnúmero de tipos de conflictos.

Para resolver la congestión en la justicia, varias disposiciones legales han ordenado hacer diligencias de "conciliaciones" antes y en los procesos. En la práctica, tales diligencias se convierten en un formalismo, que demora aún mas la decisión de los procesos. En los asuntos administrativos, los funcionarios temen hacer conciliaciones por que las consideran antesala de acusaciones penales contra ellos.

Hay resistencia de las altas cortes a aceptar la aplicabilidad de los sistemas arbitrales. Hay ciertos asuntos, inclusive contractuales, que, según la jurisprudencia, no pueden ser sometidos a decisión arbitral. Se dice que, como la justicia arbitral debe ser "temporal" no es posible designar árbitros para que resuelvan todas las controversias que surjan entre las partes durante la vida de contratos de largo plazo, como las concesiones. La administración se niega a comparecer a tribunales de arbitramento. Hay varios casos en los cuales los fallos arbitrales de condena a entidades estatales dan lugar a acusaciones penales contra los árbitros, las partes, y los peritos. La Corte Constitucional ha declarado inconstitucionales ciertas normas legales según las cuales, en determinados tipos de contratos (ej. Prestación de servicios públicos, financiación de vivienda) debía pactarse que la solución de controversias debería hacerse a través de un sistema especial de arbitramento .

Sin embargo, se dice, el país destina una parte muy considerable de sus recursos al funcionamiento de la justicia; para darle independencia a la justicia, inclusive en sus aspectos puramente administrativos, la Constitución de 1991 creó el Consejo Superior de la Judicatura. Pero se considera que sus costos de funcionamiento son muy altos, y que sus resultados no son satisfactorios.

En principio, la administración de justicia es gratuita; en ciertos procesos se condena a los perdedores a pagar las "costas" pero estas, generalmente, son bajas y no toman en debida cuenta los costos para el Estado del mantenimiento del sistema judicial. No hay criterios objetivos para determinar la remuneración de los "peritos".

No hay estímulos evidentes para que los jueces aumenten su eficiencia, o se preocupen por la calidad de sus decisiones.

Iniciativas:

La experiencia con el Consejo Superior de la Judicatura ha sido tan poco satisfactoria que se ha propuesto eliminarlo, para que sus funciones las asuman las altas cortes, con apoyo del Ministerio de Justicia (AU, "Manifiesto democrático", 37). Sin embargo, el Presidente Uribe ha manifestado ya su propósito de eliminar el Ministerio de Justicia, y fusionarlo con otro Ministerio.

¿Conviene añadir, a la justicia congestionada, mas tareas administrativas? ¿Es posible descentralizar mas la administración de justicia, para que los jueces y magistrados tomen mas decisiones en los asuntos administrativos que interesan directamente a sus despachos? ¿Y crear un sistema de estímulos para buena administración de los despachos?

¿Es posible utilizar mas el sistema notarial para agilizar los trámites de los procesos? (Por ejemplo, confiando a los notarios las diligencias de notificación, las recepciones de testimonios, la práctica de inspecciones contables y documentales, y el archivo de expedientes). Puesto que los notarios tienen cierta independencia administrativa, y perciben remuneraciones que dependen del uso que el público hace de sus despachos, esto permitiría introducir algún grado de competencia en la administración de justicia.

¿Es posible crear un sistema de "quejas y reclamos" por parte de los usuarios del sistema de justicia, en relación con los aspectos

administrativos de los procesos, con estímulos eficaces para mejorar los trámites?

¿Es posible aumentar los ingresos generados en el sector, para que la justicia "gratuita" sea solo para las personas sin recursos? ¿Es posible que cuando haya condenas a delincuentes con capacidad de pago se los obligue siempre a pagar los costos reales del proceso? ¿Cómo conseguir que los litigantes con capacidad de pago contribuyan a reconocer los costos que los litigios ocasionan a la sociedad? ¿Es posible desarrollar sistemas de seguros obligatorios como medio de repartir costos y riesgos relacionados con la necesidad de acudir a la justicia?.

Se ha propuesto impulsar "al arbitramento y a la justicia de conciliación en lo civil, comercial, administrativo y de familia, para acelerar y descongestionar" (AU. "Manifiesto democrático", 35). Sería preciso reformar las normas constitucionales sobre el tipo de conflictos que pueden someterse a arbitramento, la "temporalidad" de la institución, y sobre la posibilidad de que el legislador obligue a que los conflictos en cierto tipo de situaciones sean siempre resueltos por árbitros.

En el aspecto penal, se ha propuesto introducir el "sistema oral" en la justicia penal para agilizarla con transparencia (AU, "Manifiesto democrático", 32).

Se ha propuesto, también, duplicar la capacidad carcelaria del país (NS, "Plan de gobierno"), (AA, "Reformas...", 16); y ensayar "cárceles privadas" (AU, "Manifiesto democrático", 36). Debe estudiarse la experiencia en otros países: ¿quién podría dar asistencia técnica?. ¿Es posible desarrollar un sistema de seguros para financiar "cárceles privadas"? (En Colombia existe un experimento en mínima escala con "cárceles para choferes").

Algunas de estas reformas pueden adelantarse por medio de leyes; otras requieren enmiendas constitucionales.

4.4.- El control constitucional y la economía.

Problemas para el diálogo:

Colombia tiene un sistema de múltiples acciones de control de constitucionalidad; con ellas es posible controlar la constitucionalidad de las reformas de la Constitución, de las leyes, los decretos, los actos administrativos, y las relaciones entre particulares. Hay una tendencia jurisprudencial a hacer eficaces, en forma directa, los principios constitucionales en todos los órdenes de la vida en sociedad.

Los juicios de constitucionalidad sobre las leyes no requieren que los interesados demuestren interés alguno concreto en la controversia; si alguna persona con intereses concretos concurre, lo hace en las mismas condiciones que todos aquellos que alegan solo interés en la preservación del "orden jurídico" abstracto. Los procesos están sujetos a mínimas formalidades, y deben resolverse en un tiempo corto. No hay un debate probatorio en estricto sentido.

La Corte, por vía de jurisprudencia, ha ido aumentando sus facultades, sin textos constitucionales explícitos que la respalden. Es así como se ha llegado a una situación en la cual las sentencias de la Corte pueden fundarse en argumentos que nadie utilizó en el proceso, y extenderse a normas que nadie acusó. Es así como la Corte Constitucional reclama la facultad de modificar el texto de las normas acusadas como inconstitucionales, la facultad de ordenar al legislador que haga leyes en determinado sentido y en cierto tiempo, la facultad de ordenar a las entidades estatales que hagan determinados tipos de gasto en obras públicas, la facultad de ordenar devoluciones de impuestos que nadie ha reclamado, y la de reliquidar contratos ya ejecutados (sin que todas las partes de los contratos hayan intervenido en los procesos). La Corte dice que ella puede definir si el efecto de sus sentencias debe ser retroactivo, o solo "pro futuro": los criterios de distinción no han sido definidos.

La Corte Constitucional, además, se ha tomado la

atribución de modificar sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado sin que estos organismos, en la Constitución, tengan relación de dependencia jerárquica respecto de ella.

La Corte Constitucional, que hoy tiene 9 magistrados, decide mas de mil procesos al año; sus decisiones deben ser adoptadas por el conjunto de sus miembros, o por grupos de ellos.

Se afirma que la Corte Constitucional decide asuntos muy complejos en materia económica sin un análisis riguroso, sin reconocer la existencia de limitaciones presupuestales, sin reglas transparentes acerca de qué forma y efectos pueden tener sus fallos, y sin instrumentos que la protejan contra su "captura" por grupos de presión y contra el interés de algunos de sus miembros en resolver problemas personales o en hacer en seguida una carrera política electoral.

La Corte Constitucional, en ocasiones, ha interpretado ciertas normas constitucionales en el sentido de que obligan a aumentar cada año el gasto en salarios en cuantías por lo menos iguales a las de la inflación. Y la forma como la Corte define los deberes asistenciales del Estado (sobre todo en temas de asistencia para salud y vejez, que se tramitan recientemente por la vía de acciones de "tutela") crea una tendencia expansiva en ese tipo de gastos, y dificulta el cálculo de su valor final.

Ha habido muchas críticas al trabajo de la Corte, que se considera una fuente importante de incertidumbre jurídica, con graves repercusiones en el campo económico. Dada la informalidad de los procesos en asuntos constitucionales, y el número de procesos que deciden cada año en la Corte, la Constitución colombiana ha llegado a ser, de hecho, extremadamente flexible y los fallos de constitucionalidad impredecibles.

Iniciativas:

¿Cómo preservar la certidumbre jurídica manteniendo el control de constitucionalidad?

¿El control constitucional sobre las leyes y por vía de "tutela" (amparo contra derechos constitucionales de un individuo) dificulta en forma especial la política económica? ¿Es un problema solo para la política económica o se extiende a otros sectores de la vida social?

Sin desconocer la necesidad de un control de constitucionalidad, se propone hacer reformas a la Constitución que hagan mas riguroso el examen de los problemas en la Corte, que fijen con mayor precisión el alcance que pueden tener sus fallos, y que impidan interferencias con las decisiones de otras altas Cortes.

¿Pueden resolverse los problemas aumentando la información económica para los magistrados? ¿U obligando a que las leyes reciban concepto previo de la Corte antes de entrar en vigencia? ¿Acentuaría esto el carácter co legislador de la Corte?

Además de hacer mas precisas las reglas que orientan el trabajo de la Corte, ¿es posible tener controles sobre la Corte Constitucional sin disminuir su independencia? ¿Es posible, por ejemplo, exigir que sus decisiones se tomen con mayorías calificadas? (AA, "Reformas...", 5) ¿O que tribunales ad-hoc, reunidos cada cierto tiempo, determinen la remoción de un número fijo de magistrados, escogiendo para la remoción aquellos que han promovido fallos en donde la Corte excede sus facultades?

4.5.- El Ministerio público y la Procuraduría.

Problemas para el diálogo:

A diciembre de 2001, el "Ministerio Público", función del Estado puesta bajo la dirección de la Procuraduría, había hecho pagos de funcionamiento por valor de \$182.768 millones, cifra casi igual al valor del funcionamiento del Congreso de la República, y superior a la gastada en funcionamiento de "seguridad", "relaciones exteriores", "minas y energía", "transporte", "comunicaciones", "medio ambiente", y "Contraloría". El crecimiento de los gastos del Ministerio Público entre diciembre del

2001 y diciembre del 2000 fue del 3.9%.

Aunque la Procuraduría tiene agencias regionales, en cada municipio hay un "personero", que tiene funciones de "Ministerio Público"; pero la Procuraduría puede asumir directamente investigaciones que haya iniciado o que correspondan a un "personero", si lo considera del caso.

El Ministerio Público, a cuya cabeza está la Procuraduría, tiene la función de guardar y promover los derechos humanos, proteger el interés público y vigilar la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas.

Por lo general, la Procuraduría investiga "faltas disciplinarias", esto es, infracciones de la ley cometidas por funcionarios públicos, que, en principio, no pueden calificarse de delitos. Los procuradores delegados rinden conceptos, no obligatorios, en diversos tipos de procesos judiciales; ello ocasiona demoras en el trámite de esos procesos. Los "personeros municipales" protegen el "interés público" en los municipios.

En la práctica, las actividades de la Procuraduría duplican las de otros varios órganos del Estado, o las entorpecen. Sus costos de funcionamiento son muy altos, y su contribución a la sociedad parece muy difícil de identificar. Muchas personas hacen "denuncios" ante la Procuraduría como una forma de bajo costo y riesgo de hostilizar a otras, para no asumir la responsabilidad de participar en un proceso penal formal.

La Procuraduría ha impulsado nuevas leyes (Ley 734 del 2002), que tienden a extender su jurisdicción hacia sectores y personas que no han sido considerados tradicionalmente como parte del Estado.

La duplicación de funciones se advierte al tener en cuenta que la investigación de los delitos está confiada a la Fiscalía; y la vigilancia sobre la gestión de los recursos fiscales del Estado a la Contraloría. Existe además, por supuesto, la rama judicial del poder público. Y Superintendencias, que vigilan el cumplimiento de las leyes en sectores

específicos. Y oficinas de "control interno" en todos los órganos de la administración estatal.

Desde el punto de vista de su impacto fiscal, es preciso tener en cuenta que no hay disposiciones constitucionales o legales que le permitan al Ministerio Público contribuir al financiamiento de sus funciones. Por el contrario, la ley sí autoriza a varias "superintendencias" a cobrar por sus tareas de vigilancia sobre sectores específicos de la actividad social, con lo que estas entidades pueden autosuficientes en términos fiscales.

Iniciativas:

¿Es conveniente suprimir el Ministerio Público? ¿Hay algo específico que aporte el Ministerio Público a la "defensa de los derechos humanos", del "interés público" y a la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas? O ¿deben ser estas tareas deberes comunes a todas las agencias del Estado?

¿El desarrollo adicional del "control interno" y de las "Superintendencias" podría remplazar al Ministerio Público para vigilar fallas disciplinarias dentro de la administración, y para proteger mejor a las personas en actividades específicas de la vida social? ¿Sería este enfoque mas razonable desde una perspectiva fiscal?

O, como alternativa, ¿podría utilizarse el Ministerio Público para descongestionar la justicia, dándole, por ejemplo, la tarea exclusiva de tramitar las acciones de tutela, las acciones populares y las de cumplimiento? ¿Y suprimiendo sus demás funciones?

Se ha propuesto eliminar la regla según la cual cada municipio debe tener una "personería", y conseguir que varios municipios tengan una sola "personería" (AU, "Manifiesto democrático", 10). Esta iniciativa, en principio, requiere reforma constitucional.

4.6.- La Contraloría.

Problemas para el diálogo:

En Colombia existe una Contraloría "de la República" encargada de "vigilar la gestión fiscal" y el "control de resultados" de la administración; en los departamentos y municipios puede haber contralorías, con propósitos similares. Pero la Contraloría "de la República" puede asumir, también, el control de la gestión fiscal en las entidades territoriales. Además, certifica ante el Congreso ciertos estados financieros de la Nación.

Parte de la vigilancia de la gestión fiscal de la administración consiste en seguir procesos contra los funcionarios que han dañado los intereses económicos de la Nación, para procurar que paguen los perjuicios patrimoniales respectivos. Las recuperaciones, en tales procesos, son mínimas.

En Diciembre del año 2001, la Contraloría de la República había hecho pagos por funcionamiento en cantidad de \$156.501 millones; suma inferior a la del Ministerio Público, pero superior, por ejemplo, a los gastos en "seguridad", "transporte", Minas y energía.

De tiempo atrás, con alguna regularidad se presentan polémicas entre entidades como el Banco de la República, el Ministerio de Hacienda y la Contraloría acerca del "verdadero" estado de las finanzas públicas. Las metodologías de cálculo son diferentes.

En general, se considera que la Contraloría es una entidad costosa y politizada, cuyos trabajos tienen poco valor técnico, y que duplica las actividades de la Fiscalía y la Procuraduría. Sus sistemas de "control" han sido calificados en ocasiones como fuente de corrupción. Por lo menos cuatro personas que ocuparon recientemente en propiedad el cargo de Contralores han sido sentenciados por delitos. No se ha desarrollado un sistema eficaz de "control sobre resultados", en donde los "resultados" tengan un efecto evidente sobre las entidades públicas o los funcionarios. Aunque la Constitución admite que la vigilancia sobre la gestión fiscal de las agencias del Estado se confíe, por contrato, a empresas privadas de auditoría, la Contraloría se ha opuesto

a que esa posibilidad se desarrolle.

El Auditor General, (funcionario encargado de vigilar a la Contraloría), ha sido muy crítico del trabajo de esta entidad.

Se considera que las contralorías territoriales replican los problemas de la Contraloría General de la República.

Iniciativas:

¿Es posible suprimir la Contraloría, y exigir, en cambio, que las entidades estatales contraten auditores externos, cuyos reportes se entreguen a los Ministros a cuyo despacho estén vinculadas, o al Presidente de la República, y se pongan a disposición del público?

Se ha propuesto que haya "menos contralorías" (AU, "Manifiesto democrático", 8). Y en particular, se ha dicho: "Una Contraloría Nacional, pequeña y técnica, con auditorías externas, debe remplazar a las contralorías departamentales" (AU, "Manifiesto democrático", 14).

Entiendo que el Auditor General, dispone de iniciativas precisas acerca de cómo podría reducirse el tamaño de la Contraloría.

4.7.- Las normas orgánicas del presupuesto.

Problemas para el diálogo:

Las "normas orgánicas del Presupuesto", conjunto de reglas de acuerdo con las cuales deben elaborarse y ejecutarse las leyes anuales del presupuesto, son un ensamble inorgánico de normas añadidas a través del tiempo, que contribuyen a la generación de déficits fiscales, crean problemas para la celebración y el pago oportuno de contratos, y, en general, impiden que la situación fiscal del Estado sea poco transparente.

Las "normas orgánicas" son demasiado laxas en cuanto se refiere a la estimación de los ingresos del Estado, por lo cual el Gobierno y el Congreso

encuentran fácil hacer cálculos optimistas y autorizar, con ello, gastos que no van a poder financiarse. Una de las consecuencias es el retraso en el pago de obligaciones, esto es, un "empréstito forzoso" y oculto a cargo de ciertos acreedores.

El gobierno tiene facultad para reducir las autorizaciones de gasto que contienen las leyes anuales del presupuesto; pero no tiene la misma facilidad para modificar las leyes que autorizan gastos permanentes del Estado. El ejercicio de esa facultad se traduce, pues, mas en incertidumbre acerca de cuándo se harán los pagos debidos, que en la posibilidad de hacer verdaderos "ajustes fiscales".

Las "normas orgánicas del presupuesto" (decreto 111 de 1996) no permiten distinguir en forma transparente entre las sumas que se destinarán a pagar obligaciones que se generan en forma continua para el funcionamiento normal del Estado (salarios); las que se destinarán a pagar obligaciones de objeto especial causadas en el año anterior; y las que se usarán para pagar obligaciones cuya ejecución dura varios años (infraestructura); y las que se destinarán a pagar obligaciones generadas durante el año. Sí hay normas especiales para asignar una parte de los ingresos previstos al pago de la "deuda pública" (obligaciones de naturaleza financiera). No hay reglas, en las "normas orgánicas", sobre el cálculo de gastos "contingentes". En general, el sistema de las "normas orgánicas del presupuesto" está montado sobre una doble columna de "ingresos" y "gastos" sin correspondencia explícita con estados financieros que muestren su relación con los diversos tipos de activos y pasivos del Estado.

Pese a que, formalmente, las normas sobre presupuesto confieren especial importancia al gasto en inversión, en la práctica parece que el sistema presupuestal contiene un sesgo contra ese tipo de gasto, y contra programas especiales, como los relativos al gasto para aliviar la pobreza; en efecto, la autorización para estos gastos se vuelve "residual".

No hay en las "normas orgánicas de presupuesto"

reglas explícitas sustantivas acerca de cómo tomar decisiones, para efectos presupuestales, sobre contratos que generan obligaciones por decenas de años ("vigencias futuras" para contratos de infraestructura). Ni acerca de cómo manejar las responsabilidades "contingentes" (sentencias judiciales, ocurrencia de siniestros en riesgos garantizados por el Estado). Para manejar el problema de las "contingencias" ciertas normas recientes, distintas de las "orgánicas de presupuesto", han ido creando "estancos de liquidez" que complican el manejo presupuestal.

Estos y otros problemas, pero particularmente el de la falta de transparencia de los documentos presupuestales, fueron objeto de estudio en el grupo dirigido por Alberto Alesina, que elaboró los estudios que aparecen, resumidos, en el folleto "Reformas institucionales en Colombia", (Alfaomega, Fedesarrollo, 2001).

Iniciativas:

Convendría examinar cómo puede conseguirse que las "normas orgánicas del presupuesto" se coordinen mejor con las normas sobre contabilidad, para que eviten la sobre estimación de ingresos, proporcionen una información mas transparente acerca de la situación financiera del Estado (distintas clases de activos y pasivos y relaciones entre ellos), permitan tomar mejores decisiones y permitan cumplir a tiempo las diversas obligaciones del Estado. Es probable que varias de estas reformas puedan lograrse sin necesidad de cambios en la Constitución.

Se ha propuesto aumentar la cobertura del presupuesto, para incluir los resultados de las entidades territoriales y de todo el sector público no financiero; que la proyección de los ingresos del Estado sea hecha por personas externas al gobierno; y eliminar el "Plan de desarrollo", en cuanto elemento de confusión en el análisis de la política presupuestal (AA, "Reformas...", 28). Estas iniciativas requerirían reforma constitucional.

4.8.- Estabilidad de los contratos.

Problemas para el diálogo:

El derecho civil y el comercial colombiano contienen diversas normas ordenadas a conseguir que se respeten y cumplan los contratos; las controversias contractuales se deciden por medio de procesos formales, ante jueces o árbitros, mediante un examen riguroso de pruebas y con participación de todos los interesados.

Sin embargo, ha habido decisiones de la Corte Constitucional de acuerdo con las cuales todos los contratos ya celebrados que tienen relación con un "derecho fundamental" de naturaleza constitucional (el "derecho a la vivienda digna"), deben revisarse. Las mismas decisiones obligaron a los financistas a hacer devoluciones a los deudores por vivienda, o a recibir de ellos en pago ciertos bienes distintos de los pactados, aunque su valor pudiese ser inferior al resultante según las reglas pactadas.

Estas decisiones de la Corte se tomaron en procesos que no estaban destinados a revisar la validez de los contratos, ni las relaciones entre las partes que habían intervenido en ellos, sino la validez, en abstracto, de una ley. Las sentencias tuvieron efectos retroactivos, y no solo "pro futuro". En los procesos ante la Corte intervinieron, en igualdad de condiciones, personas que alegaban solo interés en el "orden jurídico", y algunas personas que, de veras, tenían interés en contratos específicos. La mayoría de las personas que tenían interés en los contratos específicos no fueron parte en los procesos.

Surge, entonces, la posibilidad de que todos aquellos contratos que tengan relación con otros "derechos fundamentales" constitucionales, sean, en el futuro, objeto de decisiones semejantes, con lo cual se crea un riesgo adicional en el financiamiento de las actividades que puedan relacionarse con tales "derechos fundamentales" (educación, salud, vivienda, Etc.).

El problema al que acabo de referirme se refiere a contratos entre particulares. Aparte de él, hay otros aspectos institucionales que inciden en el

incumplimiento de los contratos del Estado, y por lo tanto en la decadencia de la institución contractual. Consiste en que las "normas orgánicas del presupuesto" no obligan al Congreso, cuando aprueba la ley **anual** del presupuesto, a incorporar apropiaciones específicas para atender las obligaciones contractuales que quedaron pendientes de pago en el año anterior, lo cual crea un sesgo adverso al cumplimiento de los contratos del Estado.

Iniciativas:

Convendría examinar una reforma constitucional que protegiera la estabilidad de los contratos contra el riesgo de que una decisión que, en principio, debería ser general, abstracta y "pro futuro", de la Corte Constitucional, termine destruyendo los contratos celebrados y alterando las relaciones entre las partes. Sobre todo porque en los procesos ante la Corte no se examinan con rigor las pruebas, ni se permite una intervención de las partes interesadas que permita distinguir entre quienes actúan en causa propia y quienes actúan invocando intereses abstractos.

En particular, si se desea que el sector privado oriente recursos hacia la educación, la salud o la vivienda, debería evitarse que el énfasis que la Constitución pone en la promoción de tales sectores se convierta en un argumento para incumplir los contratos relacionados con ellos.

5.-ORDEN PÚBLICO Y DERECHOS HUMANOS

5.1.- Coordinación entre las facultades presidenciales y las de gobernadores y alcaldes en materia de preservación del orden público.

Problemas para el diálogo:

De acuerdo con la Constitución, corresponde al Presidente conservar y restablecer el orden público en todo el territorio nacional, y dirigir la fuerza pública; los alcaldes y gobernadores, en este preciso aspecto, dependen del Presidente. En otros aspectos gozan de autonomía.

De hecho, sin embargo, la fuerza pública no puede dar protección efectiva a todos los municipios del país; muchos alcaldes han sido asesinados, y otros han tenido que abandonar sus municipios por amenazas. El gobierno central no puede cumplir su tarea de conservar y restablecer el orden público en todo el territorio.

La jurisprudencia constitucional ha encontrado que es posible que los particulares se agrupen para proveer por su propia seguridad; pero ha restringido el alcance de tales agrupaciones, en el sentido de que sus miembros no pueden obrar como autoridades. No les estaría permitido, por ejemplo, efectuar requisas en sitios públicos o prohibir el acceso a caminos vecinales. Y, sobre todo, no les está permitido portar armas similares a las que utilizan la fuerza pública y la guerrilla.

Además, el financiamiento que obtiene la guerrilla por medio del narcotráfico y el secuestro hace necesario un aumento en el gasto público destinado a la defensa nacional. En el pasado se ha considerado que ciertas personas que tienen riesgos especiales (por estar vinculadas a sectores económicos cuya actividad o nivel es objeto de crítica política, como, por ejemplo, la explotación petrolera y otras formas de minería), puedan hacer aportes al financiamiento de su propia seguridad, bien con impuestos especiales, o por medio de apoyos contractuales a la fuerza pública, o por medio de contratos con empresas de seguridad que, sin embargo, tienen restringida la posibilidad de portar armas.

Estos sistemas de financiación, sin embargo, han sido objeto de varios tipos de críticas, desde quienes afirman que la seguridad que proporciona el Estado a las personas no puede depender del monto de los tributos que pagan, hasta quienes consideran que, el cumplimiento de los deberes tributarios comunes debería financiar inclusive sus necesidades especiales de seguridad, sin pagos extras.

Es difícil conseguir información sobre el asunto, pero parece que varias empresas han identificado procedimientos legales en virtud de los cuales hacen

diversos aportes a la fuerza pública que opera en sus zonas de influencia, pero sin que el quid pro quo y el tipo de relación sea completamente transparente.

De otra parte, la jurisprudencia constitucional ha avalado la imposición, por vía general, de tributos especiales a ciertos contribuyentes con capacidad económica pero necesidades especiales de seguridad. En estos últimos casos los contribuyentes argumentaron que no existía certidumbre acerca de que sus contribuciones especiales fueran destinadas, de veras, a proporcionarles mayor seguridad; y tal certidumbre no puede darse, porque la Constitución prohíbe que haya rentas especiales de destinación específica.

Iniciativas:

¿Convendría dar mas autonomía, y mas recursos, a los alcaldes para conservar y restablecer el orden público en sus respectivos territorios? ¿Cómo hacerlo sin debilitar la necesaria coordinación del Presidente y de la fuerza pública sobre todos los esfuerzos que se realizan para mantener el orden en el país?

¿Podría pensarse en que, en aquellos sitios donde no fuera fácil asegurar una protección permanente a las autoridades por parte de la fuerza pública, estas pudieran tener la protección de cuerpos de policía ad hoc, formados por voluntarios, y subordinados, por supuesto, a las órdenes superiores que impartan el Presidente y los jefes de la fuerza pública? ¿Podrían recibir estos cuerpos policiales de voluntarios la facultad de hacer requisas, limitar el acceso a vías públicas rurales, adelantar censos y ordenar cambios de residencia?

Se ha propuesto organizar a los ciudadanos en frentes locales seguridad, en las carreteras (con el apoyo de transportadores y taxistas), y en los campos, coordinados por la fuerza pública, para que proporcionen información sobre actividades delictivas, garantizando la reserva de su identidad (AU, "Manifiesto democrático", 38, 39).

Se ha propuesto que "todos los jóvenes serán colaboradores permanentes de la fuerza pública" (AU, "Manifiesto democrático", 29)

¿Convendría revisar la Constitución para conseguir que ciertos tributos especiales pudieran destinarse, específicamente, a aumentar el esfuerzo militar y de seguridad del país? ¿Y que hubiera sistemas especiales de contratación que permitieran a empresas en situaciones de especial riesgo contratar su protección con la fuerza pública?

5.2.- Armonización de las instituciones internas con el Tribunal Penal Internacional.

Problemas para el diálogo:

Por medio del Acto Legislativo 2 del año 2001, Colombia modificó su Constitución para permitir que se reconozca la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, a la que se refiere el Estatuto de Roma de 1998, y se ratifique el tratado correspondiente.

El Congreso, al aprobar ese Acto Legislativo, contempló la posibilidad de que ciertas garantías que concede la Constitución colombiana resultaran desconocidas o alteradas por el Estatuto de Roma; y dispuso que, en tal caso, esa alteración tendría efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

La advertencia que hizo el Congreso hará que, en el evento de que sea preciso aplicar el Estatuto, las personas acusadas aleguen que las garantías constitucionales colombianas deben prevalecer, en la medida en que se refieren a materias que no están dentro del ámbito del Estatuto.

El Congreso, por medio de la ley 742 de 2002, publicada el 7 de junio, aprobó el Estatuto, que ha sido sometido a la Corte Constitucional para su revisión.

Iniciativas:

Parece necesario identificar cuáles son las garantías constitucionales colombianas que podrían resultar en conflicto con el Estatuto de Roma; y cómo pueden definirse los límites entre las materias penales que están dentro del ámbito del tratado y las que no lo están.

En principio, se ha dicho que la eventual oposición surgiría en cuanto la Constitución colombiana no autoriza penas de cadena perpetua, y en cuanto determina que las penas, una vez dictada la sentencia, están sujetas a prescripción. Sería del caso determinar si hay otros eventos de oposición.

5.3.- Lucha antisubversiva y derechos humanos.

Problemas para el diálogo:

Colombia es, "un país de víctimas de violencia política y criminal indiscriminada" dice un estudio reciente de la Corporación Excelencia en la Justicia sobre derechos humanos y conflicto armado en Colombia. Las violaciones de los derechos humanos, según ese informe, son atribuibles no solo a agentes del Estado sino a los grupos armados subversivos (guerrilla, autodefensas). La proporción en la que cada uno de esos grupos es responsable es, como puede suponerse, objeto de gran debate; el Ministerio de Defensa acepta que, entre 1995 y 1999, las violaciones atribuibles a la fuerza pública son el 2% del total. El número de acciones bélicas de la subversión creció en un 10% anual entre 1993 y 1999, según el mismo informe. La acción de la subversión se ha orientado hacia municipios con "recursos y riqueza comprobables" dice uno de los estudiosos del tema. La mayor cantidad de víctimas no son los combatientes, sino los civiles.

En la Constitución de 1991 Colombia incluyó, explícitamente, normas dirigidas a la protección especial a los derechos humanos, y la Corte Constitucional ha dicho que, por eso, las normas internacionales sobre la materia pueden equipararse a normas constitucionales en Colombia.

De otra parte, Colombia ha hecho esfuerzos

especiales para que sus normas de derecho penal reconozcan y protejan los principios del derecho internacional humanitario; la ley 599 del 2000, es ejemplo de ello. Entre otros asuntos que han sido objeto de preocupación en el derecho internacional humanitario, esa ley tipificó como delitos especiales la "desaparición forzada" y el "genocidio". La jurisprudencia constitucional reconoce, sin excepciones, los principios del derecho internacional humanitario.

El país enfrenta, entonces, el reto de tener una legislación que permita al Estado ser mas eficaz para responder al creciente desafío de la subversión, y, al mismo tiempo, avanzar en la protección de los derechos humanos.

Antes de 1991, el gobierno hacía frente a la subversión por medio de poderes especiales "de estado de sitio", que permitían suspender algunas garantías constitucionales, sin alterar ciertos derechos fundamentales ni la estructura del Estado.

La institución del "estado de sitio" se hizo, en la práctica, de uso permanente, y por eso, entre otros motivos, la Constitución de 1991 limitó la facultad presidencial de asumir poderes especiales para combatir perturbaciones del orden público. Además, en un cambio jurisprudencial de importancia, la Corte Constitucional ha proclamado que ella tiene la facultad de apreciar si, de veras, existen las perturbaciones que el Presidente cita para asumir poderes extraordinarios. Así, en 1995, ante una serie de matanzas, el Presidente quiso declarar la "conmoción interior" (reemplazo del "estado de sitio"); pero la Corte declaró inconstitucional el decreto respectivo, con el argumento de que las matanzas eran graves, pero no justificaban un tratamiento con poderes excepcionales.

En consecuencia, no solo las facultades presidenciales para combatir la subversión son menores hoy que antes de 1991, sino que hasta la posibilidad de asumir esas facultades está sujeta ahora a la apreciación de un organismo compuesto por personas que no tienen los elementos de juicio de que debe disponer el Presidente para apreciar qué medidas

son necesarias frente a la perturbación del orden público.

La legislación destinada a dotar al Estado de elementos para responder a la agresión subversiva ha corrido suerte variada ante la Corte Constitucional. En efecto, muchas de las normas que, a través del tiempo, ha adoptado el Estado colombiano para hacer frente al crimen organizado y a la subversión armada, han sido declaradas conformes con la Constitución colombiana. Así ocurrió, por ejemplo, con las que contenía el "Estatuto para la defensa de la justicia" que adoptó Colombia en 1990 y 1991.

Pero, recientemente, la ley 684 del 2002 sobre "seguridad y defensa nacional" fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional.

Al mismo tiempo, el Congreso, en sucesivas reformas a las normas penales, ha modificado algunas de las leyes que el Gobierno había patrocinado para responder a la crisis. Así, por ejemplo, se ha dicho que el combate contra el crimen organizado requiere normas especiales, como las que contenía el "Estatuto para la defensa de la justicia" que adoptó Colombia en 1990 y 1991. Había allí, entre otras, reglas sobre investigaciones, protección de la identidad de los jueces y los testigos y beneficios por la colaboración con la justicia. Pero esas normas, pese a haber sido declaradas executables por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, fueron desnaturalizadas por reformas penales posteriores.

Con frecuencia, además, se afirma que existe una infiltración de la guerrilla y del narcotráfico en la Fiscalía, que favorece la impunidad y dificulta la acción del ejército.

Dentro del contexto anterior, durante la campaña electoral se dijo que sería necesario un nuevo "Estatuto antiterrorista" para que el Gobierno pueda alterar en forma definitiva en su favor el equilibrio militar frente a los grupos subversivos. Se trataría, pues, de ver cuál puede ser el contenido de ese estatuto, y cómo se articula con las normas constitucionales y legales sobre respeto a los derechos humanos.

Iniciativas:

En primer término, parecería conveniente reexaminar las normas constitucionales que confieren poderes de "conmoción interior" al Presidente, y precisar hasta donde esos poderes pueden quedar condicionados a que la Corte Constitucional opine que existe grave perturbación del orden público.

Se ha propuesto:

- a) Que las Naciones Unidas envíen misiones humanitarias a los municipios que sufren de amenazas de represalias guerrilleras por la resistencia civil a intentos de toma por la guerrilla; y que esas misiones tengan el apoyo de soldados colombianos (AU, "Manifiesto democrático", 31).
- b) Adopción de un "estatuto antiterrorista", que facilite la detención, la captura, el allanamiento (AU, "Manifiesto democrático", 33); que las poblaciones sean censadas y su movilidad controlada; introducción de flexibilidad en el período de "habeas corpus" (hoy la Constitución fija en 36 horas el período dentro del cual las autoridades deben definir la situación de un detenido); mayor facilidad para intercepciones de llamadas y allanamientos, sin orden judicial.
- c) Dar mayor protección a los fiscales y jueces que persiguen al delito organizado (HS, "Semana", Mayo 20-27 del 2002) (AA, "Reformas...", 16).
- d) Organizar sistemas de vigilancia especial, que garanticen que la Fiscalía no sea capturada por el narcotráfico o la guerrilla o, en general, por el crimen organizado (AA, "Reformas...", 15).

Estas iniciativas, para ser adoptadas, requerirían reformas legales y constitucionales.

