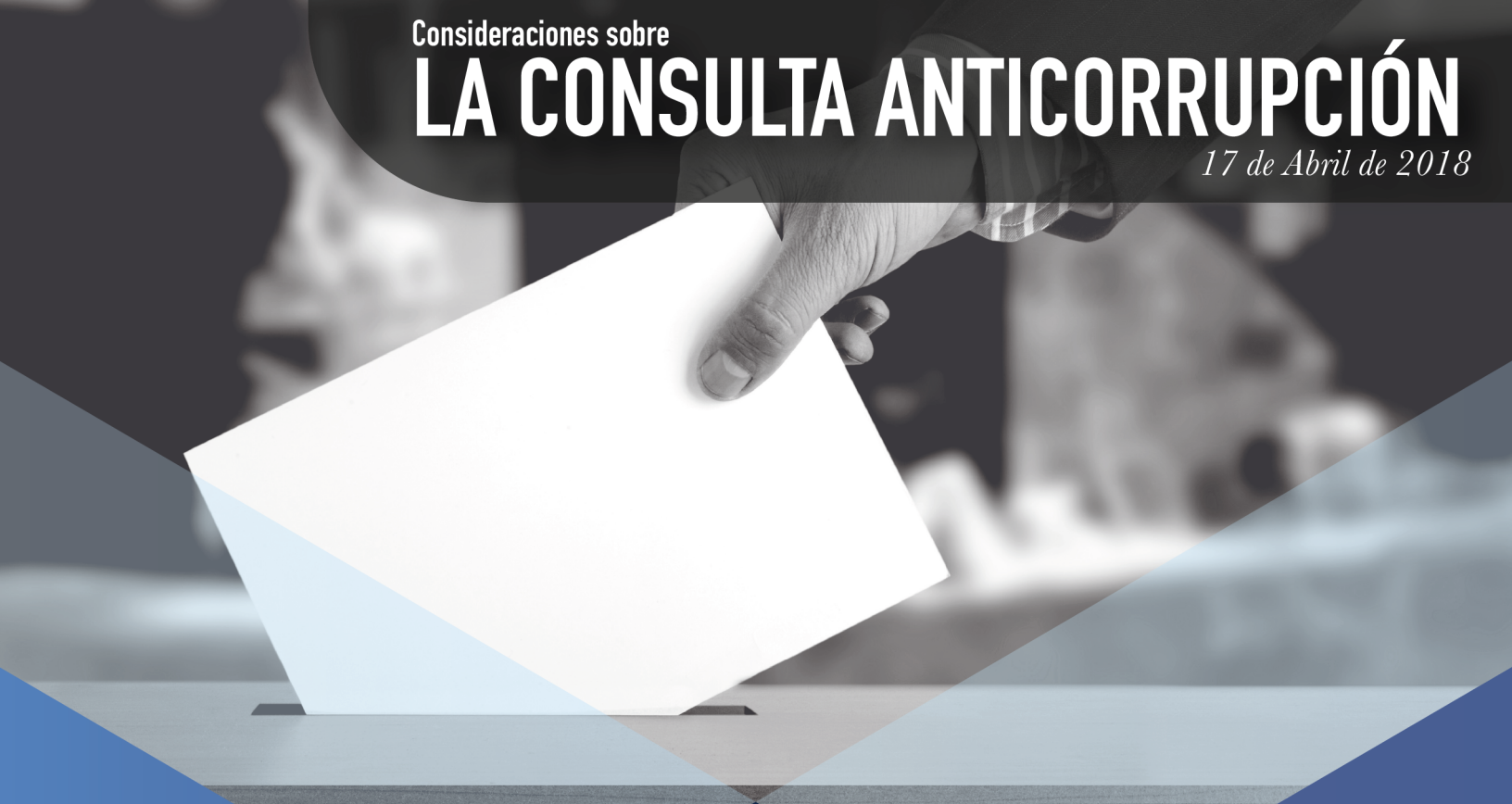
Consideraciones sobre

LA CONSULTA ANTICORRUPCIÓN

17 de Abril de 2018



INSTITUTO INTERNACIONAL
DE ESTUDIOS ANTICORRUPCIÓN

(+571) 7968763 | Calle 71 # 5-41 Oficina 202, Bogotá D.C. - Colombia | estudiosanticorrupcion@gmail.com

1. Introducción

Este documento contiene el análisis realizado por el equipo del Instituto Internacional de Estudios Anticorrupción (el "IIEA") sobre las preguntas que el Comité Promotor de la Consulta Popular Anticorrupción (la "Consulta") pretende someter a consideración de la ciudadanía. Busca brindarle insumos al Senado de la República en la adopción de la decisión por medio de la cual se debe pronunciar sobre la conveniencia (o inconveniencia) de someter a consideración de la ciudadanía la Consulta. Asimismo, pretende darle insumos a los colombianos para adoptar decisiones informadas al momento de votar los diferentes puntos de la Consulta, al igual que nuevos elementos de análisis, útiles para los forjadores de opinión y medios de comunicación.

Este esfuerzo de análisis es aún más necesario si se tiene en cuenta que a pesar de la inmensa importancia que reviste la Consulta, por su costo, alcance e impacto, ninguna organización líder en la lucha contra la corrupción se ha pronunciado formalmente sobre ella. Tampoco lo han hecho las veedurías ciudadanas, las organizaciones no gubernamentales, la Comisión Nacional Ciudadana de Lucha contra la Corrupción, la Comisión Nacional de Moralización ni la Secretaría de Transparencia de la Presidencia. Resulta lamentable que en un momento de tan profunda importancia para el país, la discusión pública alrededor de este asunto por parte de las organizaciones anticorrupción haya sido tan débil hasta el momento. Mucha indignación, pero poca acción.

A modo de resumen, puede decirse que el documento presenta algunos elementos de análisis útiles para la determinación de la conveniencia de la Consulta en atención a su impacto fiscal, así como en atención a su impacto sobre derechos adquiridos de algunos funcionarios públicos, a sus efectos sobre la seguridad jurídica, la división de poderes, el sistema de pesos y contrapesos, y los instrumentos de participación ciudadana. También hace algunas consideraciones sobre el fondo de cada una de las preguntas que se pretende someter a consideración de la ciudadanía, proponiendo algunas ideas de mejora.

Finalmente, plantea que el Senado puede hacer mucho más que limitarse a ser un simple convidado de piedra en la declaración de conveniencia o inconveniencia, y que incluso podría sugerir ajustes y mejoras sobre las preguntas de la Consulta, siempre y cuando no impliquen una variación del espíritu y sustancia de las mismas, y los ajustes cuenten con la aprobación del Comité Promotor. Así gana la democracia, gana la Consulta y gana la ciudadanía.

2. Antecedentes y consideraciones generales

2.1. Trámite

El pasado el 17 de enero de 2017 se inscribió ante el Consejo Nacional Electoral el Comité Promotor de la Consulta Anticorrupción, a través de la cual se espera que la ciudadanía responda afirmativa o negativamente siete preguntas relacionadas, en su mayoría, con medidas anticorrupción. El trámite de la Consulta está regulado por la Constitución Política de 1991 y por la Ley 1757 de 2015 (la "Ley Estatutaria de Mecanismos de Participación Ciudadana" o "Ley Estatutaria").

Según los artículos 20 y 32 de la Ley Estatutaria, para que la Consulta Popular pueda ser sometida a consideración de la ciudadanía, el Senado debe pronunciarse primero sobre su conveniencia. Si lo hace positivamente, a partir del momento de la decisión el Presidente y el Registrador tendrán tres meses para realizarla. La Ley no es clara en decir si el Congreso puede sugerir o introducir modificaciones a las preguntas de una Consulta Popular. Sin embargo, sí establece en el parágrafo del artículo 20 que, en los casos de acto legistlativo referendo o plebiscito, el texto de la misma no puede ser sustituido ni cambiado en su esencia. Así, dice que cualquier variación en el

texto debe contar con el visto bueno del Comité Promotor :

"(…) Ninguna corporación pública podrá introducir modificaciones al proyecto de referendo de acto legislativo o de ley, ordenanza, acuerdo o resolución local de iniciativa popular que sustituyan el sentido original de la iniciativa o alteren su esencia (…)"

Ahora bien, según nuestra interpretación, el requisito de pronunciamiento del Senado sobre la conveniencia de la Consulta Popular, no puede ser interpretado de forma restrictiva. Es decir, no puede interpretarse en el sentido de que el Senado tiene que limitarse a aprobar a rechazar la conveniencia de la conducta. Sino que en nuestro criterio el Senado tiene la facultad de sugerir modificaciones o ajustes a la Consulta, lo cual requerirá la introducción del ajuste y visto bueno del Comité Promotor.

Sería absurdo creer que el Senado tiene la competencia de sugerir cambios sobre proyectos de referendo, pero no sobre las consultas populares, y que en esa medida, estaría limitado a ser un convidado de piedra, llamado a dar el último aval o, por el contrario, a ser el enterrador de las iniciativas.

También creemos que el Senado tiene la facultad y el deber de pronunciarse sobre la conveniencia o inconveniencia de cada una de las preguntas objeto de la Consulta Popular, y no solo del proceso de consulta en general. Así, el Senado podría llegar a la conclusión de que resulta conveniente dejar algunas preguntas en la Consulta, eliminando o excluyendo otras. Si bien eso entraña riesgos, especialmente en consultas como esta, en las que se introducen preguntas que buscan generar reformas que afectan el interés inmediato de los congresistas, creemos que es la interpretación que mejor sirve a la eficacia del principio democrático y a la posibilidad de realizar las consultas exitosamente. De lo contrario, una sola medida o pregunta que sea considerada inconveniente por parte del Senado, podría dar al traste con la totalidad de la consulta.

Una vez el Senado se ha pronunciado sobre la conveniencia de la Consulta, en caso de haberlo hecho afirmativamente, el Presidente y el Registrador deben realizar la consulta. Tal como ya se dijo arriba, la Ley Estatutaria establece que para que las preguntas sometidas a consideración del pueblo sean adoptadas, se requiere el voto de la mitad más uno de los votantes. Además, para que se entienda que la votación es válida, el número total de votos por pregunta debe haber alcanzado una tercera parte del censo electoral.

La decisión de la ciudadanía será de obligatorio cumplimiento por las autoridades, independientemente de que sea aprobatoria o negatoria. Si la implementación de la decisión requiere medidas legislativas, el Congreso deberá adoptarlas. Así, por ejemplo, si la ciudadanía aprueba que se usen pliegos tipo para todos los contratos, el Congreso estará obligado a respetar esa decisión (es decir, deberá legislar para que el Estado adopte pliegos en todas las licitaciones). La pregunta jurídica relevante acá, que seguramente será objeto de pronunciamiento de la Corte Constitucional en algún momento es: ¿qué ocurre si la medida que se busca no es aprobada? En el ejemplo que estamos usando, ¿qué ocurre si la ciudadanía dice que no se deben usar pliegos tipo en todas las

[1] Artículo 32. Conceptos previos. Para convocar y llevar a cabo un plebiscito o una consulta popular nacional se requiere el concepto previo de la corporación pública correspondiente.

En el término de un mes, contado a partir del cumplimiento del requisito previo del que trata el artículo anterior de la presente ley, el Congreso de la República o el Senado de la República, respectivamente, deberá pronunciarse sobre la conveniencia de la convocatoria a plebiscito o a Consulta Popular Nacional.

Sin perjuicio de lo establecido en el parágrafo del artículo 9° de la presente ley, en un término de veinte (20) días, contado a partir del cumplimiento del requisito previo del que trata el artículo 20 de la presente ley, la corporación pública correspondiente emitirá su concepto respecto de la convocatoria a Consulta Popular Departamental, Distrital, Municipal o Local. La Corporación Pública correspondiente podrá, por la mayoría simple, rechazarla o apoyarla.

[2] "Artículo 20. Trámite de las propuestas sobre mecanismos de participación ciudadana. Las reglas que rigen el trámite en corporaciones públicas de cada mecanismo de participación ciudadana son las siguientes: (…)"
d). Consultas Populares. El Senado de la República, se pronunciará sobre la conveniencia de la convocatoria a consultas populares nacionales. Lo anterior sin perjuicio de lo establecido en el parágrafo del artículo 9° de la presente ley. (…) Parágrafo 1°. Ninguna corporación pública podrá introducir modificaciones al proyecto de referendo de acto legislativo o de ley, ordenanza, acuerdo o resolución local de iniciativa popular que sustituyan el sentido original de la iniciativa o alteren su esencia. De presentarse cambios de forma, en cada uno de los respectivos debates, el vocero del Comité Promotor manifestará que los cambios introducidos no sustituyen el sentido original de la iniciativa."

licitaciones? ¿El Congreso ya no podría adoptar una ley en ese sentido?

2.2. Costos

En cuanto al costo de la Consulta, atendiendo al hecho de que la Registraduría debe asegurar que todos los ciudadanos puedan votar, el Instituto Internacional de Estudios Anticorrupción calcula que puede ascender a los 280,000 millones de pesos, cifra similar al costo de la votación del plebiscito del 2 de octubre de 2016. A modo de comparación, puede observarse que el presupuesto de la Gobernación de la Guajira para la vigencia fiscal 2018 es de 434,047 millones de pesos. Mientras tanto, el presupuesto de Chocó para todo 2017 fue de 389,724 millones. Las Corporaciones Autónomas Regionales, responsables de la protección del medioambiente en los territorios, tienen presupuestos bajísimos. Por ejemplo, la Corporación Autónoma Regional del Cauca para 2018 tendrá
7410 millones.

En el orden nacional, la Superintendencia de Servicios Públicos, tiene para 2018 un presupuesto de 115,476 millones; Colciencias, 339,000 millones; el Ministerio de Justicia, 93,204 millones; la Unidad de Información y Análisis Financiero (una de las entidades más importantes en la lucha contra la corrupción, el contrabando y el narcotráfico), 10,245 millones; y la Agencia de Desarrollo Rural, 204,512 millones. La Secretaría de Transparencia de la Presidencia, oficina encargada de liderar y promover la política pública de transparencia, integridad y prevención de la corrupción, tiene para 2018 un presupuesto de 623 millones.
En consideración a lo anterior, el debate que el Senado debe dar sobre la conveniencia o inconveniencia de la Consulta, no sólo debe ocuparse de revisar los aspectos sustantivos de la consulta, esto es, el fondo de lo que se le pretende preguntar a la ciudadanía; sino también de revisar sus implicaciones presupuestales y la eficacia de la Consulta. El Congreso también podría tomar la decisión de acelerar de manera unilateral la adopción de las medidas que la Consulta plantea, ahorrándole al país una suma muy importante de recursos.

2.3. Consideraciones de oportunidad política

El IIEA quiere advertir que la Consulta no puede realizarse de forma concomitante con las elecciones presidenciales, bien sea en primera o segunda vuelta. Eso no es posible jurídicamente, y además podría generar efectos distorsionadores, atendiendo al hecho de que la Consulta ha sido promovida de manera predominante por un partido político, lo cual se evidencia por el hecho de que todos los miembros del Comité Promotor son

---

[3]Artículo 41. Carácter de la decisión y requisitos. La decisión del pueblo será obligatoria en todo mecanismo de participación democrática cuando se cumpla con los siguientes requisitos:

c). En la Consulta popular que la pregunta sometida al pueblo haya obtenido el voto afirmativo de la mitad más uno de los sufragios válidos, siempre y cuando haya participado no menos de la tercera parte de los electores que componen el respectivo censo electoral (…)"

Artículo 42. Consecuencias de la aprobación popular de un mecanismo de participación ciudadana que requiere votación. Los mecanismos de participación ciudadana, que habiendo cumplido los requisitos contemplados en el artículo anterior, hayan sido aprobados tienen las siguientes consecuencias: (…) c). Cuando el pueblo haya adoptado una decisión obligatoria en una consulta popular, el órgano correspondiente deberá adoptar las medidas para hacerla efectiva.

Cuando para ello se requiera una ley, una ordenanza, un acuerdo o una resolución local, la corporación respectiva deberá expedirla dentro del mismo período de sesiones o a más tardar en el período siguiente. Si vencido, este plazo el Congreso, la asamblea, el concejo o la junta administradora local, no la expidieren, el Presidente de la República, el gobernador, el alcalde dentro de los quince (15) días siguientes la adoptará mediante decreto con fuerza de ley, ordenanza, acuerdo o resolución local, según el caso. En esta circunstancia el plazo para hacer efectiva la decisión popular será de dos meses.

miembros de dicha organización.

Además, el IIEA quiere recordar que la Corte Constitucional ha dicho que:

"Los Artículos 104 y 105, por su parte, establecen el marco general de la Consulta Popular tanto a escala nacional como territorial. El primero de ellos prevé que el Presidente de la República con la firma de todos los ministros, y previo concepto favorable de la Cámara Alta del Congreso, podrá consultar al pueblo decisiones de trascendencia nacional. En este supuesto, la decisión del pueblo será obligatoria y la misma no podrá realizarse en concurrencia con otra elección." (Sentencia T-121 de 2017)

Así las cosas, la Registraduría tendría que realizar la consulta en una fecha distinta al día de elección presidencial, de forma tal que todos los candidatos presidenciales tengan las mismas garantías, y que este instrumento de participación ciudadana no sea utilizado con fines de agitación y proselitismo político por parte de un solo partido político.

3. Observaciones sobre las preguntas que se pretende someter a consulta de la ciudadanía:

3.1. ¿Aprueba usted reducir el salario de los congresistas de 40 a 25 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes, SMLV, fijando un tope de 25 SMLV como una máxima remuneración mensual de los congresistas y altos funcionarios del Estado señalados en el artículo 197 de la Constitución Política?

Esta pregunta busca consultar a la ciudadanía sobre la necesidad de reducir el salario de los Congresistas, Presidente de la República, Ministros, Directores de Departamento Administrativo, Vicepresidente, Gobernadores, Alcaldes, Magistrados, Fiscal, Contralor, Registrador, Defensor del Pueblo, Comandantes de las Fuerzas Militares, Director de la Policía Nacional, Auditor y Procurador General de la República, pasando de 40 SMLMV (COP 31.249.680) a 25 SMLMV (COP 19.531.050). Según el artículo 150 de la Constitución, el Congreso puede adoptar las normas marco generales para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso y la fuerza pública:

"19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: (…) e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública. Ver Art. 1° Decreto Nacional 1919 de 2002"

La Ley marco que adoptó el Congreso en materia de salarios, es la Ley 4 de 1992, que tendría que ser modificada en caso de aprobación de la pregunta por parte de la ciudadanía. Al ser este un asunto de competencia del Congreso, y no encontrarse dentro de las materias excluidas de la posibilidad de ser consultadas enumeradas bajo el artículo 8 de la Ley Estatutaria , sí podrá ser objeto de la Consulta. Sin embargo, en criterio del IIEA, esta pregunta tiene otros problemas:

- Primero, no es propiamente una medida anticorrupción, sino una pregunta de equidad.
- Segundo, la pregunta es engañosa, al inducir a la ciudadanía a votar por la reducción de los salarios, como si dicha medida pudiera servir al propósito de combatir la corrupción.
- Tercero, puede generar desequilibrios en el sistema de pesos y contrapesos del Estado de Social de Derecho.
- Cuarto, la reducción de salarios de los congresistas desincentiva la llegada de personas altamente calificadas al

[4] https://www.elheraldo.co/economia/280000-millones-costo-la-jornada-electoral-del-plebiscito-289800
[5] http://www.laguajira.gov.co/web/attachments/article/4372/Decreto%20336%20de%202017.pdf

Congreso, debido al costo de oportunidad que les puede significar en términos de ingresos.
• Quinto, la pregunta genera riesgos al Estado de posibles demandas presentadas por funcionarios que consideren afectados sus derechos adquiridos, debido a que los salarios de muchos de ellos se definen por referencia a los salarios que afectará la medida (ej. Magistrados auxiliares cuyos salarios se determinan en función de un porcentaje del salario de los Magistrados).
• Y sexto, la pregunta es oscura, debido a que no menciona de manera explícita a las altas dignidades del Estado que se verán afectadas por la medida.

A continuación se explicar en mayor detalle cada una de estas objeciones.

3.1.1. La pregunta no tiene relación alguna con la lucha contra la corrupción; por el contrario, es una pregunta de equidad.

La pregunta no tiene relación alguna con el objeto de la Consulta, que se le ha presentado al país como una Consulta Popular Anticorrupción. Tanto el IIEA como la Corporación Excelencia en la Justicia coinciden en que la reducción de los salarios de los congresistas o de otras altas dignidades del Estado no contribuye directa o indirectamente a prevenir o combatir la corrupción. Es decir, esta pregunta no tiene nada que ver con el objeto de la Consulta, algo muy llamativo si se tiene en cuenta que es la primera pregunta de la Consulta, y tal vez una de las más publicitadas por el Comité Promotor.

En un debate televisado de Canal Capital, el pasado 12 de abril la Representante a la Cámara Angélica Lozano admitió que esta pregunta versa exclusivamente sobre un asunto de equidad, pero no de corrupción. Si bien el IIEA considera que la discusión sobre la remuneración de altos funcionarios es legítima y debe ser objeto de atención por parte del Congreso y de la ciudadanía, considera que su inclusión en la Consulta no contribuye teleológicamente al cumplimiento de su propósito. Así, no existe una relación medio-fin, entre la pregunta que se hace, con la finalidad perseguida por la Consulta.

Sin embargo, con el ánimo de brindar elementos de juicio adicionales a la ciudadanía y al Congreso en la discusión de este punto, presentamos esta tabla con los salarios que se pagan a los congresistas de diversos países de Latinoamérica:

[6] "Artículo 18. Materias que pueden ser objeto de iniciativa popular legislativa y normativa, referendo o consulta popular. Solo pueden ser materia de iniciativa popular legislativa y normativa, consulta popular o referendo ante las corporaciones públicas, aquellas que sean de la competencia de la respectiva corporación o entidad territorial.

No se podrán presentar iniciativas populares legislativas y normativas o consultas populares ante el Congreso, las asambleas, los concejos o las juntas administradoras locales, sobre las siguientes materias: a). Las que sean de iniciativa exclusiva del Gobierno, de los gobernadores o de los alcaldes (…)" (subraya nuestra)

País	Salario (en pesos col)
México[7]	$48.025.290
Chile[8]	$41.403.000
Brasil[9]	$31.851.000
Colombia[10]	$31.331.821
Argentina[11]	$28.398.000
Uruguay[12]	$22.561.330
Paraguay	$21.900.000
Perú[13]	$18.820.500
Costa Rica[14]	$18.609.460
Ecuador[15]	$13.552.600
Panamá[16]	$13.528.250
El Salvador[17]	$10.890.240
Nicaragua[18]	$9.199.210
Guatemala[19]	$8.810.614
Bolivia[20]	$8.406.000
Honduras[21]	$4.457.384
Venezuela[22]	$178.572

[7]http://cnnespanol.cnn.com/2016/11/01/venezuela-el-pais-donde-los-congresistas-tienen-el-salario-mas-bajo/#0
[8]http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=transparencia&ac=informeTransparencia&tipo=7
[9]https://www.kienyke.com/politica/salario-de-congresistas-colombia-america-2017
[10]Decreto 330 de 2018.
[11]Idem.
[12]https://parlamento.gub.uy/camarasycomisiones/senadores/transparencia/sueldos
[13]http://cnnespanol.cnn.com/2016/11/01/venezuela-el-pais-donde-los-congresistas-tienen-el-salario-mas-bajo/#0
[14]http://cnnespanol.cnn.com/2016/11/01/venezuela-el-pais-donde-los-congresistas-tienen-el-salario-mas-bajo/#0
[15]http://cnnespanol.cnn.com/2016/11/01/venezuela-el-pais-donde-los-congresistas-tienen-el-salario-mas-bajo/#0
[16]http://cnnespanol.cnn.com/2016/11/01/venezuela-el-pais-donde-los-congresistas-tienen-el-salario-mas-bajo/#0
[17]http://www.elsalvador.com/noticias/nacional/194731/diputados-de-el-salvador-reciben-los-segundos-sueldos-mas-altos-en-centroamerica/
[18]http://cnnespanol.cnn.com/2016/11/01/venezuela-el-pais-donde-los-congresistas-tienen-el-salario-mas-bajo/#0
[19]http://www.elsalvador.com/noticias/nacional/194731/diputados-de-el-salvador-reciben-los-segundos-sueldos-mas-altos-en-centroamerica/
[20]https://es.panampost.com/karina-martin/2017/05/16/diputados-bolivia-autoaumentan-sueldo/
[21]http://www.elsalvador.com/noticias/nacional/194731/diputados-de-el-salvador-reciben-los-segundos-sueldos-mas-altos-en-centroamerica/
[22]http://cnnespanol.cnn.com/2016/11/01/venezuela-el-pais-donde-los-congresistas-tienen-el-salario-mas-bajo/#0

3.1.2. La pregunta es engañosa e induce a la ciudadanía a votar la reducción de salarios bajo una premisa falsa

En consonancia con lo dicho arriba, el contexto en que se realiza la pregunta 1 de la Consulta, y especialmente la formulación de la misma en el marco de una Consulta Popular Anticorrupción, es engañosa, e induce a la ciudadanía a respaldar la reducción de salarios sobre la base de una premisa falsa. Según esa premisa, falaz sin duda, la reducción de salarios de los Congresistas y otros altos funcionarios contribuye a combatir la corrupción. Una premisa que no tiene ningún tipo de demostración académica, teórica o empírica. Así las cosas, la pregunta que sirve a modo de abrebocas o carnada en la Consulta, induce al votante a error y vicia su consentimiento libre e informado.

3.1.3. La pregunta puede generar desequilibrios sobre el sistema de pesos y contrapesos, y propiciar prácticas de puerta giratoria

Una objeción adicional a esta pregunta consiste en que cualquier decisión sobre los salarios sobre las cabezas de la Fiscalía, los órganos de control, la Presidencia, Vicepresidencia, Congreso y los magistrados de las Altas Cortes, puede tener implicaciones profundas y dañinas sobre el sistema de pesos y contrapesos, si no parte de un análisis serio; análisis que no hemos conocido y que los promotores no han compartido con el país. Además, puede ser inconstitucional de plano, por la posible violación del artículo 256 de la Constitución Política, el cual establece las normas de administración (y por lo tanto de salarios) de la rama judicial.

Asimismo, puede propiciar prácticas de puerta giratoria, en desmedro de la promoción de la carrera judicial y la carrera en los órganos de control. Esto, debido a que en consideración a los salarios que bajo la reforma podrían recibir los funcionarios, algunas personas buscarían desarrollar sus carreras en el sector privado antes o después de ocupar los cargos de Fiscal, Contralor, Procurador o Magistrado, buscando "compensar" lo que han dejado – o dejarían – de percibir durante los años en que hayan estado – o estuvieran – en el sector público.

3.1.4. La reducción de salarios de los congresistas desincentiva la llegada de personas idóneas al Congreso, debido al costo de oportunidad que les puede significar en términos de ingreso

La pregunta puede generar un efecto contraproducente, al desincentivar la llegada de personas idóneas al Congreso y los demás cargos que la Consulta afecta. Así, por ejemplo, muchos colombianos con un alto nivel educativo, excelente trayectoria académica y profesional, podrían considerar poco atractivo participar en política y lanzarse al Congreso, si los salarios son más bajos que los actuales. No necesariamente porque los 25 SMLMV constituyan un salario bajo per sé, sino por el costo de oportunidad que puede representar para esas personas, que podrían percibir un mejor ingreso trabajando en el sector privado o en su propia empresa. Lo mismo puede decirse para las otras ramas del poder público y altos cargos.

Por otro lado, a los congresistas y funcionarios públicos que van al Congreso a robar o a enriquecerse a expensas del tráfico de influencias o la corrupción en sus diferentes formas, poco les importa que el salario sea de 40 o 25 SMLV. Su "negocio" no está ahí. Está en la venta de cupos indicativos, en la corrupción, el interés indebido en los contratos públicos y en otras conductas antijurídicas. Podría concluirse entonces sobre este punto, que los más beneficiados y contentos con la medida, serían los congresistas y funcionarios corruptos, y no los probos y decentes.

3.1.5. Genera riesgos de demandas por violación a derechos adquiridos

La pregunta podría afectar a cientos de funcionarios que podrían considerar que la medida afecta sus derechos

adquiridos, debido a que los salarios de muchos de ellos se definen por referencia a los salarios que afectará la medida (ej. Magistrados auxiliares cuyos salarios se determinan en función de un porcentaje del salario de los Magistrados). Así, personas que llevan varios años trabajando en una institución, podrían ver reducido su salario de manera sustancial de la noche a la mañana, a menos que la pregunta que se hace sea moderada con un régimen de transición o con reglas de juego que impidan una cascada de demandas contra el Estado.

3.1.6. Al hacer un reenvío a una norma constitucional, la pregunta viola el requisito de claridad y puede confundir a la ciudadanía

La pregunta no menciona explícitamente a los funcionarios que se verán afectados por la decisión que adopta la ciudadanía, y en esa medida la ciudadanía no existe transparencia frente a los votantes sobre el impacto y universo de afectados con la medida. En otras palabras, la forma en que está planteada la pregunta, al hacer referencia al artículo 191 de la Constitución Política, en lugar de hacer mención de manera directa a los funcionarios que cobija la medida, dificulta la comprensión de la ciudadanía sobre el impacto real de su decisión.

3.2. ¿Aprueba usted que las personas condenadas por corrupción y delitos contra la administración pública deban cumplir la totalidad de las penas en la cárcel, sin posibilidades de reclusión especial, y que el Estado unilateralmente pueda dar por terminados los contratos con ellas y con las personas jurídicas de las que hagan parte, sin que haya lugar a indemnización alguna para el contratista ni posibilidad de volver a contratar con el Estado?

El IIEA interpreta que el objetivo que persigue esta pregunta es promover la adopción de medidas que permitan combatir la impunidad de la que a veces disfrutan los corruptos. La iniciativa es bien intencionada, pero amerita algunos comentarios:

• En Colombia ya existe la prohibición de otorgar subrogados penales a los condenados por corrupción (es decir, las penas por corrupción ya deben cumplirse en la cárcel);
• El problema más complejo debido a los amplios beneficios que consiguen algunos corruptos, gira alrededor de los beneficios por allanamiento a cargos, preacuerdos y principio de oportunidad, los cuales ocurren antes de la condena;
• Consideraciones de política criminal hacen desaconsejable eliminar la justicia premial;
• El Estado en la actualidad ya puede terminar los contratos unilateralmente, pero razones de interés público superior en ocasiones pueden sugerir en ocasiones que la mejor decisión no sea terminarlos;
• La posibilidad de terminar contratos unilateralmente en presencia de actos de corrupción, podría regularse por medio de cláusulas anticorrupción de todos los contratos públicos; y
• La prohibición de contratar con el Estado ya es suficientemente fuerte.

3.2.1. La prohibición de otorgar subrogados penales ya existe

El Estatuto Anticorrupción de 2011, modificado por el artículo 4 de la Ley 1773 de 2016, estableció en su artículo 13 la prohibición de otorgar subrogados penales, con excepción de aquellos que se otorguen en desarrollo de preacuerdos, negociaciones o cumplimiento de acuerdos alcanzados en desarrollo del otorgamiento de un principio de oportunidad, o de beneficios relacionados con la necesidad de salvaguardar derechos fundamentales, como el derecho a la salud y la vida.

Estos últimos, consideramos que no pueden ser eliminados debido a una sólida línea jurisprudencial de la Corte Constitucional y de los tribunales internacionales de derechos humanos, que en diferentes ocasiones han

afirmado que es deber del Estado garantizar la vida e integridad de las personas durante los periodos en que se hallen privadas de la libertad y sujetas a su poder de represión.

Ahora bien, el Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993) establece en su artículo 29 la figura de la reclusión en casos especiales . En virtud de esta figura, cuando un hecho punible sea cometido por personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, funcionarios y empleados de la Justicia Penal, servidores públicos de elección popular, funcionarios que gocen de fuero legal o constitucional, ancianos o indígenas, la detención preventiva se llevará a cabo en establecimientos especiales o en instalaciones proporcionadas por el Estado. Este beneficio se extiende, incluso, a los ex servidores públicos que hayan ocupado uno de los cargos enunciados anteriormente.

En consecuencia, esta medida, además de generar una percepción de impunidad frente a la corrupción, constituye una transgresión injustificada al derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, en cuanto supone un trato injustificado de los servidores y ex servidores públicos de los que trata el artículo 29 de la Ley respecto de los particulares y los demás servidores públicos que no hacen parte del mismo. Así, la medida perseguida por la Consulta es positiva. Sin embargo, el IIEA advierte que, al ser dicha norma claramente violatoria del derecho de igualdad, podría ser objeto de una acción pública de inconstitucionalidad, lo cual permitiría su expulsión del ordenamiento jurídico, sin ningún costo para el Estado.

Por esta razón, el IIEA, por medio de este documento asume el compromiso formal de presentar una acción pública de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, con el propósito de que dicho tribunal declare la

---

[23]"ARTÍCULO 13. EXCLUSIÓN DE BENEFICIOS EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA RELACIONADOS CON CORRUPCIÓN." El artículo 68A del Código Penal quedará así:

No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores. Tampoco tendrán derecho a beneficios o subrogados quienes hayan sido condenados por delitos contra la Administración Pública, estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado, utilización indebida de información privilegiada, lavado de activos y soborno transnacional.
Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, ni en aquellos eventos en los cuales se aplique el principio de oportunidad, los preacuerdos y negociaciones y el allanamiento a cargos." Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción).

[24]Cuando el hecho punible haya sido cometido por personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, funcionarios y empleados de la Justicia Penal, cuerdo de Policía inicial y del Ministerio Público, servidores públicos de elección popular, por funcionarios que gocen de fuero legal o constitucional, ancianos o indígenas, la detención preventiva se llevará a cabo en establecimientos especiales o en instalaciones proporcionadas por el Estado. Esta situación se extiende a los exservidores públicos respectivos.
La autoridad judicial competente o el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, según el caso, podrá disponer la reclusión en lugares especiales, tanto para la detención preventiva como para la condena, en atención a la gravedad de la imputación, condiciones de seguridad, personalidad del individuo, sus antecedentes y conducta.
Adicionado por el art. 5, Decreto Nacional 2636 de 2004 con el siguiente inciso. También procederá la reclusión en establecimiento o pabellón especial cuando se haya ordenado el arresto de fin de semana, el arresto ininterrumpido, el cumplimiento de fallos de tutela que impliquen privación de la libertad superior a diez (10) días y las privaciones de la libertad a las que se refiere el inciso cuarto del artículo 28 de la Constitución Política.

PARAGRAFO. Las entidades públicas o privadas interesadas podrán contribuir a la construcción de los centros especiales. En el sostenimiento de dichos centros, podrán participar entidades públicas y privadas sin ánimo de lucro.

inexequibilidad del artículo 29 de la Ley 65 de 1993.

3.2.2. El problema más complejo debido a los amplios beneficios que consiguen algunos corruptos, gira alrededor de los beneficios por allanamiento a cargos, preacuerdos y principio de oportunidad, los cuales ocurren antes de la condena

La principal causa de la percepción de impunidad que genera la sanción de conductas asociados a actos de corrupción no consiste en el otorgamiento de subrogados penales, independientemente de las particularidades que supone la medida de reclusión especial consagrada en la Ley 65 de 1998.

Por el contrario, el principal factor que incide en tal percepción consiste en las bajas condenas impuestas como consecuencia de los beneficios otorgados por la aplicación de otras figuras jurídicas, tales como el allanamiento, los preacuerdos o el principio de oportunidad.

En efecto, el cálculo de la pena, teniendo en cuenta la aplicación de los beneficios otorgados por tales figuras en conjunto con los criterios que inciden en su graduación, resulta en la imposición de condenas bajas o casi nulas, cuyo principal resultado es la generación de la percepción de impunidad. Así, el IIEA considera que una de las medidas que realmente se requiere es una modificación del régimen de beneficios por allanamiento a cargos, de forma tal que el descuento de hasta el 50% de la pena no se dé de manera automática, sino que se condicione a que haya reparación total al Estado y colaboración plena con las autoridades, y que se reduzca el beneficio, pasando de hasta un 50%, a solo un 25%, si cumple con los requisitos propuestos.

También se requiere una revisión integral de la forma en que se pueden acumular los beneficios por allanamiento, preacuerdos y acogimiento al principio de oportunidad, de forma tal que el resultado final no sea la impunidad en beneficio de los corruptos.

3.2.3. Consideraciones de política criminal hacen desaconsejable eliminar la justicia premial

Teniendo en cuenta que la percepción de impunidad frente a actos de corrupción es generada principalmente por la imposición de bajas condenas como consecuencia del otorgamiento de beneficios de justicia premial, surge un cuestionamiento respecto a su conveniencia en el marco de casos de corrupción.

No obstante, frente a dicho cuestionamiento, es claro que los mecanismos de justicia premial son un elemento esencial en la lucha contra la corrupción, debido a que gracias a ellas, ha sido posible la corrupción al más alto nivel.

En otros términos, si bien es cierto que los mecanismos de justicia premial generan una disminución significativa en la pena, su operancia, se encuentra supeditada a la colaboración suministrada por el procesado, cuya finalidad es (i) reducir el desgaste producido por el proceso penal, (ii) satisfacer en el menor tiempo posible los derechos de las víctimas, o (iii) desestructurar organizaciones delictivas, los cuales constituyen aspectos clave para prevenir, detener y sancionar actos de corrupción.

3.2.4. El Estado en la actualidad ya puede terminar los contratos unilateralmente sin indemnización.

La terminación unilateral del contrato como consecuencia de la comisión actos de corrupción es una medida que ya se encuentra prevista en el ordenamiento jurídico. En efecto, el artículo 8 del Estatuto General de Contratación Estatal (Ley 80 de 1993), modificado por la Ley 1474 de 2011 y 1778 de 2016, dispone expresamente que:

"Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública o de cualquiera de los delitos o faltas contemplados por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional.

Esta inhabilidad procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria.

Asimismo, la inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años".

En ese sentido, quienes sean condenados por actos de corrupción quedan inhabilitados para contratar con el Estado por el término de 20 años. Ahora bien, dicha inhabilidad supone la imposibilidad del contratista para cumplir con sus obligaciones contractuales, de tal forma que al configurarse el incumplimiento, el Estado se encuentra facultado para proceder conforme a lo previsto en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, el cual señala que:

"Artículo 18º.- De la Caducidad y sus Efectos. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento".

En consecuencia, bajo una interpretación extensiva del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, actualmente es posible dar por terminado un contrato de manera unilateral, sin que haya lugar a indemnización alguna. Ahora bien, lo que sí creemos que resultaría útil es establecer legalmente la obligación de todas las entidades públicas de incluir en los pliegos de condiciones, términos de referencia y contratos públicos, cláusulas anticorrupción, de forma tal que, dadas ciertas condiciones, que no necesariamente requieran la captura o condena de los corruptos, le permitan al Estado adoptar medidas más agresivas en defensa de los intereses del Estado. Así, no tendría que esperar a que se configure la causal de inhabilidad sobreviniente, sino que podría terminar el contrato desde antes, en condiciones favorables al interés público.

3.2.5. La posibilidad de terminar contratos unilateralmente en presencia de actos de corrupción, podría regularse por medio de cláusulas anticorrupción de todos los contratos públicos; y

Independientemente de la inhabilidad sobreviniente para contratar con quienes incurran en actos de corrupción, la terminación unilateral del contrato propuesta en la Consulta no siempre es una medida conveniente, teniendo en cuenta que en ciertos eventos se puede llegar a causar un perjuicio mayor derivado de una grave afectación al interés público.

A modo de ejemplo, es posible citar aquellos casos en los cuales el contratista inhabilitado es el único en la capacidad de suministrar un servicio o bien determinado (ej. Un medicamento para enfermedades graves, que solo produce una farmacéutica) o en los que la ejecución normal del contrato se ve interrumpida, causando retrasos y por consiguiente, cuantiosas pérdidas económicas para el Estado y la ciudadanía.

Teniendo en cuenta lo anterior, una medida que permite dar una solución flexible frente a esta problemática consiste en la regulación de la posibilidad de terminar contratos unilateralmente en presencia de actos de corrupción, mediante la incorporación de cláusulas anticorrupción a todos los contratos públicos. O también, de adoptar medidas adicionales de protección (ej. Elevar las garantías por incumplimiento, conseguir otro deudor solidario, creación de fideicomisos con recursos que sirvan como colateral).

De esa manera, en el evento en el que un contratista incurra en un acto de corrupción, el Estado podrá terminar unilateralmente el acuerdo sin que haya lugar a indemnización o exigir el cumplimiento de medidas que lo blinden frente a posibles daños. No obstante, podrá continuar con el contrato, en los eventos en los que su terminación anticipada genere una seria afectación al interés público o desemboque en un perjuicio irremediable.

3.2.6. La prohibición de contratar con el Estado ya existe y es suficientemente fuerte

La prohibición de contratar para quienes incurran en actos de corrupción se encuentra consagrada expresamente en la ley, motivo por el cual no es necesario adoptar medidas complementarias que refuercen la prohibición.

Dela norma señala expresamente que en aquellos eventos en los que una persona sea hallada penalmente responsable por la comisión de delitos asociados a actos de corrupción quedarán inhabilitada para contratar con el Estado por un término de veinte (20) años.

Esta medida legislativa goza de la fuerza suficiente para cumplir con su finalidad en razón a que a) la inhabilidad surge de manera concomitante a la emisión de la sentencia, b) posee un término temporal significativo (20 años) y c) procede incluso en aquellos casos en los que la sentencia no se encuentra en firme.

3.3. ¿Aprueba usted establecer la obligación a todas las entidades públicas y territoriales de usar pliegos tipo, que reduzcan la manipulación de requisitos, habilitantes y ponderables y la contratación a dedo con un número anormalmente bajo de proponentes, en todo tipo de contrato con recursos públicos?

El establecimiento de la obligación para todas las entidades públicas y territoriales de usar pliegos tipo es una prioridad que requiere ser implementada. Al respecto, cabe mencionar que este año fue expedida la Ley 1882 de 2008, por medio de la cual se introdujeron algunas reformas al régimen de contratación estatal. Una de ellas consistió en la implementación de la obligatoriedad de los pliegos tipo en los contratos de infraestructura, cuyo contenido deberá ser reglamentada por el Gobierno Nacional y entrará en vigencia en el mes de julio.

Por otra parte, el legislador dejó en el Gobierno Nacional la facultad de decidir en qué otros contratos podrá adoptar documentos tipos cuando lo considere conveniente. De esa manera, si bien es cierto que no se adoptado su obligatoriedad para todos los tipos contractuales, hasta la fecha se han logrado avances significativos en la materia.

Sin perjuicio de lo anterior, la consulta pretende establecer la obligatoriedad del uso de pliegos tipo en la totalidad de los contratos estatales. Esta medida supone un gran avance en la lucha contra la corrupción, como quiera que ataca de manera directa la práctica de elaboración de "pliegos sastre" o hechos a la medida de los contratistas.

No obstante, un aspecto de forma que merece ser debatido, se refiere al modo en el que se encuentra escrita la pregunta, debido a que su redacción actual puede viciar la libertad y voluntad del votante.

Tras interrogar sobre la aprobación de la obligación de establecer pliegos tipo, la pregunta incorpora el siguiente complemento:

"(…) que reduzcan la manipulación de requisitos, habilitantes y ponderables y la contratación a dedo con un número anormalmente bajo de proponentes, en todo tipo de contrato con recursos públicos"

Dicho complemento induce la respuesta del elector, en la medida en que sugiere que todos los contratos que no se basan en documentos tipo conllevan necesariamente a la manipulación de requisitos y la "contratación a dedo".

Un asunto similar fue estudiado por el Consejo de Estado en Sentencia de 07 de diciembre de 2016, radicado No. 11001-03-15-000-2016-02396-00, en la cual se pronunció sobre la constitucionalidad de la pregunta formulada en una consulta popular sobre minería en Ibagué. En tal ocasión, el Consejo de Estado declaró parcialmente constitucional la pregunta en razón a que:

"(…) dicha expresión [«que impliquen contaminación del suelo, pérdida o contaminación de las aguas o afectación de la vocación agropecuaria y turística del municipio»], al destacar solo las consecuencias negativas de la minería, demuestra únicamente favorecimiento, favoritismo, frente a los que se oponen a la actividad minera en Ibagué. Esos defectos en la redacción (…) son graves, en cuanto afectan la libertad y voluntad del votante y, por ende, comprometen la constitucionalidad de la pregunta. "

(M.P. Hugo Fernando Bastidas Barcenas)

En consecuencia, independientemente de la conveniencia de la medida, la redacción actual de la pregunta carece de objetividad y por tanto, debería ser reformada con el ánimo de evitar inducir al elector.

3.4. ¿Aprueba usted establecer la obligación de realizar audiencias públicas para que la ciudadanía y los corporados decidan el desglose y priorización del presupuesto de inversión la Nación, los departamentos y los municipios, así como en la rendición de cuentas sobre su contratación y ejecución?

Frente a esta pregunta, es necesario precisar que actualmente el artículo 100 de la Ley 1757 de 2015 consagra la figura de los presupuestos participativos, conforme al cual:

"Artículo 100. De los presupuestos participativos. Los gobiernos de los entes territoriales previstos en la Constitución y la ley podrán realizar ejercicios de presupuesto participativo, en los que se defina de manera participativa la orientación de un porcentaje de los ingresos municipales que las autoridades correspondientes definirán autónomamente, en consonancia con los objetivos y metas del Plan de Desarrollo".

Esta disposición presenta las siguientes diferencias respecto de la pregunta planteada en la consulta: a) No aplica al presupuesto de inversión de la Nación, b) es de carácter potestativo, c) se refiere exclusivamente a la participación de un porcentaje de los ingresos definido por las autoridades, y d) establece un deber de correspondencia entre los asuntos priorizados y los objetivos y metas del plan de desarrollo.

En otras palabras, a diferencia de lo planteado en el artículo 100 de la Ley 1757 de 2015, este punto de la consulta plantea como novedad (i) la extensión del presupuesto participativo a la Nación, (ii) su obligatoriedad y (iii) su ausencia de limitación, sin perjuicio de las restricciones que puedan llegar a imponerse ante una eventual reglamentación.

Ahora bien, los límites que se establezcan a la figura del presupuesto participativo son de suma importancia, ya que se debe evitar incurrir en una paradoja consistente en que: con el ánimo de promover la participación de la ciudadanía, se termine abandonando a la voluntad de unos cuantos, asuntos que revisten un alto grado de interés público o frente a los cuales no se tiene idoneidad para efectos de tomar la decisión.

En efecto, aunque la idea del presupuesto participativo es muy interesante, es necesario fijar límites. A modo de ejemplo, tratándose del presupuesto nacional, es el Congreso el que tiene la facultad de discutir y aprobar el presupuesto del Estado, debido a que es en este escenario donde están representadas – o deberían estarlo – las fuerzas vivas de un país.

Ahora bien, la realización de audiencias públicas para la rendición de cuentas sobre la contratación y ejecución del presupuesto, es un asunto que encuentra sustento en el ordenamiento jurídico a partir de las normas que regulan los mecanismos de rendición de cuentas y de control y veeduría ciudadana.

Así pues, en el artículo 52 de la Ley 1757 de 2015, se establece que las entidades de la Administración pública deberá elaborar anualmente una estrategia de rendición de cuentas que incluya, entre otros elementos, la realización de audiencias públicas y otras formas permanentes de control social. Entre tanto, el artículo 53 de la norma dispone que en el marco de la estrategia de rendición de cuentas, las autoridades de la administración pública se comprometen a desarrollar audiencias públicas, para que los ciudadanos y la organización social evalúen la gestión y sus resultados.

De manera recíproca con la obligación de las autoridades de adelantar audiencias públicas, la Ley 1757 de 2015 reconoce el derecho y el deber de los ciudadanos de ejercer control social individualmente (art. 61) o a través de las veedurías ciudadanas (art. 68) mediante el uso de las audiencias públicas.

Sin embargo, al igual que acontece con la disposición que consagra la figura del presupuesto participativo, la novedad incorporada en la consulta radica en la ampliación del uso de las audiencias públicas en el control de la ejecución del presupuesto de la Nación.

Respecto a este asunto, resulta pertinente resaltar que la medida propuesta guarda correspondencia con algunos de los puntos acordados en los acuerdos de paz celebrados entre el Gobierno Nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), tal como acontece con el punto 2.2.6 en el cual, entre otros aspectos, se señala la obligación de fortalecer y promover la construcción de presupuestos participativos sensibles al género y los derechos de las mujeres en el nivel local.

3.5. ¿Aprueba usted a obligar a congresistas y demás corporados a rendir cuentas anualmente sobre su asistencia, iniciativas presentadas, votaciones, debates, gestión de intereses particulares o de lobistas, proyectos, partidas e inversiones públicas que haya gestionado y cargos públicos para los cuales hayan presentado candidatos?

Esta medida hace referencia a la obligación de los congresistas y miembros de corporaciones populares de rendir cuentas sobre los siguientes aspectos: a) asistencia, b) iniciativas presentadas, c) votaciones, d) debates, e) gestión de intereses particulares o de lobistas, f) proyectos, g) partidas e inversiones públicas gestionadas, y h) cargos públicos a los cuales hayan presentado candidatos.

Tratándose de los congresistas, el literal j del artículo 8 de la Ley 1828 de 2018 establece que es deber de los congresistas rendir cuentas a la ciudadanía de las acciones relacionadas con las obligaciones y responsabilidades Congresionales, por medio de un informe de gestión anual. Hasta la fecha no se ha establecido cuál será el nuevo modelo unificado de informes de gestión del Congreso.

No obstante, el artículo 14 de la Ley 1147 de 2007, actualmente derogado, establecía que dichos informes debían contener: a) los proyectos de los cuales fueron autores, b) los debates adelantados, c) audiencias públicas, d) foros, y e) mesas de trabajo realizadas. De ese modo, partiendo del hecho de que no debe existir un retroceso en términos de publicidad de la información, se entendería que independientemente del nuevo modelo adoptado, los informes de gestión de los congresistas deberían contener, como mínimo, dicha información.

Sin embargo, nada obsta para que en la reglamentación correspondiente, se incorpore la obligación de los congresistas de incluir en sus informes de gestión la información relativa a los asuntos sobre los que versa la pregunta planteada en la consulta.

La medida, sin embargo, no se queda en consultar la necesidad de obligar a los congresistas a rendir cuentas, sino que alcanza a los miembros de asambleas departamentales, concejos municipales y juntas de administración local, debido a la inclusión de los "corporados" en la pregunta.

Actualmente no existe una disposición expresa que regule el contenido de los informes de gestión de dichos órganos. Sin embargo, el deber de rendición de cuentas de los mismos se encuentra reconocido en el artículo 32 de la Ley 489 de 1998, modificado por el artículo 78 de la Ley 1474 de 2011, y el artículo 11 de la Ley 1712 de 2014, conforme al cual los sujetos obligados deben publicar de manera proactiva "todos los informes de gestión, evaluación y auditoría del sujeto obligado.

En ese sentido, la novedad introducida por la Consulta consiste en la ampliación y determinación del espectro de información que se debe incorporar a los informes de gestión del Congreso y de las demás corporaciones públicas, con el ánimo de visibilizarlas y posibilitar el control ciudadano.

De ese modo, aun cuando esta pregunta ha sido bautizada por los miembros del Comité Promotor, como la medida antimermelada de la Consulta, la pregunta no prohíbe ese tipo de inversiones. Va dirigida a transparentarla las inversiones regionales que gestionan los congresistas a través de la imposición de la obligación de los "congresistas (…) a rendir cuentas" en esa materia.

Así las cosas, un aspecto que merece ser destacado, consiste precisamente en ese establecimiento del deber del Congreso y de los miembros de las corporaciones públicas de informar (i) las inversiones gestionadas y (ii) a quiénes han postulado para ocupar un cargo público.

[27] Consultar Ley 1266 de 2008 y 1581 de 2012.

En el futuro se deben estudiar los mecanismos jurídicos que permitan ampliar dicha obligación al Gobierno Nacional, de tal suerte que también le sea aplicable el deber de informar las inversiones gestionadas, las personas que han postulado para ocupar un cargo público y las hojas de vida que han circulado.

3.6. ¿Aprueba usted obligar a todos los electos mediante voto popular a hacer público a escrutinio de la ciudadanía sus declaraciones de bienes, patrimonio, rentas, pagos de impuestos y conflictos de interés, como requisito para posesionarse y ejercer el cargo, incorporando la facultad de iniciar de oficio investigaciones penales y aplicar la extinción de dominio al elegido y a su potencial red de testaferros, como su cónyuge, compañero o compañera permanente, a sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil, y a sus socios de derecho o de hecho?

Esta pregunta plantea dos cuestiones: la primera de ellas se refiere a la obligación de los congresistas para hacer públicas su (i) declaración de bienes y patrimonio, su (ii) declaración fiscal y (iii) su declaración de intereses. La segunda cuestión se refiere a los efectos que generan las posibles irregularidades detectadas a partir de las declaraciones. De ese modo, las irregularidades halladas en las declaraciones pueden dar lugar a (i) el inicio de investigaciones penales de oficio, (ii) la aplicación de la extinción de dominio y a su potencial red de testaferros, tales como su cónyuge, compañero o compañera peramente, a sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil y a sus socios de derecho o de hecho. El primero de dichos asuntos, esto es, el relativo a la obligación de hacer públicas las tres declaraciones enunciadas es una novedad. Aunque la Ley 190 de 1995 establece la obligación de presentar la declaración de bienes y rentas al momento de posesionarse en el cargo, no dispone que la información allí contenida sea pública, de tal suerte que no puede ser conocida por la ciudadanía.

Si bien es cierto que, en principio, el ordenamiento jurídico prevé la reserva de aquella información que contenga datos personales de naturaleza privada, semiprivada y sensible , esta restricción no debe ser aplicable a los servidores públicos, toda vez que la condición que ostentan les impone el deber jurídico de soportar limitaciones a su derecho a la intimidad, con el propósito de salvaguardar el interés público atendiendo a los principios de transparencia y máxima publicidad.

En el caso de los servidores públicos, el derecho a la intimidad debe ceder frente al derecho al acceso a la información pública, en virtud del principio de prevalencia del interés general. Respecto al derecho al acceso a la información pública, la Corte Constitucional ha manifestado que éste cumple, como mínimo, tres funciones esenciales: (i) garantizar la participación democrática y el ejercicio de los derechos políticos, (ii) posibilitar el ejercicio de otros derechos constitucionales, y (iii) garantizar la transparencia de la gestión pública.

En relación con la función de garantizar la transparencia de la gestión pública, la Corte Constitucional ha manifestado que:

---

[28]No ignorar avances. 19 nov. 2015 el Congreso firmó Declaración de Compromisos para un Congreso Abierto y Transparente. (Angélica estuvo)
Obligaba publicación digital de declaraciones de conflictos de interés. (Fecha límite: 31 dic. 2015)
Busqué en pgs. web Congreso sin éxito.
La Cámara cumplió otro compromiso: publicar lista de UTL.
[29]https://www.elespectador.com/noticias/judicial/magistrados-de-la-corte-constitucional-publicaron-su-patrimonio-articulo-741659
http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/declaracion2016.php

"(…), la transparencia y la publicidad de la información pública son dos condiciones necesarias para que las agencias del Estado se vean obligadas a explicar públicamente las decisiones adoptadas y el uso que le han dado al poder y a los recursos públicos; son la garantía más importante de la lucha contra la corrupción y del sometimiento de los servidores públicos a los fines y procedimientos que les impone el derecho; son la base sobre la cual se puede ejercer un verdadero control ciudadano de la gestión pública y satisfacer los derechos políticos conexos. En este sentido, la Corte ha reiterado que el acceso a información y documentación oficial, constituye una condición de posibilidad para la existencia y ejercicio de las funciones de crítica y fiscalización de los actos del gobierno que, en el marco de la Constitución y la ley, cabe legítimamente ejercer a la oposición. (Subraya nuestra).

En ese orden de ideas, el acceso a las declaraciones de bienes y rentas, fiscales y de intereses de los servidores públicos es una condición necesaria para fiscalizar su gestión y de ese modo, combatir la corrupción. Adicionalmente, el espíritu de lo que busca la Consulta es muy positivo, y va en la línea de la buena práctica internacional.

A pesar del valioso aporte de esta pregunta, su redacción se quedó corta, por cuanto circunscribe la obligación a los funcionarios electos mediante voto popular. Esta postura se contrapone a la tendencia existente en otros países de la región como Argentina, donde las altas dignidades del Estado deben declarar su patrimonio y conflictos de interés, a la Dirección de Declaraciones Juradas de la Oficina Anticorrupción; o Bolivia, en el cual las declaraciones juradas de todos los funcionarios del Estado son públicas.

De hacerse realidad esta medida, podrían materializarse y elevarse a rango de ley las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional, que en junio de 2016 publicó las declaraciones juradas y de renta del Presidente y todos sus ministros.

Así mismo, si en su reglamentación se ampliara el ámbito de aplicación, también se extendería el ejemplo que dio la Corte Constitucional en febrero de 2018, como resultado de un esfuerzo conjunto con la Secretaría de Transparencia.

Ahora bien, retomando nuevamente los dos asuntos que plantea la medida, es necesario precisar que los efectos que generan las posibles irregularidades detectadas a partir de las declaraciones ya encuentran consagradas en la legislación penal.

De conformidad con el artículo 66 de la Ley 906 de 2004, la Fiscalía General de la Nación está obligada a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito. Para el caso de los delitos que no sean querellables, la Fiscalía General de la Nación deberá adelantar la investigación de oficio, tal como acontece en los delitos contra la administración pública o el testaferrato.

Por consiguiente, si a partir de las declaraciones presentadas por los servidores públicos se detecta la existencia de irregularidades que configuran un tipo penal, la Fiscalía General de la Nación deberá adelantar la investigación de oficio y adoptar las medidas a que haya lugar.

De otro lado, según lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 906 de 2004, en la formulación de imputación o en audiencia preliminar, el fiscal podrá solicitar la suspensión del poder dispositivo de bienes y recursos con fines de comiso. Sin embargo, si el juez determina que la medida no es procedente, el fiscal determinará si el bien se encuentra de una causal de extinción de dominio y ordenará de manera inmediata el inicio de la acción respectiva, cuyo trámite se regirá por lo dispuesto en la Ley 1708 de 2014.

Con base en lo anterior, es claro que el inicio de investigaciones penales de oficio y el ejercicio de la acción de extinción de dominio, son posibilidades que ya se encuentran previstas en el ordenamiento jurídico para aquellos casos en los que existen irregularidades que indican la comisión de un hecho punible

Bajo ese orden de ideas, es posible concluir que la primera parte de la pregunta trae una medida novedosa y necesaria a la luz del principio de transparencia. Sin embargo, la segunda parte busca establecer de efectos existentes en el ordenamiento jurídico.

3.7. ¿Aprueba usted establecer un límite de máximo tres periodos para ser elegido y ejercer en una misma corporación de elección popular como el Senado de la República, la Cámara de Representantes, las Asambleas Departamentales, los Concejos Municipales y las Juntas Administradoras Locales?

El límite propuesto puede contribuir a refrescar la democracia, abrir el camino a nuevos liderazgos, y ayudar a dinamizar la política en las regiones, las cuales, en muchos casos están controladas por casas y caciques eternos, que hacen que la política sea un "juego cerrado" e impenetrable.

Países como México y Costa Rica ya han prohibido la reelección inmediata de congresistas, sin prohibir un número total de periodos. Así, en esos países una persona puede ser congresistas las veces que quiera, pero no sucesivamente.

De ese modo, además de ser una conveniente, el establecimiento de un máximo de periodos para quienes sean parte de una misma corporación, es una medida novedosa que convertiría a Colombia en un referente en la región.

En cualquier caso, más allá de las bondades de la medida, Colombia requiere avanzar hacia una reforma política integral, que regule materias tales como el fortalecimiento, la independencia y despolitización del Consejo Nacional Electoral; la financiación de campañas políticas; la regulación de las listas cerradas o semicerradas; y la revisión del umbral para Senado y Cámara para partidos y movimientos políticos. Las medidas deberían contribuir a que el país supere la situación actual de un sistema de partidos altamente fragmentado, a uno plural, pero con bajo nivel de fragmentación. Eso puede contribuir a reducir los costos políticos de transacción del Congreso, mejorar la gobernabilidad, fortalecer la oposición y el régimen de bancadas.