

ano 23 – n. 93 | julho/setembro – 2023
Belo Horizonte | p. 1-224 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v23i93
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246	A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-
	Trimestral ISSN impresso 1516-3210 ISSN digital 1984-4182
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira de Oliveira

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A3 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2022, a revista foi classificada no estrato A3 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Antecedentes del control fiscal del Estado en Colombia: cien años de la Contraloría General de la República

Background of the fiscal control of the State in Colombia: one hundred years of the Comptroller General of the Republic

Diana Carolina Valencia-Tello*

Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia)
dianac.valencia@urosario.edu.co
<https://orcid.org/0000-0001-5936-6005>

Recibido/Received: 23.06.2023 / 23 June 2023

Aprovado/Approved: 08.09.2023 / 08 September 2023

Resumen: La Contraloría fue instituida en 1923 gracias a las recomendaciones realizadas por la misión Kemmerer que buscó el fortalecimiento y la mejora del control al poder del Estado, introduciendo nuevas instituciones del derecho anglosajón en Colombia. Sin embargo, la tradición jurídica colombiana ha contado con una fuerte influencia del derecho de Europa continental y por lo tanto el modelo colombiano es un híbrido entre modelo de auditoría anglosajón y los tribunales de cuenta de Europa Continental. La Constitución de 1991 buscó fortalecer la Contraloría y el control fiscal, pero en 2015 y 2019 fueron realizadas dos reformas constitucionales importantes al control del poder del Estado que han modificado el diseño institucional inicialmente planteado. Así, el presente artículo busca indagar cuáles han sido las dificultades para la efectiva implementación de los controles al poder en Colombia.

Palabras clave: Constitución. Control. Administración pública. Corrupción. Reforma Constitucional.

Como citar este artículo/*How to cite this article:* VALENCIA-TELLO, Diana Carolina. Antecedentes del control fiscal del Estado en Colombia: cien años de la Contraloría General de la República. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 23, n. 93, p. 41-71, jul./set. 2023. DOI: 10.21056/aec.v23i93.1830.

* Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Post-Doctorado de la Universidad de la Coruña (España). Maestría, Doctorado y Post-Doctorado de la Universidad Federal del Paraná (Brasil). Especialista en Derecho Administrativo y Derecho Ambiental de la Universidad del Rosario. Se ha desempeñado como Subdirectora Administrativa del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Coordinadora del Fondo de Paz – Presidencia de la República de Colombia y Abogada del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Abstract: The Comptroller's Office was established in 1923 thanks to the recommendations made by the Kemmerer mission that sought to strengthen and improve control of State power, introducing new institutions of common law in Colombia. However, the Colombian legal tradition has had a strong influence from continental European law and therefore the Colombian model is a hybrid between the Anglo-Saxon audit model and the Continental European audit courts. The 1991 Constitution sought to strengthen the Comptroller's Office and fiscal control, but in 2015 and 2019 two important constitutional reforms were made to control State power that have modified the institutional design initially proposed. Thus, this article seeks to investigate what have been the difficulties for the effective implementation of controls on power in Colombia.

Keywords: Constitution. Control. Public Administration. Corruption. Constitutional Reform.

Sumario: Introducción – **1** Los controles del Estado liberal en Colombia – **2** La creación de la Contraloría en el Estado colombiano – **3** Las reformas al control del Estado en la Constitución de 1886 – **4** Los controles a la gestión pública en la Constitución de 1991 – **5** Reformas constitucionales al control del Estado – **6** Consideraciones finales – Referencias

Introducción

El control fiscal del Estado es un elemento esencial para el buen funcionamiento de las instituciones públicas y con ello, para la democracia y los derechos fundamentales de todos los individuos.¹ Esto porque el control fiscal otorga importantes herramientas a la administración, para garantizar el buen uso de los recursos públicos conforme las metas previamente establecidas, así como también ayuda a garantizar el respeto del ordenamiento jurídico por parte de todos los funcionarios, evitando los abusos de autoridad, las desviaciones del poder y la corrupción.

Sin embargo, en Colombia, como en varios países de América Latina,² diversos casos de corrupción a lo largo de su historia, evidencian las deficiencias existentes en los controles al Estado, lo que en parte se debe a la herencia de la colonización española y portuguesa que impidió el establecimiento de instituciones republicanas y derechos de propiedad bien definidos,³ pues desde el inicio de la colonización, los estamentos y las corporaciones establecieron derechos, privilegios y obligaciones

¹ VALENCIA-TELLO, Diana Carolina; HACHEM, Daniel Wunder. The good public administration in the XXI century: Analysis of the Colombian case. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 15, n. 33, p. 101-130, set./dez. 2018.

² En México, véase: BÉJAR RIVERA, Luis José; GÓMEZ COTERO, José de Jesús. Cuando el Derecho se convierte en aliado de la corrupción: un caso en el Derecho Administrativo mexicano. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 11-30, jan./mar. 2021; MORANCHEL POCATERRA, Mariana. Administración pública, corrupción y derechos humanos. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 7, n. 1, p. 113-126, ene./jun. 2020.

³ NORTH, Douglas. *Para entender el proceso de cambio económico*. Traductor: PONS, Horacio. Bogotá: Norma, 2007, p. 163-164.

diferenciados para cada grupo, lo que causó profundas desigualdades,⁴ que hasta el día de hoy perduran, y que afectan la forma particular en que se aplica la ley y los controles a la administración.

En América Latina, luego del periodo de independencia, cuando el Estado liberal estaba en formación, fue difícil consolidar instituciones eficientes de control al Estado y a su administración pública.⁵ En el caso de Colombia, las Constituciones que se sucedieron a lo largo del siglo XIX, no realizaron mayor énfasis sobre la necesidad de control sobre los gobernantes o las instituciones públicas, pues la inestabilidad política y las guerras impidieron generar adecuados consensos alrededor de las instituciones que requería el país para lograr sus metas.⁶

Solo hasta 1923, son analizadas con mayor profundidad las instituciones de control del Estado, gracias a la misión Kemmerer, la cual fue enviada por el gobierno norteamericano para sanear las finanzas públicas, organizar la hacienda pública y promover la inversión extranjera, conforme las políticas intervencionistas que estaban modificando las clásicas funciones del Estado, para garantizar la provisión de bienes y servicios, así como corregir las fallas del mercado en sectores estratégicos de la economía.

En este contexto, una de las principales recomendaciones de la misión Kemmerer fue la creación de la Contraloría, conforme el modelo anglosajón de control, lo que fue aprobado mediante la Ley 42 de 1923. Con esto se introduce en el ordenamiento colombiano instituciones y principios del derecho anglosajón, los cuales no fueron bien comprendidos, pues la tradición jurídica colombiana ha contado con una fuerte influencia del derecho de Europa continental, donde la centralidad de la ley y el establecimiento de competencias dentro de estructuras jerárquicas rígidas fueron los principales mecanismos de control sobre la discrecionalidad de los funcionarios públicos. Esto se evidencia al constatar que en la Constitución de 1886 no se determinaron mecanismos de control conforme la teoría anglosajona de *checks and balances*, que busca repartir competencias en varios poderes del Estado, para evitar la centralización del poder en un solo órgano.

Por ello, la introducción de la contraloría dentro del ordenamiento jurídico colombiano no fue pacífica, pues fue difícil explicar la posición de esta nueva institución dentro de la estructura del Estado, así como fue imposible garantizar la independencia que este nuevo órgano requería para el ejercicio de sus funciones.

⁴ PHELAN, J. *El Reino de Quito en el siglo XVII*. Banco Central de Ecuador. Quito, 1995, p. 475.

⁵ Sobre el tema en Venezuela, véase: VIVAS ROSO, Jessica. El rol de los órganos de control fiscal en la lucha contra la corrupción. Caso: Contraloría General de la República de Venezuela. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 9, n. 2, p. 397-422, jul./dic. 2022.

⁶ ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. *Constituciones de Colombia: más de 200 años de anhelos, guerras, realidades y esperanzas*. Bogotá: Tirant, 2021.

La Constitución de 1991 buscó corregir la excesiva centralización del poder que existía en la rama ejecutiva en cabeza del presidente y por ello los constituyentes fortalecieron las instituciones de control, entre ellas la Contraloría General de la República (CGR), determinando que es un órgano autónomo e independiente de las ramas del poder público encargada de la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

Teniendo en cuenta la centralidad de la CGR para el adecuado funcionamiento del Estado, el presente artículo busca analizar los principales antecedentes del control fiscal en el Estado colombiano, resaltando las principales transformaciones que ha tenido la Contraloría General de la República en cien años de historia.⁷ Para esto, primero vamos a estudiar los controles en el Estado liberal en Colombia, para después evaluar la creación de la Contraloría en el Estado colombiano y las reformas al control del Estado en la Constitución de 1886. Luego serán analizados los principales cambios que se sucedieron en materia de control a la administración pública con la Constitución de 1991 y será realizada una breve mención a las dos reformas constitucionales que han sucedido sobre la CGR y el control fiscal en 2015 y 2019, para finalizar con algunas conclusiones.

1 Los controles del Estado liberal en Colombia

En el momento de la independencia, la nueva República denominada la Gran Colombia pasaba por una situación fiscal dramática debido a la deuda adquirida para el financiamiento de la guerra de independencia. Al respecto, Gómez afirma:

Al término de la guerra de independencia (1810-1819) la República había quedado en completa ruina, los gastos de las campañas y los despojamientos y saqueos perpetrados por los realistas habían contribuido a crear un estado crítico en la hacienda pública.⁸

Para afrontar este panorama, el general Santander, dictó un decreto para rebajar a la mitad los suelos y emolumentos que devengaban militares y funcionarios civiles, para efectos de priorizar los gastos de las campañas militares y restablecer los organismos del poder público. Además, fue expedida una Ley en 1819, por el vicepresidente, el General Santander, para condenar a muerte a todo funcionario público que defraudara el tesoro de la Nación.⁹ Según Gómez, desde

⁷ El artículo cuenta con algunos apartes del libro: VALENCIA-TELLO, Diana Carolina. *La buena administración en el control a la gestión del Estado*. Análisis y desafíos del caso colombiano. Bogotá: Tirant, 2023.

⁸ GOMEZ LATORRE, Armando. Antecedentes históricos de la contraloría. En: *Economía colombiana*, n. 150. 1983. p. 53.

⁹ YOUNES MORENO, Diego. *Derecho del control fiscal y del control interno*. Bogotá. Ibañez, 2015, p. 77.

este momento imperó una política de previsión del gasto público y de publicidad de la contabilidad nacional.¹⁰

Sin embargo, como será analizado a continuación, la inestabilidad política de la República también causó inestabilidad institucional, que se ve bien representada en los continuos cambios sobre la denominación y la reglamentación de los órganos de control, sin que se evidencien mejoras importantes sobre la rendición de cuentas que deberían realizar los administradores sobre el uso del dinero público.

Para iniciar, la Ley 51 de 1821 creó la Contaduría General de la Hacienda, la cual tenía la capacidad de pedir cuentas a los administradores de los caudales públicos, y también tenía jurisdicción coactiva para recaudar los montos que los administradores no justificaran adecuadamente. Luego, la Ley 197 de 1824 suprimió esta entidad y creó la Dirección General de Hacienda y Rentas Nacionales, donde llama la atención la misión de reunir la normatividad referente al manejo de la Hacienda Pública, además de unificar la manera de llevar los libros de cuentas y el fenecimiento de las cuentas. En este momento, también se crean las contralorías departamentales, las cuales deben remitir los primeros días del mes de octubre la relación de las cuentas glosadas, sentenciadas y fenecidas, así como los resultados de cada juicio a la Dirección General. Además, se les asignó la competencia para ejecutar por jurisdicción coactiva las cuentas fenecidas.¹¹

Lo anterior demuestra la falta de criterios únicos para la administración de los recursos públicos, así como para el proceso de toma de cuentas, razón por la cual Malagón afirma:

(...) el manejo de la Hacienda Pública no era muy eficiente, lo que motivó a que el general SANTANDER prescribiera que los empleados que estuvieran inmersos en actividades de corrupción pudieran ser destituidos con la sola sospecha, regulación que fue ratificada por el Congreso en 1826, pero que no tuvo mucha eficacia, ya que pocos funcionarios fueron sancionados.¹²

En este contexto, el órgano encargado de examinar las cuentas, juzgarlas y fenecerlas es modificado permanentemente, a lo largo del siglo XIX. Al respecto, el Profesor Malagón identificó nueve leyes adicionales a las ya enunciadas, las cuales cambian el nombre, la composición y algunas funciones de los órganos de control.¹³

¹⁰ GOMEZ LATORRE, Armando. Antecedentes históricos de la contraloría. *Op. cit.*

¹¹ MALAGÓN PINZÓN, Miguel Alejandro. *Vivir en Policía*. Una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano. Bogotá: Universidad Externado, 2007, p. 239.

¹² BUSHNELL, D. *El régimen de Santander en la Gran Colombia*. Bogotá: El Áncora Editores, 1984, p. 113 *apud* MALAGÓN PINZÓN, Miguel Alejandro. *Vivir en Policía*. *Op. cit.* p. 240.

¹³ MALAGÓN PINZÓN, Miguel Alejandro. *Vivir en Policía*. *Op. cit.* p. 240-245.

Lo anterior evidencia las dificultades que tuvo la nueva República, por todo un siglo, para disciplinar el uso de los recursos públicos y garantizar un efectivo control y rendición de cuentas de todos los funcionarios públicos.

El código fiscal promulgado mediante la Ley 110 de 1912, reglamentó la organización de la Corte de Cuentas, la cual estaba compuesta por diez magistrados elegidos por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo.¹⁴ Luego, la Ley 36 de 1918 reformó la Corte de Cuentas y elevó a trece el número de los magistrados, de los cuales seis eran nombrados por la Cámara de Representantes y siete por el Senado de la República. Sobre la Corte de Cuentas, Younes Moreno afirma:

La Corte de Cuentas de linaje judicial y origen galo, tenía como obligación principal examinar las cuentas de todos los empleados encargados del recaudo y la inversión de fondos públicos. Las funciones de la Corte eran, pues, judiciales, pero no llevaba cuentas de ningún género relacionadas con las finanzas públicas.¹⁵

Las funciones de este organismo, fueron evaluadas por la Misión Kemmerer en 1923, que rápidamente llegó a la conclusión que “La labor de la Corte de Cuentas, en cuanto al examen de aquellas es de poca utilidad, debido a que el examen se demora extraordinariamente”.¹⁶ Por ello se afirma que solo hasta el año 1923 con la Misión Kemmerer, se inicia un nuevo periodo en el ejercicio del control en Colombia, con la introducción de mecanismos de control del modelo anglosajón, que buscan ser más efectivos en el proceso de rendición de cuentas sobre los administradores públicos. Al respecto, el magistrado de la Corte Constitucional, Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, en Sentencia C-716 de 2002 afirmó:

Así, hasta el año de 1923, en el país no existía un mecanismo lo suficientemente sólido como para garantizar el control efectivo del manejo de los dineros públicos. Es célebre ya la “Ley contra los empleados de la Hacienda”, dictada en 1819 por el vicepresidente de la Nueva Granada, que sancionaba con pena de muerte la malversación de fondos por parte de funcionarios de la Administración. En el mismo año se estableció, mediante Decreto del 14 de septiembre,

¹⁴ Para una visión crítica del papel de los tribunales de cuentas, véase: CABRAL, Flávio Garcia. O Tribunal de Contas da União é um órgão político? *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 7, n. 1, p. 237-284, jan./abr. 2020; CABRAL, Flávio Garcia. Como o Tribunal de Contas da União tem se comportado ao longo da Constituição de 1988? *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 85, p. 161-183, jul./set. 2021.

¹⁵ YOUNES MORENO, Diego. *Derecho del control fiscal y del control interno*. Op. cit. p. 81.

¹⁶ YOUNES MORENO, Diego. *Derecho del control fiscal y del control interno*. Op. cit. p. 81.

un tribunal encargado de solicitar cuentas relacionadas con el manejo de los recursos del erario, llamado Tribunal Superior de Cuentas, el cual fue reemplazado en 1821 por la Contaduría General de Hacienda, posteriormente denominada Dirección General de Hacienda y Rentas Nacionales. Y aunque en 1847, a través de la Ley Orgánica de la Administración de Hacienda Nacional, se creara la Corte de Cuentas, que luego en 1912 fue adscrita al Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, lo cierto es que los mecanismos utilizados por el Estado colombiano para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal seguían siendo lentos y difusos, debido principalmente a su naturaleza netamente jurisdiccional y a su ejecución por la vía contencioso-administrativa.

Teniendo en cuenta este primer periodo bastante inestable y poco efectivo de las instituciones de control del Estado en Colombia, a continuación, analizaremos el cambio presentado desde 1923 con la creación de la Contraloría, el cual también marca el inicio de la influencia del modelo anglosajón en nuestras instituciones de control de la administración pública.

2 La creación de la Contraloría en el Estado colombiano

Entre los problemas económicos que enfrentaba el país en la época, se encontraba la irresponsabilidad de varios gobiernos que utilizaron la emisión de papel moneda para pagar los gastos de funcionamiento del Estado, incluidos los gastos causados con la guerra de los mil días (1899-1902).¹⁷

Pero además de la precaria situación financiera de Colombia, el tratado Urrutia-Thompson ratificado en 1922, permitió la normalización de las relaciones entre Colombia y Estados Unidos, luego de la indemnización de 25 millones de dolares por la pérdida de Panamá. En ese entonces, muchos se preocuparon por la adecuada inversión de estos recursos, dado que el Estado colombiano no contaba con una adecuada planeación sobre el gasto público o las finanzas públicas y como ya fue analizado antes, tampoco existían adecuadas instituciones para el control sobre los recursos públicos.

Así, la guerra, la inestabilidad política y el poco desarrollo industrial del país, causaba que Colombia no contara con mucho presupuesto y a nivel institucional y nuestro ordenamiento jurídico no contaba con instituciones adecuadas para la planeación y el control de los recursos públicos. Sin embargo, este difícil contexto no

¹⁷ NARANJO GALVES, Rodrigo. *Eficacia del control fiscal en Colombia*. Derecho comparado, historia, macroorganizaciones e instituciones. Bogotá: Ed. del Universidad del Rosario, 2007, p. 79.

fue la única razón que motivó al gobierno nacional a solicitar asesoría internacional para el buen manejo de los recursos públicos. Al respecto, Hernandez Gamarra afirma:

Para la mayoría de autores (entro otros Palacio, 2013 y Drake, 2003) las principales razones que hicieron que la venida de Kemmerer y el éxito de su misión estuvieron asociadas a la indemnización que le hizo Estados Unidos al país por la separación de Panamá, al marcado interes del capital norteamericano por contar con un marco jurídico que protegiera y diera seguridad a sus intereses, en especial el orientado a la explotación y exploración del petroleo que ya había obtenido su primera concesión, a la necesidad de élites colombianas de vincularse al mercado de capitales de Nueva York; y al progresivo vuelco que había tenido el comercio internacional de Colombia hacia Estados Unidos.¹⁸

De esta forma, el nuevo modelo de Estado intervencionista que se está consolidando a nivel global, en buena medida, gracias a las políticas intervencionistas del gobierno norteamericano fue una de las motivaciones principales para aceptar la asesoría de la Misión Kemmerer en nuestro país. Así, sin haber consolidado el Estado liberal en el país, el gobierno nacional comenzó a interesarse por acceder al crédito internacional e incentivar la inversión extranjera, para obtener más recursos que ayudaran a promover el desarrollo del país. Para que esto fuera posible, tanto los créditos como las inversiones dependían directamente del aval de expertos extranjeros a la comunidad financiera internacional, sobre el adecuado manejo de las finanzas públicas. Con relación a las políticas intervencionistas del gobierno norteamericano, Naranjo afirma:

En efecto, los Estados Unidos pasaban por una época de creciente prosperidad que les permitía contar con importantes excedentes de capital para invertir en el exterior, pero para hacerlo requerían que los países receptores contaran con los siguientes elementos: (i) sistemas de presupuesto, contabilidad pública, banca central y regulación bancaria que les garantizara, como potenciales acreedores un grado mínimo de seriedad en el manejo de las finanzas públicas de los países deudores; (ii) sistemas de tributación que garantizaran ingresos públicos mayores y constantes; (iii) leyes que regularan y facilitaran los negocios y (iv) sistemas veraces de información sobre el estado de las finanzas y, en general, de la economía en dichos países.¹⁹

¹⁸ HERNANDEZ GAMARRA, Antonio. Control Fiscal y la lucha contra la corrupción. En: *Revista Economía Colombiana*. Nº 353. Bogotá. Contraloría General de la República, 2018. p. 16-34. Disponible en: <https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/1379259/REC353.pdf/6be361e8-2a52-4262-8367-27bf34860240>. Fecha de Consulta: 30/06/2020.

¹⁹ NARANJO GALVES, Rodrigo. *Eficacia del control fiscal en Colombia*. Op. cit. p. 80.

En este contexto, fue expedida la Ley 60 de 1922, la cual autorizó la creación de una misión internacional para que analizara la situación económica del país y a partir de éste análisis, realizar recomendaciones encaminadas a organizar las finanzas nacionales, para adecuar las instituciones existentes al nuevo modelo de Estado intervencionista y aprovechar adecuadamente el pago recibido como indemnización por la separación de Panamá. Sobre el particular, Brito y Malagón afirman:

Se pensó en la necesidad de contratar una misión extranjera experta en temas bancarios y financieros para que asesorara al ejecutivo en la inversión de la mencionada suma de dinero. Para tal fin, el embajador de Estados Unidos, Enrique Olaya Herrera, se puso en contacto con el secretario de Estado, señor Hugues. Este le recomendó al profesor de economía de la Universidad de Princeton, señor Edwin Walter Kemmerer, quien se había desempeñado como asesor de los gobiernos de México, Guatemala y Filipinas. Obviamente, una hoja de vida como la que se proponía no podía dejarse pasar y se le contrató.²⁰

En 1923 durante el gobierno de Pedro Nel Ospina, llegó a Colombia la primera comisión de estudio del siglo XX, la cual permaneció dos meses en el país, conocida como la misión Kemmerer. Esta misión buscará sanear las finanzas públicas, promover la inversión extranjera y organizar tanto la hacienda pública como el sistema financiero colombiano²¹. Para esto, la misión asesoró al gobierno nacional en la preparación de leyes y decretos reglamentarios para la reorganización de los servicios, las rentas y los impuestos nacionales.

La misión Kemmerer estaba compuesta por Edwin Walter Kemmerer, profesor de economía de la Universidad de Princeton; Howard M. Jefferson, experto en temas bancarios; Fred R. Fairchild, Profesor de la Universidad de Yale y especialista en tributación; Thomas R. Lil, contador experto en temas financieros y Federick B. Luquiens, profesor español de la Universidad de Yale, quien actuó como secretario de la misión y traductor. Esteban Jaramillo actuó como asesor jurídico, voluntario y sin remuneración, pues había ocupado el cargo de Ministro del Tesoro en el Gobierno de Marco Fidel Suarez y Vicente Villa, y era un empresario colombiano radicado en Nueva York y amigo personal del Presidente Ospina.²²

²⁰ BRITO, F.; MALAGÓN, M. "Capítulo 1. Influencia del derecho administrativo norteamericano en nuestra administración pública, las misiones Kemmerer y Currie". En: *Teoría de la Organización Administrativa colombiana: Una visión jurídico-administrativa*. Bogotá: Editorial Rosario, 2006, p. 23.

²¹ "No se trató de una misión oficial del gobierno norteamericano, aunque coincidiera con las grandes líneas de los intereses capitalistas de ese país. Inspirada en principios de liberalismo económico, la misión reorganizó el sistema bancario, el sistema de contabilidad nacional y la administración pública en el campo económico" (PALACIOS, M.; SAFFORD, F. *Colombia. País fragmentado sociedad dividida*. Bogotá: Norma, 2004, p. 525).

²² MEISEL ROCA, Adolfo. Kemmerer en Colombia. En: *Economía colombiana*, p. 298, Bogotá: Contraloría General de la República, 2003. p. 38 *apud* NARANJO GALVES. *Eficacia del control fiscal en Colombia*. p. 78. HERNANDEZ GAMARRA, Antonio. En: *Revista Economía Colombiana*. p. 16.

Las recomendaciones elaboradas por esta comisión de expertos tendrían un fuerte impacto en la historia económica colombiana; pues implementó cuatro conceptos básicos: (i) El *patrón oro*, mediante la creación del Banco de la República, garantizando que no se emitiera dinero sin el debido respaldo; (ii) el equilibrio presupuestal que impide que el gobierno gaste por fuera de los límites del erario público; (iii) la transparencia en la información fiscal y (iv) el control preventivo o previo realizado por la Contraloría.²³

De esta forma, la Contraloría fue concebida en principio como un departamento de contabilidad del Estado, encargado del control preventivo; siguiendo algunas características del modelo establecido en aquel entonces por la Agencia “General Accounting Office” (GAO), recientemente creada en 1921.

Sin embargo, en Estados Unidos, GAO es una agencia del gobierno federal, que pertenece a la rama legislativa, es decir al Congreso, la cual fue creada en calidad de institución de auditoría, evaluación e investigación, para efectos de permitir al Congreso desarrollar sus responsabilidades constitucionales en la evaluación de las intervenciones y las actividades realizadas por el gobierno federal, permitiendo así una mayor rendición de cuentas y responsabilidad (accountability) de los administradores en beneficio del pueblo norteamericano.

En este sentido, la diferente ubicación del órgano de control dentro de la estructura del Estado, evidencia la importancia del equilibrio entre los poderes públicos (*checks and balances*), donde la rama legislativa cuenta con un órgano técnico que facilita el control político que se debe ejercer sobre la rama ejecutiva, conforme lo establecido en la Constitución. Sin embargo, cuando se crea la contraloría en Colombia, no es clara su ubicación dentro de la estructura del Estado y el Congreso colombiano no tiene la práctica de ejercer el control político sobre el ejecutivo, razón por la cual poco se entiende sobre la funcionalidad de la contraloría en la estructura clásica de un Estado, donde el control del poder no ha sido adecuadamente desarrollado.

Por ello, en Colombia, aunque la contraloría tenga algunos elementos y funciones similares a los de la Agencia GAO de Estados Unidos, conforme las recomendaciones de la misión Kemmerer, el organismo de control continuó realizando actividades de revisión y feneamiento de las cuentas, razón por la cual se afirma que el modelo colombiano es un híbrido entre el modelo de auditoría anglosajón y los tribunales de cuentas de Europa Continental²⁴, donde la principal crítica es que el mismo órgano que revisa las cuentas, juzga su conformidad con el ordenamiento jurídico, lo que convierte a la Contraloría en juez y parte en los procesos fiscales.

²³ NARANJO GALVES, Rodrigo. *Eficacia del control fiscal en Colombia*. Op. cit. p. 78-81.

²⁴ NARANJO GALVES. *Eficacia del control fiscal en Colombia*. Op. cit. p. 82.

La Ley 42 de 1923 creó la Contraloría en Colombia, y en su momento existieron varios cuestionamientos constitucionales, sobre su viabilidad en nuestro ordenamiento jurídico, debido a que la Constitución de 1886 no contemplaba la función específica del control y tampoco la existencia de órganos autónomos localizados por fuera de las ramas del poder, pues la Corte de Cuentas que existía en el momento, era parte del poder judicial (Ley 19 de 1912). Sobre el particular, Hernández Gamarra afirma:

La creación del Departamento de Contraloría supuso la introducción en nuestro país de una institucionalidad fiscal de corte anglosajón que coexistió con la visión jurisdiccional que venía de atrás. En efecto, la Ley 42 de 1923 tuvo un título y un contenido, según las palabras del propio Kemmerer, similar a la ley norteamericana sobre controles expedida en 1921, pues como se anotó en la Exposición de Motivos de la que sería la Ley 42 de 1923, “en 1920, después de largo y cuidadoso estudio, el Congreso de los Estados Unidos de América creó el cargo de Controller General, independiente de todos los demás departamentos ejecutivos, tal como se propone en Colombia” (Exposición de Motivos. En: Contraloría 2003, pág. 19). De otra parte, a la Contraloría no se le suprimieron funciones jurisdiccionales que tenía la hasta entonces existente Corte de Cuentas.²⁵

Por ello, era difícil explicar la posición de la contraloría dentro de la estructura del Estado, así como era difícil garantizar su independencia frente a las diferentes ramas del poder, para ejercer un control objetivo de la gestión realizada por las diferentes dependencias públicas.²⁶

En este contexto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 9 de agosto de 1924 declaró la exequibilidad de la Ley 42 de 1923 considerando que la Ley se ajustaba a la constitución, con base en las diferencias de funciones que existen entre quien administra la cosa pública y la función de fiscalización que tenía la Contraloría. Con esto la Corte enfatiza la importancia de mantener la independencia entre quien ejerce la vigilancia fiscal y los sujetos objeto de fiscalización. Adicionalmente, la Corte diferencia las funciones entre la rama judicial y la contraloría.²⁷ Sin embargo, la Sentencia no dejaba de ser contradictoria, conforme Naranjo analiza así:

En efecto, en forma contradictoria se afirma que no se arrebatan funciones al Presidente y a renglón seguido se dice que la competencia es administrativa para afirmar que el carácter administrativo de la

²⁵ HERNANDEZ GAMARRA, Antonio. En: *Revista Economía Colombiana*. p. 18.

²⁶ NARANJO GALVES. *Eficacia del control fiscal en Colombia*. Op. cit. p. 88-96.

²⁷ NARANJO GALVES. *Eficacia del control fiscal en Colombia*. Op. cit. p. 88-96.

misma implica que no se le arrebatan funciones al Poder Judicial. [...] La Corte afirma que las facultades de investigador que se le otorgan al Contralor “para asuntos puramente administrativos, no criminales, en bien de la fiscalización de la cosa pública”, de tal manera que no hay usurpación de las funciones constitucionales del Poder Judicial ni del Presidente de la República.²⁸

La creación legal de la contraloría sin respaldo de una norma constitucional y sin claridad sobre sus funciones y su ubicación dentro de la estructura del Estado, permitió que el Congreso realizara rápidamente varias modificaciones, tan pronto se fue la misión, para mantener mayor influencia política sobre el nuevo organo de control. En 1930 cuando la misión Kemmerer volvió al país, criticaron varias de estas modificaciones, especialmente las contenidas en la Ley 109 de 1923 que determinó como forma de elección del Contralor General a cargo de solo la Cámara de Representantes, por el corto periodo de dos años y la exclusión del control fiscal sobre los gastos del Congreso. Adicionalmente, la misión también criticó que las decisiones de la contraloría en materia de evaluación y fenecimiento de las cuentas fueran apelables ante el Consejo de Estado. Al respecto, Naranjo informa:

[...] criticaba – veladamente – la influencia de la política y la amistad en la elección de los contralores, la falta de calidades de los mismos, y se oponía al hecho de que los miembros del Congreso podían ser designados Contralores. Para Kemmerer, el nombramiento del Contralor no debía quedar en manos de un solo poder, pues en aras de un adecuado equilibrio de poderes, el Presidente debía participar de la elección del Contralor y esa participación no disminuía la responsabilidad de este último frente al Congreso.²⁹

De esta forma, para Kemmerer, la elección del Contralor General no podía quedar en manos de un solo poder, pues el equilibrio entre poderes exige que al menos dos poderes participen en la elección de cargos importantes de dirección dentro del Estado. Adicionalmente, el periodo de dos años es en extremo corto para garantizar la continuidad de las actividades de la Contraloría y, evidentemente no existía ningún a justificación teórica o técnica para que los gastos del Congreso estuvieran por fuera de la competencia del control fiscal de la contraloría. Con relación a las apelaciones al Consejo de Estado, para Kemmerer era contradictorio afirmar que la contraloría tenía competencia exclusiva en materia fiscal y, al mismo

²⁸ NARANJO GALVES. *Eficacia del control fiscal en Colombia. Op. cit.* p. 95-96.

²⁹ NARANJO GALVES. *Eficacia del control fiscal en Colombia. Op. cit.* p. 106-107.

tiempo establecer que el control fiscal fuera objeto de recursos judiciales ante el Consejo de Estado, pues resta efectividad a las decisiones del órgano de control.

En este contexto, el primer encuentro formal entre dos culturas jurídicas diversas, como la norteamericana y la colombiana, demuestra las dificultades de realizar trasplantes institucionales en tradiciones jurídicas diferentes, pues las reformas legales e institucionales serán comprendidas y modificadas conforme valores y estructuras presentes en la cultura jurídica del país receptor, las cuales no puede ser modificadas tan fácilmente por cambios en el ordenamiento jurídico.

No obstante, debemos resaltar el gran cambio que significó para la historia del derecho público en el país la misión Kemmerer, no solo por las importantes instituciones que creó y que funcionan hasta el momento presente, sino sobre todo por la introducción de nuevos conceptos y teorías sobre el equilibrio del poder y el control del Estado, sobre los cuales todavía estamos aprendiendo. A continuación analizaremos las reformas realizadas sobre las instituciones de control en la Constitución de 1886.

3 Las reformas al control del Estado en la Constitución de 1886

En pleno auge del pensamiento social a nivel mundial y del fortalecimiento de los movimientos sociales, surge la reforma constitucional liberal de 1936 que introduce el Estado Social de Derecho en Colombia. El acto legislativo No. 1 de 1936 desarrolla en sus 35 artículos temas como la función social de la propiedad, las libertades fundamentales, las funciones del Estado, la ordenación del territorio, la organización de las ramas del poder, la elección popular de algunos funcionarios públicos y algunos lineamientos particulares sobre la rama ejecutiva.³⁰

El impacto general de la reforma de 1936 contribuyó a la gestación de un Estado mucho más intervencionista³¹ y por tanto, la Administración pública tuvo que adoptar una nueva visión, más social, que exige el desarrollo de políticas públicas afirmativas, para el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, dando paso al Estado Social de Derecho en Colombia.³²

³⁰ ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. *Derecho Administrativo*. Bogotá: Legis, 2020, p. 24.

³¹ “El tránsito del Estado gendarme al Estado intervencionista se ha cumplido progresivamente desde los años veinte con intensidad acelerada a partir de la reforma constitucional de 1936 y la segunda guerra mundial (1939-1945). Esta forma o modalidad de acción del Estado implica forzosamente un considerable aumento de la presencia y actividad del Ejecutivo en el proceso económico-social, con el consiguiente resultado de adquisición de una mayor densidad política a su favor dentro del ya sensiblemente desequilibrado sistema de distribución de poderes estatales” (RESTREPO C. *Constituyentes y constitucionalistas colombianos del siglo XIX*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 134.

³² ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. *Derecho Administrativo*. Bogotá: Legis, 2020, p. 24-25.

Posteriormente, la reforma constitucional realizada en 1945, va a ser fundamental para dotar de mayores herramientas a la administración pública para el desarrollo del Estado social de derecho en Colombia. En materia de control fiscal, esta reforma es relevante pues otorgó a la Contraloría la categoría de órgano constitucional, así como también, estableció la obligatoriedad del control fiscal sobre todos los funcionarios que administren dinero público.³³

Así, el Departamento de Contraloría pasó a denominarse Contraloría General de la República. El título XX de la Constitución de 1886 incluyó a la Contraloría en la estructura del Estado, sin indicar su pertenencia a alguna rama del poder público. Aquí es importante destacar que ésta reforma constitucional no vinculó la Contraloría a ningún poder del Estado. Tampoco mejoró la forma de elección del contralor, ni se discutió la necesidad de contar con un adecuado sistema de carrera administrativa para los funcionarios encargados del control fiscal.³⁴ Al respecto, Carlos Vesga Duarte en 1953, en su condición de miembro de la Comisión de Estudios Constitucionales creada por el gobierno de la época, señaló:

Siendo elegido el Contralor por la Cámara de Representantes y disponiendo para su funcionamiento de unos fondos cuyo manejo carece de todo control, la Contraloría se ha convertido no de ahora sino de tiempo atrás, en un coto de caza vedado a los miembros de la Cámara que hace la elección, y sus posiciones se reparten sin ningún criterio de servicio público y con perjuicio notorio para el funcionamiento recto, honorable y eficaz del control a su cargo (...). El Contralor de más buena voluntad, con mejores intenciones y con la preparación más adecuada, llega en la actualidad a ese cargo y se encuentra con que sus electores –los representantes de la Cámara Baja– no le permiten trabajar y lo asedian diaria y permanentemente con las recomendaciones de individuos cuya preparación es nula (Vesga, En: Duque 1980, págs. 27-28).³⁵

Así, en un momento fundamental para la consolidación del Estado social en Colombia, donde el adecuado uso de los recursos públicos es fundamental para el cumplimiento de los objetivos y de las metas sociales, el órgano de control no contaba con independencia suficiente para realizar el control fiscal y la falta de mérito en los nombramientos de los funcionarios, conforme recomendaciones de los congresistas, dada la falta de un sistema de carrera en la institución, evidenciaba

³³ CEPEDA ORTIZ, Carlos Alberto. *El Sistema de Control Interno del Estado*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2001, p. 4.

³⁴ HERNANDEZ GAMARRA, Antonio. En: *Revista Economía Colombiana*. Op. cit. p. 22.

³⁵ HERNANDEZ GAMARRA, Antonio. En: *Revista Economía Colombiana* Op. cit. p. 23.

en la práctica la persistencia de prácticas clientelistas y patrimonialistas sobre la administración pública.

Para Cardenas y Oliveira a partir de la reforma constitucional de 1945, se incrementó el poder decisorio del ejecutivo nacional sobre el presupuesto, al crearse la Dirección de Presupuesto del Ministerio de Hacienda, mediante el Decreto 164 de 1950 y, posteriormente, con la creación del Departamento Nacional de Planeación (DNP) en 1964.³⁶ Sin embargo, el fortalecimiento de las competencias en la rama ejecutiva del Estado no estuvo acompañado por el fortalecimiento del control sobre los recursos públicos, lo que evidencia una vez más la falta de interés de la clase política de garantizar una debida fiscalización y rendición de cuentas sobre las actividades a su cargo.

La fuerte politización de la Contraloría y la falta de capacidad técnica debido a la falta de mérito de los funcionarios encargados del control fiscal, estaba directamente relacionada a la forma de elección del contralor y a la inexistencia de carrera administrativa, lo que permitía que la entidad se convirtiera en un botín político, permeable a diversas estrategias de corrupción. En este contexto, la objetividad de las auditorías y de los controles era prácticamente imposible. Preocupaciones similares fueron expresadas también por Restrepo Piedrahita, quién como ponente de la reforma constitucional de 1968, ante el Senado expresó:

Se persigue (...) que la investidura e independencia del Contralor no sean afectadas por compromisos subalternos. Conveniente sería para el logro de ese buen fin que en el mismo texto constitucional se precisen las calidades exigibles al Contralor y para que el propio Consejo de Estado esté defendido contra la oleada de intrigas e intrigantes (Presidencia de la República 1969, pág. 32).³⁷

En el marco de la discusión sobre la modernización y tecnificación del manejo económico del Estado, la Reforma Constitucional de 1968 incrementó los poderes a la rama ejecutiva nacional, para la intervención económica; mediante el otorgamiento de facultades que permitían declarar la emergencia económica y social, dictar decretos con fuerza de ley, nombrar y remover libremente a los directores y gerentes de establecimientos públicos nacionales, incluidos los rectores de las universidades públicas, y disponer de la iniciativa exclusiva para la formulación de políticas relacionadas con la planeación y el gasto público, así como intervenir

³⁶ CÁRDENAS, M.; MEJÍA, C.; OLIVERA, M. *La economía política del proceso presupuestal: el caso de Colombia*, Bogotá, BID-Fedesarrollo, 2007, en <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=1161524>. Fecha de Consulta: 17/09/2012.

³⁷ CÁRDENAS, M.; MEJÍA, C.; OLIVERA, M. *La economía política del proceso presupuestal*. *Op. cit.*

sin sujeción a la ley ordinaria en el banco de emisión y en las actividades de intermediación financiera.³⁸

Según Fernando Carrillo, la reforma Constitucional de 1968 estuvo dirigida a debilitar la participación del legislativo en el proceso de planeación, como estrategia para consolidar al presidente como suprema autoridad de la política económica del país; lo que también ayudó a consolidar el nexo entre planeación y política presupuestal.³⁹ Aquí es evidente la concentración de competencias en cabeza del presidente, sin que en ningún momento se reflexione sobre los controles que deberían existir para verificar el éxito o fracaso de los programas y políticas públicas planteadas desde el ejecutivo. En materia de control del Estado, la reforma de 1968 inicialmente buscó eliminar las funciones contables de la Contraloría, ampliar a cuatro años el periodo del Contralor General y modificar el sistema de elección del Contralor General.

Sin embargo, solo fue aprobado la ampliación del periodo del contralor, con posibilidad de reelección y, el aumento de los requisitos mínimos para ocupar el cargo del Contralor General, pero no fue posible modificar la competencia exclusiva de la Cámara de Representantes para la elección del contralor general.⁴⁰

Posteriormente, la Ley 20 de 1975 promovida por el presidente Alfonso López Michelsen inicia una nueva etapa en la historia de la Contraloría General de la República.⁴¹ Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-716 de 2002, resalta:

El control fiscal previo, ejercido desde entonces por el Departamento de Contraloría – que en 1945 recibió estatus constitucional al ser incorporado como Contraloría General de la República a la Carta Política –, seguiría implementándose en el país hasta recibir plena consagración en la Ley 20 de 1975, promulgada bajo el gobierno de Alfonso López Michelsen con el fin de moralizar la Administración Pública. La consolidación del control previo y preceptivo -unido a un control posterior de carácter restringido- constituiría una de las reformas más importantes al esquema de control fiscal en Colombia, pues aumentaría la facultad del organismo para fiscalizar a entes públicos y privados garantizando la correcta ejecución de los gastos del tesoro Nacional.⁴²

³⁸ HENAO HIDRON, J. *El poder municipal*. 16. ed. Medellín: Biblioteca Jurídica, 2013, p. 66.

³⁹ CARRILLO FLÓREZ, F. *Constitucionalizar la democracia social*. El proceso constituyente de 1991 y América Latina. Bogotá: Hamburg University, University of Oxford, Temis, RedGov, Universidad de Salamanca, SciencesPo, 2011, p. 217.

⁴⁰ NARANJO GALVES. Eficacia del control fiscal en Colombia. *Op. cit.* p. 125-126.

⁴¹ YOUNES MORENO, Diego. *Derecho del control fiscal y del control interno*. *Op. cit.* p. 83.

⁴² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. *Sentencia C-716 de 2002*. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-716-02.htm>. Fecha de Consulta: 30/06/2020.

En este orden de ideas, para el Presidente López Michelsen, la moralización de la administración pública dependía en buena medida de la mejora del control fiscal y del fortalecimiento institucional de la Contraloría en el Estado. Opinión similar tenía el expresidente Carlos Lleras Restrepo, quien afirmó:

La Constitución dice que los empleos de la Contraloría deben ser señalados por la Ley. Eso no se ha cumplido nunca, y la omisión hace que el Contralor sea en la práctica un funcionario con poderes y facultades más grandes que los del Presidente de la República. Libérrimamente crea cargos, fija las remuneraciones, no se tiene que sujetar a las normas sobre la carrera administrativa. Ahora bien, es un hecho público y no hay por qué callarlo, que desde hace mucho tiempo los candidatos a Contralores han venido buscando los votos que necesitan para ser elegidos ofreciendo a los miembros de las Cámaras posiciones para las personas que éstos recomienden. Desde luego quien aspira a que no lo reemplacen se defiende de la misma manera. De ahí el crecimiento burocrático, la designación de personal incompetente, la inestabilidad de los funcionarios, los cambios de organización". (Lleras 1974, En: Duque 1980, pág. 68).⁴³

De esta forma, la Ley 20 de 1975 “por la cual se modifican y adicionan las normas orgánicas de la Contraloría General de la República, se fijan sistemas y directrices para el ejercicio del control fiscal y se dictan otras disposiciones”,⁴⁴ fue fundamental para aclarar conceptos y metodologías en el desarrollo de las actividades de control. En desarrollo de esta Ley, el Decreto 925 de 1976⁴⁵ definió las diferentes modalidades de control fiscal, definiendo el control previo y perceptivo. Sobre el control previo, Amaya afirma:

El control previo se desarrolló en las primeras etapas del control fiscal y consiste en examinar con antelación a la ejecución del gasto, los actos y documentos que lo originan y lo sustentan con el fin de comprobar el cumplimiento de la ley. En la práctica el control previo implicaba que el órgano fiscal se constituyera en parte activa dentro de las actividades realizadas por la entidad vigilada, de esta forma los contratos y las operaciones fiscales se convierten en “un botón político de quien imponía la mayoría electoral o contaba con el apoyo de los

⁴³ HERNANDEZ GAMARRA, Antonio. En: *Revista Economía Colombiana. Op. cit.* p. 23.

⁴⁴ COLOMBIA. Congreso de la República. *Ley 20 del 28 de abril de 1975*. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1787037>. Fecha de Consulta: 29/06/2020.

⁴⁵ COLOMBIA. *Decreto 925 del 11 de mayo de 1976*. Disponible en: [http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1191270#:~:text=DECRETO%20925%20DE%201976&text=\(mayo%2011\)-,Por%20el%20cual%20se%20determinan%20los%20procedimientos%20generales%20de%20control,se%20dictan%20normas%20sobre%20estad%C3%ADstica](http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1191270#:~:text=DECRETO%20925%20DE%201976&text=(mayo%2011)-,Por%20el%20cual%20se%20determinan%20los%20procedimientos%20generales%20de%20control,se%20dictan%20normas%20sobre%20estad%C3%ADstica). Fecha de Consulta: 29/06/2020.

contralores. (Gestión Fiscal 1999, 51) La revisión que desarrollaban las contralorías bajo el control previo, se limitaba a la vigilancia sobre los gastos y la ordenación de los gastos, lo cual generaba lentitud e ineficacia en las entidades.⁴⁶

En este orden de ideas, el control previo que venía desarrollándose desde época de la colonia, no era eficiente al momento de controlar, pues permitía la valoración política de quien controlaba conforme su conveniencia, bajo un enfoque meramente legalista, el cual ya había sido revaluado en otros países por ser incompleto para evaluar adecuadamente el cumplimiento de los objetivos de las diversas actividades desarrolladas por el Estado. Sin embargo, el Consejo de Estado en sentencia del 5 de noviembre de 1979, describió el sistema de control previo y perceptivo como un método de verificación de normas fiscales, previo a la realización del gasto así:

A la Contraloría le compete ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración, exclusivamente, y le está vedado el ejercicio de funciones propias de la Administración activa (art. 59 de la C. N.). Una de las modalidades que ofrece esa vigilancia es el llamado 'control previo', que le permite a la Contraloría verificar el cumplimiento de las normas fiscales antes de la realización del gasto. (...)

El control numérico legal, previo al gasto, surge frente a una orden de pago, para verificar su legalidad por el aspecto puramente fiscal y no habilita al órgano que lo ejerce para discutir o controvertir el Acto administrativo que pretende ejecutarse a través de la orden de pago, pues esto equivaldría a una intromisión en la actividad propia de la Administración.⁴⁷

En este orden de ideas, el control previo y perceptivo era un control numérico legal que perseguía verificar anticipadamente que las obligaciones adquiridas por las entidades sometidas a vigilancia fiscal cumplieran con los requisitos legales, con la finalidad de aprobar el gasto antes de su ejecución.

Este modelo de control fue ampliamente criticado por la Asamblea Nacional Constituyente que dio origen a la Constitución de 1991, debido a las posibilidades de corrupción y la poca eficacia que presentaba para garantizar el buen manejo de los recursos públicos y la falta de rendición de cuentas a la ciudadanía. Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia C-648 de 2002, afirma lo siguiente:

⁴⁶ AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. *Fundamentos constitucionales del control fiscal*. Bogotá: Umbral, 1996, p. 125 apud VALENCIA-TELLO, Diana Carolina. *El Control Interno y la Contraloría General de la República*. 2001. 150 f. Monografía. Bogotá: Universidad del Rosario. 2001. p. 13.

⁴⁷ COLOMBIA. Consejo de Estado. *Sentencia de 5 de noviembre de 1979*, Magistrado Ponente Dr. Carlos Galindo Pinilla. Proceso 2896. Disponible en: [http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Consejo Estado/30032082?fn=document-frame.htm&f=templates\\$3.0](http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Consejo%20Estado/30032082?fn=document-frame.htm&f=templates$3.0). Fecha de consulta: 29/06/2020.

(...) eran frecuentes las críticas al carácter previo y perceptivo del control fiscal, en particular por haberse transformado en mecanismo de co-administración y en foco de corrupción. Estas características fueron consideradas en los debates surtidos en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente y sirvieron como fundamento para reemplazar el control fiscal previo y perceptivo por uno posterior y selectivo, que comprende un control financiero, de gestión y de resultados, basado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.⁴⁸

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación, vamos a estudiar los importantes cambios que introdujo la Constitución de 1991 al control del Estado en Colombia.

4 Los controles a la gestión pública en la Constitución de 1991

Con la Constitución de 1991, la Contraloría General de la República (CGR) y el control externo e interno de la administración pública tuvieron reformas radicales que cambiaron completamente la forma de realizar el control del Estado, buscando su fortalecimiento y mayor equilibrio entre los poderes dentro de la estructura estatal.

Esto por tres razones principales. La primera es que la CGR es constituida como un órgano autónomo, e independiente de las ramas del poder público. La segunda razón hace referencia a que el control fiscal ya no se ejerce de manera previa y perceptiva, es decir la CGR no puede intervenir en las decisiones de las administraciones públicas, sino que ahora se busca que el control fiscal sea posterior y selectivo. Para que sea posible el control fiscal posterior y selectivo, la Constitución de 1991 introduce el control interno en el ordenamiento jurídico colombiano, el cual tiene por finalidad establecer mecanismos de control preventivo dentro de las administraciones públicas, de forma que existen varios niveles de control sobre la administración, con competencias bien separadas entre el control interno que deben tener las administraciones públicas y el control externo que ejerce la CGR.⁴⁹ Al respecto la Corte Constitucional, en Sentencia C-648 de 2002 afirma que:

⁴⁸ COLOMBIA. Corte Constitucional. M.P. Córdoba Tribiño, Alvaro. *Sentencia C-648 de 2002*. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-648-02.htm#:~:text=C%2D648%2D02%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=El%20control%20fiscal%20ya%20no,manejen%20fondos%20o%20bienes%20p%C3%BAblicos>. Fecha de Consulta: 29/06/2020.

⁴⁹ Sobre el tema en el Derecho brasileiro, véase: VALENCIA-TELLO, Diana Carolina. El control externo de la administración pública: análisis del caso brasileiro. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 13, n. 2, p. 276-301, maio/ago. 2022; CHAGAS, Gabriel Pinheiro; CAMMAROSANO, Márcio. O controle externo da Administração Pública e a tripartição de Poderes. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 97-118, jan./mar. 2021.

(...) la Constitución quiso “distinguir nítidamente la función propiamente administrativa del Ejecutivo de la función fiscalizadora de la Contraloría, pues consideró que la confusión de tales funciones comportaba efectos perjudiciales para la marcha del Estado”. Esto se desprende con nitidez no sólo del texto constitucional, que explicita que la tarea propia de estas entidades es la vigilancia y el control fiscal de la administración (CP arts 119 y 267) sino, además, del examen de los debates constituyentes, en donde claramente se señaló que “no se debe confundir la función fiscalizadora con la función administrativo o gubernativa, pues son de naturaleza totalmente distinta y se ejerce por actos también diferentes.⁵⁰

Por ello, aquí estudiaremos dos transformaciones importantes que trajo la Constitución de 1991 en materia de controles a la administración pública, en su versión original, esto es, sin analizar todavía las reformas constitucionales que han sucedido en los últimos años sobre las instituciones de control. El primero que vamos a resaltar es la independencia que obtuvo la CGR frente a las ramas del poder, como órganos de control autónomo, lo que modificó radicalmente la estructura del Estado. Luego, será realizado un análisis sobre el paso del control fiscal previo y perceptivo de la Constitución de 1886, al control posterior y selectivo de la Constitución de 1991, buscando diferenciar el control interno y el control fiscal externo.

4.1 La Contraloría General de la República como órgano independiente y autónomo frente a las ramas del poder público

Uno de los cambios más importantes que trajo la Constitución de 1991, fue la modificación de la estructura del Estado, con la finalidad de evitar la concentración del poder en el ejecutivo. Para esto, la Constitución determinó mayores competencias y otorgó mayor autonomía a otras entidades públicas, como los organismos de control. En este orden de ideas, la Contraloría pasó a ser un ente independiente de las ramas del poder público, conforme quedó establecido en los Títulos V y X de la Constitución. Al respecto la Corte Constitucional, en sentencia C-189 de 1998, afirma:

Las contralorías no hacen parte de la rama administrativa, ni ejercen funciones de gobierno o de ejecución administrativa, salvo aquellas estrictamente referidas a su organización interna, puesto que su tarea constitucional es esencialmente de control.⁵¹

⁵⁰ Corte Constitucional. *Sentencia C-648 de 2002*.

⁵¹ COLOMBIA. Corte Constitucional. M. P. Córdoba Tribiño, Alvaro. *Sentencia C-189 de 1998*. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-189-98.htm>. Fecha de Consulta: 29/06/2020.

La Constitución de 1991 en el Título V, establece la Estructura del Estado colombiano, donde el artículo 113 trata sobre las ramas del poder público y el artículo 117 determina que son órganos de control el Ministerio Público y la Contraloría General de la República (CGR).⁵² Con esto se evidencia el interés del constituyente de hacer explícita la separación entre los órganos de control y las ramas del poder público, con la finalidad de por un lado, otorgar mayor autonomía e independencia a los órganos de control, y por otro lado, mejorar el diseño institucional del Estado, mediante el uso del sistema de pesos y contrapesos entre los poderes instituidos en el Estado.

Aquí es importante destacar que durante la vigencia de la Constitución de 1886 no existió mucha claridad sobre el lugar que ocupaba la CGR dentro de la estructura del Estado, como ya fue analizado. Por ello, la determinación de los órganos de control como autónomos e independientes frente a las ramas del poder público representa un gran cambio, que busca fortalecer el control del Estado para el adecuado cumplimiento de los fines constitucionales.

Para esto, el artículo 119 determina explícitamente que: “La Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración”. Luego, en el título X, el artículo 267 de la Constitución de 1991 establece que 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” para esto, define a la Contraloría como “una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal. No tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización”.⁵³ Este apartado de la Constitución fue aclarado por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

Para la Corte es claro que cuando el artículo 267 de la Constitución establece que las contralorías sólo ejercen aquellas funciones administrativas inherentes a su organización, la norma constitucional se refiere a la administración activa, esto es al desarrollo de labores de ejecución propias para el cumplimiento de los fines de la entidad. En efecto, un análisis sistemático de las disposiciones constitucionales y de los propios debates en la Asamblea muestra que la voluntad del

⁵² COLOMBIA. *Constitución de 1991*. Gaceta Constitucional n° 114 del domingo 4 de julio de 1991. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988>. Fecha de consulta: 30/06/2020.

⁵³ COLOMBIA. *Constitución de 1991*.

Constituyente fue evitar ante todo la coadministración por los órganos de control, por lo cual quiso distinguir, sobre todo en materia de gasto, la función ejecutiva administrativa (ordenación del gasto) de la función de control (verificación de su legalidad y eficacia y eficiencia de gestión). Así, no sólo el artículo 119 atribuye a esa entidad la “vigilancia de la gestión fiscal” sino que, además, el citado informe ponencia sobre la estructura del Estado, luego de señalar que los actos de la Contraloría no deberían ser calificados de “administrativos”, se aclara el sentido de esa precisión.⁵⁴

En este sentido, la autonomía de los órganos de control y en especial de la CGR, deben respetar el principio de legalidad, pues aunque es un órgano autónomo, no es autárquico y en consecuencia se encuentra sometido a controles, razón por la cual sus actos estarán sometidos al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues en un Estado de derecho, no puede existir ningún acto de la administración sin control, por más autonomía e independencia que el órgano tenga.

4.2 El control fiscal posterior y selectivo

El control fiscal es definido por la Constitución como una función pública ejercida por la CGR y las contralorías territoriales, para vigilar la gestión de la administración pública y de los particulares o entidades que manejan fondos y bienes de la nación. De acuerdo con el artículo 267 original de la Constitución, el control debe ser ejercido de forma posterior y selectiva, conforme los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. También, superando el restringido concepto de control legal y contable, el artículo 267 determinó que la vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio del control financiero, de gestión, de resultados, la equidad y la valoración de costos ambientales. De esta forma, la Constitución de 1991, en su versión original, proscribió el control previo para la gestión fiscal, lo que fue analizado en varias sentencias de la Corte Constitucional. Una de ellas, la sentencia C 716 de 2002 determinó lo siguiente:

La razón que motivó la proscripción del sistema de control fiscal previo en Colombia fueron los efectos perjudiciales de su implementación en el normal desenvolvimiento de la función administrativa. Con esta eliminación se pretendió erradicar la coadministración de los organismos de control, que antes de la Carta de 1991 intervenían en los procesos de contratación pública al punto de condicionar o incluso vetar la capacidad contractual de las entidades del Estado. El vicio

⁵⁴ COLOMBIA. Corte Constitucional. M. P. Córdoba Tribiño, Alvaro. *Sentencia C-189 de 1998*. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-189-98.htm>. Fecha de Consulta: 29/06/2020.

fundamental detectado en el esquema consistía en que la intervención temprana de la Contraloría impedía la celebración de los contratos cuando quiera que se verificaba el incumplimiento de los requisitos legales de contratación.

En desarrollo de los artículos constitucionales, la Ley 42 de 1993 reguló los principios, sistemas y procedimientos del control fiscal. El control fiscal fue definido en el artículo 4 como una función pública que vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles. Para esto debe ser ejercido de forma posterior y selectiva por la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales y municipales, conforme los principios establecidos en la Ley.

El artículo 5 define el control posterior como la vigilancia de las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos de control y de los resultados obtenidos por los mismos. Por su parte, el control selectivo se entiende como la selección mediante un procedimiento técnico de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones o actividades para obtener conclusiones sobre el universo del objeto del control fiscal.

Para el ejercicio del control fiscal, el artículo 9 determina que podrían aplicarse controles como el financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno. Para esto, la ley definió cada uno de los controles y otorgó competencia al Contralor General de la República para determinar las personas obligadas a rendir cuentas, así como prescribir los métodos, formas y plazos para el ejercicio del control fiscal. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-716 de 2002 estableció lo siguiente:

El enfoque proyectado del nuevo sistema dirige su atención a los resultados globales de la gestión administrativa, sin sacrificar por ello la claridad y transparencia de la misma; persigue la evaluación de los frutos recogidos por la Administración y no el simple apego de la gestión a la norma. De allí que la evaluación de las políticas financieras que obligan a las entidades a optimizar los recursos, a obtener beneficios de la actividad desplegada y a prosperar en el ejercicio de la actividad administrativa, también sea objeto de atención por parte del nuevo modelo de fiscalización. No de otra forma se entiende que la norma haya obligado a tener en cuenta *“la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales”* como criterios de evaluación en el desempeño de las funciones administrativas, al igual que el artículo 268-2 incluya la eficiencia, eficacia y economía como criterios

relevantes en el ejercicio de la inspección ejercida por el Contralor. Así entendido, el control fiscal examina “*que la asignación de los recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad, los bienes y servicios se obtengan al menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas. Así mismo, se pueden identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales, y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente, y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos.*”⁵⁵

En este orden de ideas, tanto la Asamblea Nacional Constituyente, como la Corte Constitucional reiteraron la importancia del control fiscal posterior para diferenciar adecuadamente las competencias entre la administración pública y los órganos de control. También reiteraron cambios fundamentales en la metodología que debería emplearse para el ejercicio del control fiscal, al indicar la selectividad de las operaciones que deben ser auditadas, teniendo en cuenta que en la práctica es imposible y poco efectivo inspeccionar la totalidad de las actividades que ejerce la administración pública.

Sin embargo, es importante destacar que el control fiscal posterior y selectivo solo es posible cuando las entidades y los diversos programas públicos cuentan con sistemas de control interno, que documentan procesos, procedimientos, operaciones, indicadores de gestión, etc. Esto porque el control interno de las entidades es fundamental para garantizar el cumplimiento de parámetros legales, así como también, la existencia de procedimientos administrativos bien regulados e indicadores de gestión que apoyan el cumplimiento de los objetivos y de la misión institucional, conforme la planeación organizacional de la entidad pública.

En este sentido, el control interno es una herramienta fundamental para el adecuado funcionamiento del control fiscal posterior y selectivo, pues busca medir los resultados de las entidades en relación con la planeación estratégica de la entidad, para efectos de evaluar el éxito o las desviaciones presentadas a lo largo de la gestión pública y con ello, recomendar medidas correctivas, preventivas o de mejora, que ante todo buscan fortalecer las instituciones para el cumplimiento de los objetivos misionales.

Por ello, la implementación efectiva de sistemas de control interno apoya la materialización del control posterior y selectivo, pues las auditorías cuentan con la información oportuna y verídica sobre el sistema de control interno, el cual debe

⁵⁵ COLOMBIA. Corte Constitucional. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. *Sentencia C-716 de 2002*. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-716-02.htm>. Fecha de Consulta: 30/06/2020.

incluir datos precisos sobre los procesos, procedimientos, indicadores de gestión, análisis de riesgo, entre otros. La realización de muestras conforme procedimientos técnicos previamente establecidos, garantiza también la objetividad del control posterior y selectivo, evitando la coadministración.

No obstante, la transición del control previo y perceptivo al control posterior y selectivo, junto con el control interno, no se realizó con el debido cuidado y en consecuencia se evidenciaron deficiencias importantes en todos los niveles de control que afectaron la probabilidad de impedir actos de corrupción o mal uso de los recursos públicos. Aunque se han adelantado varios programas para mejorar el control interno y el control fiscal posterior y selectivo, esto no ha sido suficiente, pues viejas prácticas clientelistas todavía prevalecen en las administraciones públicas. En los últimos años se han realizado dos reformas constitucionales al control del Estado, que serán analizadas brevemente a continuación.

5 Reformas constitucionales al control del Estado

Diferentes casos de corrupción en el Estado han generado cuestionamientos sobre la eficacia de los controles a la administración pública, y en materia de control fiscal se han realizado dos reformas constitucionales. La primera fue el Acto Legislativo 2 de 2015 que modifica la forma de elección del contralor general, y la segunda, mucho más ambiciosa, fue el Acto Legislativo 4 de 2019, que introduce el control preventivo y concomitante, entre otras disposiciones. A continuación se analizarán los efectos de las reformas en el diseño institucional previamente estudiado.

5.1 Elección del Contralor General de la República. Acto Legislativo 2 de 2015

Para comprender la centralidad del proceso de elección del Contralor General para el correcto funcionamiento del control fiscal y la independencia de la entidad, es importante resaltar las dificultades que existieron desde el primer momento para garantizar la idoneidad de la persona a cargo del ente de control. Desde la creación de la Contraloría, en 1923, la misión Kemmerer recomendó al gobierno colombiano, que la elección del Contralor General debía ser realizada por dos órganos del poder, para garantizar la idoneidad del líder de la entidad, así como su independencia frente a los órganos que debe controlar. No obstante la Ley 109 del 12 de diciembre de 1923, determinó la competencia de elegir al contralor general solo en la Cámara de Representantes.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, la Constitución de 1991 retomó buena parte de las propuestas realizadas inicialmente por Kemmerer, y por ello, el artículo 267 original se establecía que el Contralor sería elegido por el Congreso en pleno, para un periodo igual al del Presidente de la República, de terna integrada por candidatos presentados a razón de uno por la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.⁵⁶ Con esto se pretendía que varios poderes participarán de la elección del Contralor General, para evitar uno de los problemas centrales que se presentó con el organismo de control durante la Constitución de 1886, relacionado a la excesiva politización del ente debido a la influencia del Congreso en la elección del Contralor General y en la injerencia para nombrar funcionarios sin cumplir los principios de mérito y de carrera administrativa, requisito fundamental para el fortalecimiento institucional del control fiscal en el país.

Desafortunadamente, esta norma fue modificada por el Acto Legislativo 02 de 2015, que determinó que el Contralor será elegido por el Congreso en pleno, por mayoría absoluta, de lista de elegibles conformada por convocatoria pública. La justificación expuesta para este cambio constitucional es que el contralor para ser electo debe participar de una convocatoria pública, con la finalidad de garantizar los principios de transparencia, publicidad, participación ciudadana y equidad de género.⁵⁷ Esta justificación idealiza la capacidad de la ciudadanía para “encargarse de la función fiscal” mediante la realización de una convocatoria pública para la elección del contralor general, sin tener en cuenta las históricas prácticas clientelistas que han tenido lugar en el Congreso.

La última elección para Contralor General fue demandada en varias oportunidades debido a las numerosas irregularidades que sucedieron durante el proceso. Por ello, el pasado 25 de mayo de 2023 el Consejo de Estado declaró la nulidad de la elección del seños Carlos Hernán Rodríguez Becerra como contralor general de la República para el periodo 2022-2026.⁵⁸

5.2 El control fiscal preventivo y concomitante. Acto Legislativo 4 de 2019

El artículo 267 de la Constitución fue reformado totalmente por el Acto Legislativo (AL) 4 de 2019, que estableció que la vigilancia y control fiscal son una función pública

⁵⁶ COLOMBIA. *Constitución de 1991*.

⁵⁷ COLOMBIA. *Gaceta del Congreso* 341. Jueves 28 de mayo de 2015. P. 6. Disponible en: <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3850/>. Fecha de consulta: 30/01/2021.

⁵⁸ COLOMBIA. Consejo de Estado. M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. *Sentencia del 25 de mayo de 2023*. Exp. 11001-03-28-000-2022-00297-00. Disponible en: [https://consejodeestado.gov.co/news/2023/25-May-2023.php#:~:text=La%20Secci%C3%B3n%20Quinta%20del%20Consejo,el%20proceso%20de%20su%20elecci%C3%B3n](https://consejodeestado.gov.co/news/2023/25-May-2023.php#:~:text=La%20Secci%C3%B3n%20Quinta%20del%20Consejo,el%20proceso%20de%20su%20elecci%C3%B3n.). Fecha de consulta: 23/06/2023.

que realiza la CGR sobre los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, el cual se ejercerá no solo de forma posterior y selectiva, sino que también podrá ser preventivo y concomitante, aclarando que esto no implica coadministración, aunque 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. Para esto, el Congreso deberá regular el ejercicio y los principios aplicables a cada tipo de control.

En la exposición de motivos del AL de 2019 la Contraloría considera que el control posterior y selectivo: “(...) se queda corto en la real y efectiva protección del patrimonio público, porque por sus límites competenciales puede actuar única y exclusivamente cuando los procesos administrativos se han ejecutado, lo que muchas veces equivale a decir: cuando el daño se ha consumado”.⁵⁹ Por ello, la Contraloría considera que para responder eficientemente a la ciudadanía es necesario modificar el modelo constitucional, introduciendo un nuevo parámetro de control “concomitante y preventivo”, donde la ciudadanía debe jugar un papel protagónico en la prevención del daño, a través de un control fiscal participativo, que evitará la configuración y materialización del daño en las administraciones públicas.

Así, el control concomitante implica que la Contraloría puede intervenir en cualquier momento, cuando se ha identificado un daño inminente sobre el patrimonio público, teniendo en cuenta denuncias presentadas por la ciudadanía. No obstante, la Contraloría considera que la concomitancia no implica la intervención sobre la gestión fiscal, pues la actuación se concentra en el riesgo o daño potencial y no en un universo indeterminado de actos de gestión fiscal.

La Corte Constitucional en Sentencia C-140 de 2020 declaró la constitucionalidad del AL 4 de 2019, pues en su concepto, la Constitución no establece reglas intangibles, ni cláusulas pétreas, sino principios axiales, como la separación de poderes que no se ven afectados por el cambio en el modelo de control fiscal. Aquí es importante resaltar que ni en la exposición de motivos, ni en la sentencia de la Corte Constitucional se realizó análisis sobre el impacto que este nuevo control fiscal preventivo y concomitante tendrá en el sistema de control interno en las diferentes entidades públicas.

6 Consideraciones finales

A lo largo del artículo hemos expuesto diferentes dificultades en la implementación de los controles al poder en Colombia, los cuales van desde el control político que

⁵⁹ COLOMBIA. *Gaceta del Congreso* 153. Miércoles, 27 de marzo de 2019. Disponible en: <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3850/>. Fecha de consulta: 30/01/2021.

ha tenido el Congreso sobre la CGR, hasta problemas en el diseño del Estado, teniendo en cuenta las dificultades para garantizar la independencia y objetividad que requiere el control fiscal frente a las ramas del poder público.

Desde la colonia, las amplias competencias otorgadas a los organismos de control y la poca capacidad operativa causa que las actividades de control se concentren en determinados funcionarios, sin que hasta el momento exista mucha claridad sobre los límites que el control debería tener para evitar la coadministración y la indebida injerencia política que fortalece la corrupción y el abuso del poder del Estado.

Es significativo que en el centenario de la CGR, la elección del contralor general fuera declarada nula por el Consejo de Estado debido a las numerosas irregularidades en el proceso de selección, adelantado en el Congreso de la República conforme la reforma constitucional realizada en 2015.

Muchos avances que habían sido alcanzados con la Constitución de 1991 en materia de control del Estado, ahora son cuestionados y las últimas reformas constitucionales han aumentado la injerencia política en el desarrollo del control fiscal, lo que hasta el momento representa un gran retroceso para el fortalecimiento institucional del Estado.

El retorno del control preventivo y concomitante de la CGR representa serios riesgos para la coadministración, pues el contralor cuenta con la atribución para advertir a los servidores públicos y particulares que administren recursos públicos sobre la existencia de un riesgo inminente en operaciones o procesos en ejecución, con el fin de prevenir la ocurrencia de un daño e incluir la advertencia en un sistema general de advertencia pública. Esto implica que el control fiscal será realizado en momentos previos al perfeccionamiento de los contratos o de programas y políticas públicas y luego de forma posterior y selectiva conforme los criterios ya establecidos por el órgano de control.

Aunque la Corte Constitucional realizó un gran esfuerzo para justificar la constitucionalidad del AL de 2019, declarando que el principio de separación de poderes en la Constitución de 1991 es flexible y que todas las autoridades deben trabajar de forma armónica y coordinada para el desarrollo de sus funciones, esta visión no tiene en cuenta la naturaleza propia de las actividades de control y la forma específica en que esta institución ha sido desarrollada en nuestro país, donde la coadministración era permanente y una de las principales causas de corrupción durante la Constitución de 1886.

Por ello, consideramos que las reformas constitucionales de 2015 y 2019 al control fiscal son desafortunadas pues han otorgado un inmenso poder al órgano de control y han cambiado radicalmente los balances y equilibrios que inicialmente se habían establecido en la Constitución de 1991. Sin embargo, todavía es

necesario seguir observando e investigando la forma como se desarrollarán estas funciones, así como la forma en que serán realizadas las auditorías con estas nuevas competencias.

Referencias

AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. *Fundamentos constitucionales del control fiscal*. Bogotá: Umbral, 1996.

ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. *Derecho Administrativo*. Bogotá: Legis, 2020.

ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. *Constituciones de Colombia: más de 200 años de anhelos, guerras, realidades y esperanzas*. Bogotá: Tirant, 2021.

BÉJAR RIVERA, Luis José; GÓMEZ COTERO, José de Jesús. Cuando el Derecho se convierte en aliado de la corrupción: un caso en el Derecho Administrativo mexicano. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, año 21, n. 83, p. 11-30, jan./ mar. 2021.

BRITO, F.; MALAGÓN, M. “Capítulo 1. Influencia del derecho administrativo norteamericano en nuestra administración pública, las misiones Kemmerer y Currie”. En: *Teoría de la Organización Administrativa colombiana: Una visión jurídico-administrativa*. Bogotá: Editorial Rosario, 2006.

BUSHNELL, D. *El régimen de Santander en la Gran Colombia*. Bogotá: El Áncora Editores, 1984.

CABRAL, Flávio Garcia. Como o Tribunal de Contas da União tem se comportado ao longo da Constituição de 1988? *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 85, p. 161-183, jul./set. 2021.

CABRAL, Flávio Garcia. O Tribunal de Contas da União é um órgão político? *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 7, n. 1, p. 237-284, jan./abr. 2020.

CÁRDENAS, M.; MEJÍA, C.; OLIVERA, M. *La economía política del proceso presupuestal: el caso de Colombia*, Bogotá, BID-Fedesarrollo, 2007, en <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=1161524>. Fecha de Consulta: 17 de septiembre de 2012.

CARRILLO FLÓREZ, F. *Constitucionalizar la democracia social*. El proceso constituyente de 1991 y América Latina, Bogotá: Hamburg University, University of Oxford, Temis, RedGob, Universidad de Salamanca, SciencesPo. 2011.

CEPEDA ORTIZ, Carlos Alberto. *El Sistema de Control Interno del Estado*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2001.

CHAGAS, Gabriel Pinheiro; CAMMAROSANO, Márcio. O controle externo da Administração Pública e a tripartição de Poderes. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 97-118, jan./mar. 2021.

COLOMBIA. Consejo de Estado. *Sentencia de 5 de noviembre de 1979*, Magistrado Ponente Dr. Carlos Galindo Pinilla. Proceso 2896. Disponible en: [http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/ConsejoEstado/30032082?fn=document-frame.htm\\$f=templates\\$3.0](http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/ConsejoEstado/30032082?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0). Fecha de consulta: 29/06/2020.

COLOMBIA. Consejo de Estado. M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. *Sentencia del 25 de mayo de 2023*. Exp. 11001-03-28-000-2022-00297-00. Disponible en: <https://consejodeestado.gov.co/news/2023/25-May-2023.php#:~:text=La%20Secci%C3%B3n%20Quinta%20del%20Consejo,el%20proceso%20de%20su%20elecci%C3%B3n>. Fecha de consulta: 23/06/2023.

COLOMBIA. *Constitución de 1991*. Gaceta Constitucional nº 114 del domingo 4 de julio de 1991. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988>. Fecha de consulta: 30/06/2020.

COLOMBIA. Corte Constitucional. M.P. Cordoba Tribiño, Alvaro. *Sentencia C-189 de 1998*. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-189-98.htm>. Fecha de Consulta: 29/06/2020.

COLOMBIA. Corte Constitucional. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. *Sentencia C-716 de 2002*. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-716-02.htm>. Fecha de Consulta: 30/06/2020.

COLOMBIA. Corte Constitucional. M.P. Cordoba Tribiño, Alvaro. *Sentencia C-648 de 2002*. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-648-02.htm#:~:text=C%2D648%2D02%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=El%20control%20fiscal%20ya%20no,manejen%20fondos%20o%20bienes%20p%C3%ABlicos>. Fecha de Consulta: 29/06/2020.

COLOMBIA. *Decreto 925 del 11 de mayo de 1976*. Disponible en: [http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1191270#:~:text=DECRETO%20925%20DE%201976&text=\(mayo%2011\)-,Por%20el%20cual%20se%20determinan%20los%20procedimientos%20generales%20de%20control,se%20dictan%20normas%20sobre%20estad%C3%ADstica](http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1191270#:~:text=DECRETO%20925%20DE%201976&text=(mayo%2011)-,Por%20el%20cual%20se%20determinan%20los%20procedimientos%20generales%20de%20control,se%20dictan%20normas%20sobre%20estad%C3%ADstica). Fecha de Consulta: 29/06/2020.

COLOMBIA. *Gaceta del Congreso 153*. Miércoles, 27 de marzo de 2019. Disponible en: <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3850/>. Fecha de consulta: 30/01/2021.

COLOMBIA. *Gaceta del Congreso 341*. Jueves 28 de mayo de 2015. P. 6. Disponible en: <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3850/>. Fecha de consulta: 30/01/2021.

COLOMBIA. Congreso de la República. *Ley 20 del 28 de abril de 1975*. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1787037>. Fecha de Consulta: 29/06/2020.

GOMEZ LATORRE, Armando. Antecedentes históricos de la contraloría. En: *Economía colombiana*, n. 150. 1983.

HENAO HIDRON, J. *El poder municipal*. 16. ed. Medellín: Biblioteca Jurídica, 2013.

HERNANDEZ GAMARRA, Antonio. Control Fiscal y la lucha contra la corrupción. En: *Revista Economía Colombiana*. Nº 353. Bogotá. Contraloría General de la República. 2018. p. 16-34. Disponible en: <https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/1379259/REC353.pdf/6be361e8-2a52-4262-8367-27bf34860240>. Fecha de Consulta: 30/06/2020.

MALAGÓN PINZÓN, Miguel Alejandro. *Vivir en Policía*. Una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano. Bogotá: Universidad Externado, 2007.

- MORANCHEL POCATERRA, Mariana. Administración pública, corrupción y derechos humanos. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 7, n. 1, p. 113-126, ene./jun. 2020.
- NARANJO GALVES, Rodrigo. *Eficacia del control fiscal en Colombia*. Derecho comparado, historia, macro-organizaciones e instituciones. Bogotá: Ed. del Universidad del Rosario, 2007
- NORTH, Douglas. *Para entender el proceso de cambio económico*. Traductor: PONS, Horacio. Bogotá: Norma, 2007.
- PALACIOS, M.; SAFFORD, F. *Colombia. País fragmentado sociedad dividida*. Bogotá: Norma. 2004.
- PHELAN, J. *El Reino de Quito en el siglo XVII*. Banco Central de Ecuador. Quito, 1995.
- RESTREPO, C. *Constituyentes y constitucionalistas colombianos del siglo XIX*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2009.
- VALENCIA-TELLO, Diana Carolina. El control externo de la administración pública: análisis del caso brasileiro. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 13, n. 2, p. 276-301, maio/ago. 2022.
- VALENCIA-TELLO, Diana Carolina. *El Control Interno y la Contraloría General de la República*. 2001. 150 f. Monografía. Bogotá: Universidad del Rosario. 2001.
- VALENCIA-TELLO, Diana Carolina. *La buena administración en el control a la gestión del Estado. Análisis y desafíos del caso colombiano*. Bogotá: Tirant, 2023.
- VALENCIA-TELLO, Diana Carolina; HACHEM, Daniel Wunder. The good public administration in the XXI century: Analysis of the Colombian case. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 15, n. 33, p. 101-130, set./dez. 2018.
- VIVAS ROSO, Jessica. El rol de los órganos de control fiscal en la lucha contra la corrupción. Caso: Contraloría General de la República de Venezuela. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 9, n. 2, p. 397-422, jul./dic. 2022.
- YOUNES MORENO, Diego. *Derecho del control fiscal y del control interno*. Bogotá: Ibañez. 2015.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

VALENCIA-TELLO, Diana Carolina. Antecedentes del control fiscal del Estado en Colombia: cien años de la Contraloría General de la República. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 23, n. 93, p. 41-71, jul./set. 2023. DOI: 10.21056/aec.v23i93.1830.
