

APUNTES DE DERECHO PÚBLICO

Una mirada a la Administración
de Justicia en Colombia



Colección Investigación Sociojurídica

Dra. Berónica Narváez Mercado - Directora

Dr. Iván Vargas Chaves
(Corporación Universitaria del Caribe - Colombia)

Dr. José Cruz Guzmán Díaz
(Universidad de Guadalajara – México)

Dr. Miryam Al Fawal Portal
(Sociedad Europea de Ciencias Forenses SECIFO – España)

Dr. Gustavo Calvino
(Universidad de Buenos Aires UBA – Argentina)

Dra. Arletys Varela Mayor
(Universidad de la Habana – Cuba)



APUNTES DEL DERECHO PÚBLICO

UNA MIRADA A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN COLOMBIA

Berónica Narváez Mercado

Editora

Autores

Ferney Asdrúbal Rodríguez-Serpa

María Cristina Guerra

Katherin Adriana Rodríguez Badel

Nelson de Jesús Sáenz Castro

Berónica Narváez Mercado

Sara Cañas González

Lauren Vanessa de Luque Mendoza

Giselle Paternostro Mozo

Mirian Isabel Paz Rojas

José Alejandro Carrascal Vergara

Jhon Jairo Díaz Carpio

Antonio Yesid Pedroza Estrada

Martha María Charris Balcázar

Jorge Mejía Turizo

Eliana Moreno Durán

Stephania Miranda Rodríguez

Este libro es producto resultado de investigación, evaluado bajo el sistema doble ciego por pares académicos.

Corporación Universitaria del Caribe - CECAR

Noel Morales Tuesca

Rector

Alfredo Flórez Gutiérrez

Vicerrector Académico

Jhon Víctor Vidal

Vicerrector de Ciencia, Tecnología e Innovación

María Eugenia Vides

Decana de la Facultad de Derecho

Luty Gomez CÁCERES

Director de Investigaciones

Jorge Luis Barboza

Coordinador Editorial CECAR

Editorial.cecar@cecar.edu.co

Colección: Investigación Sociojurídica.

Número: 2.

© 2020. Apuntes del Derecho Público. Una mirada a la Administración de Justicia en Colombia.

ISBN: 978-958-5547-87-2 (digital)

DOI: <https://doi.org/10.21892/9789585547872>

Editora: Berónica Narváez Mercado.

Autores: Ferney Asdrúbal Rodríguez-Serpa, María Cristina Guerra, Katherin Adriana Rodríguez Badel, Nelson de Jesús Sáenz Castro, Berónica Narváez Mercado, Sara Cañas González, Lauren Vanessa de Luque Mendoza, Giselle Paternostro Mozo, Mirian Isabel Paz Rojas, José Alejandro Carrascal Vergara, Jhon Jairo Díaz Carpio, Antonio Yesid Pedroza Estrada, Martha María Charris Balcázar, Jorge Mejía Turizo, Eliana Moreno Durán, Stephania Miranda Rodríguez.

Sincelejo, Sucre, Colombia.

Apuntes del derecho público : una mirada a la administración de justicia en Colombia / editora, autora, Berónica Narváez Mercado; autores, Ferney Asdrúbal Rodríguez-Serpa ... [y otros catorce]. -- Sincelejo : Editorial CECAR, ©2020.

131 páginas.

Colección Investigación Sociojurídica ; 2

Incluye referencias al final de cada capítulo.

ISBN: 978-958-5547-87-2 (digital)

1. Derecho público -- Investigaciones 2. Administración de justicia -- Colombia 3. Control de constitucionalidad 4. Acción de tutela -- Aspectos jurídicos -- Colombia 5. Conciliación (Procedimiento civil) 6. Elecciones -- Aspectos constitucionales -- Colombia 7. Revocatoria del mandato -- Aspectos jurídicos -- Colombia 8. Administración de justicia -- Colombia 9. Indígenas -- Derechos civiles 10. Participación comunitaria I. Autor II. Título.

342 A655 2020

CDD 22 ed.

CEP – Corporación Universitaria del Caribe, CECAR. Biblioteca Central – COSiCUC

CONTENIDO

CAPÍTULO 1

LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA COMO JURISDICCIÓN DE LA INTERDISCIPLINARIEDAD 8

*Ferney Asdrúbal Rodríguez-Serpa
María Cristina Guerra*

CAPÍTULO 2

EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA FRENTE AL AUTO QUE IMPRUEBA UNA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN MATERIA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA 24

*Katherin Adriana Rodríguez Badel
Nelson de Jesús Sáenz Castro
Berónica Narváez Mercado*

CAPÍTULO 3

PROPUESTA DE UN SISTEMA ELECTORAL MIXTO CON TENDENCIA MAYORITARIA PARA EL CONGRESO DE COLOMBIA 46

*Sara Cañas González
Lauren Vanessa de Luque Mendoza*

CAPÍTULO 4

APROXIMACIÓN A LA REVOCATORIA DE MANDATO DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EN COLOMBIA

63

Giselle Paternostro Mozo

Mirian Isabel Paz Rojas

CAPÍTULO 5

TENSIONES ENTRE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA: A LA LUZ DEL ESTUDIO DE UN CASO DE LOCOMOCIÓN

80

José Alejandro Carrascal Vergara

CAPÍTULO 6

EL CABILDO ABIERTO Y LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS

97

Jhon Jairo Díaz Carpio

Antonio Yesid Pedroza Estrada

Martha María Charris Balcázar

CAPÍTULO 7

CRITERIOS PARA CONCRECIÓN FÁCTICA DE CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS EN LA ESFERA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

120

Jorge Mejía Turizo

Eliana Moreno Durán

Stephania Miranda Rodríguez

INTRODUCCIÓN

"Apuntes del derecho público. Una mirada a la Administración de Justicia en Colombia" es una obra colectiva en coautoría y colaboración con investigadores que presentan los resultados de investigaciones de proyectos de instituciones tales como Universidad Simón Bolívar, Universidad del Magdalena, Universidad de Cartagena, Universidad Libre Barranquilla, Universidad Sergio Arboleda Santa Marta, Universidad del Norte, Corporación Universitaria Rafael Núñez y La Corporación Universitaria del Caribe CECAR en el marco de Alianza de la Red de Grupos y Centros de Investigación Socio jurídica Nodo Caribe.

En el Capítulo 1, "La Corte Constitucional colombiana como jurisdicción de la interdisciplinariedad" efectúa un análisis riguroso de la naturaleza de la Corte Constitucional de Colombia, la cual, en su praxis, trasciende lo idealizado por las diferentes doctrinas constitucionales en el tiempo, de modo que su estudio no resulta unidimensional, sino complejo pues su actividad, desde un principio, ha desafiado sus clásicas funciones confiadas como guarda de la Constitución y de la doctrina de los derechos fundamentales. Como resultado parcial, la investigación arroja que las cuatro perspectivas más relevantes de la jurisdicción constitucional son los problemas económicos, sociológicos, antropológicos y los relacionados con las ciencias políticas.

Seguidamente, en el Capítulo 2, "El derecho a la tutela judicial efectiva frente al auto que imprueba una conciliación extrajudicial en materia contenciosa administrativa", se

hace referencia a la imposibilidad jurídica que tienen las partes de apelar el auto que imprueba acuerdos conciliatorios. Los autores identificaron que no existe un mecanismo de tutela judicial efectivo que coadyuve a recurrir una decisión judicial, cuando ésta no es favorable a las partes, quedando sin medios procesales para controvertirla, a fin de conseguir la pretensión mediante la conciliación, y sin desgastar el aparato jurisdiccional, reduciendo la capacidad del juez a ser esclavo gramatical de la ley.

En el Capítulo 3, "Propuesta de un sistema electoral mixto con tendencia mayoritaria para el Congreso de Colombia", se analiza la propuesta de una reforma del sistema electoral colombiano actual, ya que está planteada la viabilidad de establecer un sistema electoral mixto en Colombia y conservando un enfoque específico sobre las elecciones para el Congreso de la República, y su aporte en el equilibrio de Poderes. Se estudiaron conjuntamente las ventajas y las desventajas de este sistema a partir de su aplicación en otros países, para así determinar cuál es la necesidad que tiene Colombia de implementar una reforma de mayor envergadura en materia electoral.

En "Aproximación a la revocatoria de mandato del presidente de la República en Colombia", Capítulo 4, se plantea la interrogante ¿Por qué en Colombia, donde la revocatoria ya se implementó desde 1991, solo existe en el espacio local/regional, y no se puede practicar a nivel nacional con el cese del mandato presidencial? En los últimos años, se ha despertado en el interés de los ciudadanos

colombianos el deseo de dar por terminados los pésimos mandatos de algunos gobernantes, pero chocan con la idea de su inaplicabilidad para los casos de activación del revocatorio. De ahí, la intención de reflexionar la inclusión de dicho mecanismo para la revocación de mandatos presidenciales.

En el Capítulo 5, "Tensiones entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria: a la luz del estudio de un caso de locomoción", se estudian los puntos críticos entre las jurisdicciones indígena y la ordinaria, debido la prevalencia de la autonomía indígena en su diversidad étnica y cultural, frente al derecho fundamental a la libertad de locomoción. La competencia de la jurisdicción indígena está determinada por los elementos del fuero y jurisdicción indígena, así como por los principios que sirven de solución para determinados casos. La jurisdicción indígena está definida en la Constitución política en el artículo 246°, donde se indica que el ejercicio de ésta, no debe ser atentatorio de la Constitución y leyes de la república. Además, se restringe la autonomía de las comunidades indígenas y, por ende, su derecho consuetudinario, cuando se viola los bienes más preciados del hombre como son el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y de cualquier forma de esclavitud.

"El cabildo abierto y las decisiones administrativas", Capítulo 6, plantea que con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y el Estado Social de Derecho, una nueva concepción de Estado y de Sociedad se institucionaliza, la democracia participativa empieza a jugar un papel preponderante y superior frente a la democracia representativa. Concluye que, al utilizar mecanismos del

derecho administrativo, como lo son los actos administrativos y sus atributos, es posible mediante la acción de cumplimiento, reivindicar el carácter vinculante del Cabildo Abierto como mecanismo de materialización de la democracia participativa.

En el Capítulo 7, "Criterios para concreción fáctica de conceptos jurídicos indeterminados en la esfera de la administración pública", los autores establecen criterios que sirven de límite a la aplicación y concreción de conceptos jurídicos indeterminados de carácter constitucional o convencional utilizados como fundamento de medidas administrativas tendientes a solucionar problemáticas sociales, y para lograrlo asumen una metodología descriptiva – exploratoria, con un método inductivo y tomando como técnicas para la recolección de datos el análisis documental, encuestas y entrevistas. Aspiran que los resultados sean de utilidad para que los ciudadanos individualmente o a través de asociaciones, organizaciones o colectivos, puedan ejercer control social directo, más allá del simple control de la legalidad institucional.

Libro resultado de investigación, producto del desarrollo del proyecto de convocatoria interna de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR, titulado: Modelo integrador de construcción de paz desde la familia, la educación y la empresa para la reconciliación y el ejercicio de los derechos humanos en el departamento de Sucre, Colombia.

CAPÍTULO 1

LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA COMO JURISDICCIÓN DE LA INTERDISCIPLINARIEDAD

Ferney Asdrúbal Rodríguez-Serpa

María Cristina Guerra



LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA COMO JURISDICCIÓN DE LA INTERDISCIPLINARIEDAD¹

Ferney Asdrúbal Rodríguez-Serpa², María Cristina Guerra³

RESUMEN

Palabras clave

Antropológicos
y de las ciencias
políticas, Corte
Constitucional,
económicos,
sociológicos.

La presente investigación efectúa un análisis riguroso de la naturaleza de la Corte Constitucional de Colombia, la cual, en su praxis, trasciende lo idealizado por las diferentes doctrinas constitucionales en el tiempo, de modo que su estudio no resulta unidimensional, sino complejo pues su actividad, desde un principio, ha desafiado sus clásicas funciones confiadas como guarda de la Constitución y de la doctrina de los derechos fundamentales. Por lo tanto, su comprensión jurisdiccional es sólo posible desde la interdisciplinaria, puesto que su actividad hace presencia en todos los frentes de la sociedad. De allí que este estudio se enmarca epistemológicamente bajo el paradigma weberiano de tipo histórico hermenéutico y, en consecuencia, se hace bajo parámetros cualitativos. Como resultado parcial, la investigación arroja que las cuatro perspectivas más relevantes de la jurisdicción constitucional son los problemas económicos, sociológicos, antropológicos y los relacionados con las ciencias políticas.

1. La presente ponencia, se deriva de los avances parciales correspondiente al capítulo segundo sobre “*La naturaleza de la Corte Constitucional Colombiana*”, en el marco del proyecto de tesis doctoral titulada: “*La legitimidad democrática de las decisiones judiciales de la Corte Constitucional Colombiana*”, adelantado en el programa doctoral en Filosofía con orientación en Ciencias Políticas, de la Universidad Autónoma de Nuevo León de Monterrey-México. Esta investigación es apoyada y financiada por la Universidad Simón Bolívar de Barranquilla-Colombia, a través del grupo de investigación científica *Derechos Humanos, tendencias jurídicas y sociojurídicas contemporáneas*.
2. PhD (c) en Filosofía con Orientación en Ciencias Políticas de la Universidad Autónoma de Nuevo León de Monterrey-México, Magister en Derecho Procesal, Abogado, Sociólogo. Editor de la Revista *Justicia* de la Universidad Simón Bolívar, de Barranquilla-Colombia. Docente-investigador vinculado al grupo de investigación “*Derechos Humanos, tendencias jurídicas y sociojurídicas contemporáneas*” de la Universidad Simón Bolívar de Barranquilla-Colombia. Email: rodriguezserpaabogados@gmail.com Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8197-7010>.
3. Estudiante del séptimo semestre del Programa de *Derecho* adscrito a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Simón Bolívar, vinculada en calidad de auxiliar de investigación del semillero perteneciente al grupo “*Derechos Humanos, tendencias jurídicas y sociojurídicas contemporáneas*” de la Universidad Simón Bolívar de Barranquilla-Colombia, en la línea de investigación “*Perspectivas y retos del Derecho Constitucional y Administrativo*” Email: blueguerra2@hotmail.com

Keywords

Anthropological and political science, Constitutional Court, economic, sociological.

ABSTRACT

This paper makes a rigorous analysis of the nature of the Colombian constitutional court, which in its praxis transcends the idealized by the different constitutional doctrines in time, so that its study is not one-dimensional, but rather the opposite complex because its activity from the beginning he challenged his classic functions entrusted as guardians of the constitution and the doctrine of fundamental rights. Hence, its jurisdictional understanding, is only possible from the interdisciplinary where its activity is present on all fronts of society. In this sense, this study is framed epistemologically under the Weberian historical hermeneutical paradigm and qualitatively. As a partial result of the study, the investigation shows that the four most relevant perspectives of the constitutional jurisdiction are the economic, sociological, anthropological and political science problems.

INTRODUCCIÓN

Una de las instituciones sociales con mayor impacto en las formas y el modo de la vida (Paladino, 2011), sin duda alguna, han sido los tribunales o Cortes Constitucionales. Su importancia, como se ha dicho, radica en su impacto jurídico y social, traducido en la capacidad de los tribunales constitucionales de dirimir diferentes conflictos colectivos e individuales, que abarcan desde los reclamos de la empleada doméstica hasta resolver problemas relacionados con los animales, o bien temas transcendentales como la eutanasia, la dosis personal, el aborto y, recientemente, sobre la adopción de niñas y niños por parejas del mismo sexo (Peña, 2006).

En este sentido, asistimos a una de las instituciones jurídicas con el mayor grado de racionalidad para comprender los avatares de la vida social, especialmente en aquellos países que han adoptado dicha figura, como la gran mayoría de las sociedades ubicadas en la sistemática del *civil law*, lo cual, en esencia, es un contrasentido pues la praxis de desarrollo de esta última no descansa en lo constitucionalización del derecho, como sí ocurre con la racionalidad jurisprudencial que es más coherente con el *commun law* y los esquemas de precedente judicial y subreglas jurídicas (Jacob, 2016).

Esta aclaración previa, de entrada, permite entender que el lugar de la Corte Constitucional a partir del poder conferido a sus magistrados, resulta desnaturalizado en la tradición del derecho continental, pero que, en todo caso, su presencia ya es un hecho a partir de la experiencia que construyen los alemanes desde la ley fundamental de Boon de 1949 (Carbonell, 2008, p.51), que se ha

constituido en el mayor de los referentes para los tribunales constitucionales de lengua hispana. Ubicados en el contrasentido del lugar de las Cortes Constitucionales, surgen ciertas preguntas de carácter epistemológico o de gnoseología, que resultan necesarias para comprender la capacidad de respuesta de este órgano jurisdiccional frente a las demandas sociales. En tal sentido, nos podemos preguntar ¿Es legítimo que una institución como la Corte Constitucional esté formada por juristas que dirimen problemas que escapan a la sapiencia de su formación académica? En otros términos, ¿Son razonables las respuestas de la Corte Constitucional de Colombia en materia económica, social, antropológica, entre otras, y ajustadas a lo estrictamente normativo?

En relación a lo planteado, la respuesta hipotética estriba en que la mayoría de edad en términos kantianos (Filgueiras, 2008), que alcanzan los magistrados de la Corte Constitucional, les permiten a estos desarrollar una capacidad lógica muy profunda en la cual sus raciocinios posibilitan adentrarse en esferas aparentemente vetadas, pero imposibles para la colonización de la jurisprudencia constitucional. Conforme a ello, el derrotero teleológico de este trabajo busca explicar desde diferentes perspectivas, como la económica, la sociológica, las ciencias políticas y la antropológica con el fin de determinar la capacidad de intervención interdisciplinaria de la Corte en los reclamos sociales, en materia de Derechos Humanos y de protección de la Constitución por la vía del control de constitucionalidad. Vale la pena señalar que tal análisis es interdisciplinario como se ha dicho ya, y no sólo de forma transdisciplinaria.

Ahora bien, esta investigación se divide en dos grandes rutas, en la primera se revisaron los antecedentes de la jurisdicción de la liberta, como dijo en su momento Mauro Cappelletti; y en la segunda, se adentra en la jurisdicción constitucional como jurisdicción de la interdisciplinariedad. En esta última, los problemas que la Corte Constitucional, en sus 26 años de existencia, ha logrado resolver desde diferentes ángulos disciplinares, y que a la postre se creería que son más que los propuestos aquí; sin embargo, se estima como aquellos de mayor impacto jurisprudencia, en particular, los problemas económicos al igual que los sociológicos, también se incluyen las respuestas antropológicas y, por supuesto, los problemas que presentan las ciencias políticas.

METODOLOGÍA

Esta investigación se fundamenta epistemológicamente en el paradigma histórico hermenéutico, ya que su finalidad es comprender ampliamente las características de la naturaleza de la Corte Constitucional colombiana, en todas sus dimensiones, En este sentido, el fenómeno objeto de estudio es abordado desde diferentes tratadistas, escuelas y corrientes teóricas, que se refieren al tema de investigación. De igual forma, la presente investigación se estima abordar a través del método inductivo para mostrar y comprobar las diferentes perspectivas jurisdiccionales de la esta.

En cuanto al enfoque metodológico empleado para la investigación está fundamentado en el enfoque mixto o total. No obstante, en este avance de investigación solo da cuenta parcialmente de los progresos

cuantitativos obtenidos. Por la complejidad teórica del objeto de estudio resulta necesario de un riguroso análisis hermenéutico para su cabal comprensión. Por otra parte, relacionado con el desarrollo de los métodos utilizados en esta tesis doctoral se tendrá en cuenta el método hermenéutico, el análisis de contenido y los grupos focales. En este caso, el segundo de los métodos señalados, resulta determinante para el desarrollo de este estudio.

ANTECEDENTES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Es evidente que el estudio de las instituciones políticas del presente, debe también tener como objeto el ir a la época más brillante de la civilización occidental. Haciendo hincapié en la democrática ateniense donde se dieron formas de revisión jurisdiccional de actos de los poderes públicos, no obstante, su antecedente más cercano se ubica en el siglo XVIII a la luz del desarrollo sacramental de la ley (Rodríguez & Ruiz, 2010, p. 201). Ya en estos tiempos se establecen formas razonables de limitación del poder de gobierno o del poder soberano, en el cual se asumía un carácter predominantemente político o moral (Narváez, 2006).

Por otra parte, con el surgimiento del principio de la división de los poderes basado en las teorizaciones de Locke y de Montesquieu, el límite al poder legislativo fue hallado en la atribución de los diversos poderes soberanos en los órganos diversos e independientes, más que en un control judicial de las leyes (Celotto, 2002). En este sentido,

a los jueces se les limitó el poder en absoluto, pues recuérdese que, en el pasado los mismos eran nombrados por los monarcas absolutistas, y con posterioridad, ya en el contexto de la revolución francesa no sería visto con buenos ojos por parte de los revolucionarios atrincherados en la figura del parlamento.

No obstante, el antecedente de mayor impacto de las Cortes Constitucionales se adjudica a la sentencia de *Madison Vs. Marbury* de 1803. En aquel momento, no se contemplaba la posibilidad de revisión y control de la constitucionalidad en la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787. Ahora bien, como suele ocurrir con las contingencias sociales, y los hechos que pertenecen al ser de las cosas, escapan al margen del deber ser, de ahí la necesidad de reducir las incertidumbres sociales por el derecho y de la sociología, por supuesto, a través de la comprensión de los “hechos sociales” (Lorente, 2006, p. 4) como diría Max Weber de la “acción social” (Lutz, 2010, p. 214).

Así las cosas, el hecho concreto se ubica en 1.803 cuando la Corte Suprema negándose a sí misma una competencia menor como la de impartir órdenes a la administración, se atribuía un poder mucho mayor: el control de conformidad con las leyes de la Constitución. Surgiendo así el control constitucional de las leyes (Celotto, 2002, p.4). En este sentido, la sentencia del juez Marshall en 1.803 es el resonado caso *Marbury Vs. Madison*. En el aquel tiempo, la Constitución escrita ha sido considerada siempre como Ley Fundamental y Superior de la Nación y, consecuentemente, la teoría de tales gobiernos ha de ser que un acto de la legislatura sea nulo en cuanto

repugne a la Constitución, y la necesidad de optar por una de las normas (Constitución/ ley) en conflicto. De allí que, si una ley está en oposición a la Constitución, y si ambas tanto la ley como la Constitución son aplicables al caso particular, entonces el Tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto es la que rige el caso. La lógica preeminencia de la Constitución dicta que, si los Tribunales han de observar la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario de la legislatura, por lo tanto, la Constitución y no tal acto ordinario, ha de regir el caso en que ambas se aplican, ya que otra cosa sería subvertir el verdadero fundamento de todas las constituciones escritas (Cerra, 2011, p. 168) Según la aclaración de voto de Calabresi (1995):

En cierto momento, Estados Unidos tenía casi un monopolio sobre el control constitucional, y si una doctrina o planteamiento no se intentaba acá, no había ningún otro lado donde buscarla. Esa situación ya no es la misma. Desde la Segunda Guerra Mundial, muchos países han acogido formas de control constitucional, que (a pesar de ser diferentes de la nuestra en múltiples detalles) sin lugar a dudas han tenido su origen e inspiración en la teoría y la práctica constitucionales norteamericanas. Estos países son nuestros ‘descendientes constitucionales,’ y la forma en que han tratado problemas análogos a los nuestros puede resultarnos muy útil cuando confrontamos asuntos constitucionales difíciles. Los padres sabios no dudan en aprender de sus hijos. (Ackerman, 2006, p. 11)

El caso *Marbury contra Madison* es un proceso judicial abordado ante la Corte Suprema de los Estados Unidos y resuelto en febrero de 1803. Se considera el caso más importante de la jurisprudencia estadounidense, no por el asunto específico tratado, que no era menor sino por los principios que estableció. La sentencia afirma la capacidad de los tribunales de realizar control de constitucionalidad, es decir, juzgar la conformidad de la ley con la Constitución y para abrogar, inaplicándolas aquellas que pudieran contravenirla. Este principio instituye la atribución más importante de los tribunales estadounidenses, y hace de ellos los primeros tribunales constitucionales de la historia (Zambrano, 2012).

El caso surgió como resultado de una querrela política a raíz de las elecciones presidenciales de 1800, en las que Thomas Jefferson, demócrata-republicano, derrotó al entonces presidente John Adams, federalista. En los últimos días del gobierno de Adams, el Congreso dominado por los federalistas, estableció una serie de cargos judiciales, entre ellos 42 jueces de paz para el Distrito de Columbia. El Senado confirmó los nombramientos, el presidente los firmó y el secretario de Estado estaba encargado de sellar y entregar las comisiones. En el ajetreo de última hora, el secretario de Estado saliente no entregó las comisiones a cuatro jueces de paz, entre los que se contaba William Marbury (Zambrano, 2012).

James Madison, el nuevo secretario de Estado del gobierno del presidente Jefferson, se negó a entregar las comisiones porque el nuevo gobierno estaba irritado por la maniobra de los federalistas de tratar de

asegurarse el control de la judicatura con el nombramiento de miembros de su partido. Marbury recurrió al Tribunal Supremo para que ordenara a Madison que le entregara su comisión

Si el Tribunal fallaba a favor de Marbury, todavía Madison podría negarse a entregar la comisión y el Tribunal no tendría manera de hacer cumplir la orden. Si el Tribunal se pronunciaba contra Marbury, se arriesgaba a someter el poder judicial a los jeffersonianos, al permitirles negar a Marbury el cargo que podía reclamar legalmente. El presidente del Tribunal Supremo John Marshall resolvió este dilema al decidir que el Tribunal Supremo no estaba facultado para dirimir este caso. Marshall dictaminó que la Sección 13 de la Ley Judicial, que otorgaba al Tribunal estas facultades, era inconstitucional porque ampliaba la jurisdicción original del Tribunal de la jurisdicción definida por la Constitución misma. Al decidir no intervenir en este caso, el Tribunal Supremo aseguró su posición como árbitro final de la ley. (Zambrano, 2012, p. 7)

En este caso, la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. afirmó su control sobre los actos del Congreso, al dejar sin efecto aquellos que entran en conflicto con la Constitución. En realidad, el caso Marbury no se refiere, como podría parecer, a una cuestión de derechos fundamentales, sino más bien a una de las posibles vías para garantizar – para hacer efectiva– la Constitución. Es decir, Marbury trata de un asunto de teoría general de la Constitución (la supremacía constitucional), y de teoría de derecho procesal constitucional (el papel de los jueces ante las leyes inconstitucionales). Para comprender el sentido de la sentencia Marbury, conviene

tener presente el contexto histórico y político en el que el fallo se produce, y los múltiples factores que conducen hacia una decisión de tanta trascendencia (Carbonell, 2006, p. 289).

Desde otra perspectiva, Beltrán & Gonzáles (2006) aunque son muy críticos inclusive con respecto a la calidad de jurista de John Marshall, expresan que:

Sin duda, Marbury es la sentencia más citada del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Y según unos (por ejemplo, García de Enterría), la más famosa y la más importante de toda la historia. Muchos hemos leído la frase más citada del Chief Justice Marshall, aquella conforme a la cual la obligación de los jueces es *'to say what the law is'*, determinar que es el derecho. (p. 94)

De otra parte, en el viejo continente con el mismo fin de ofrecer una garantía de la Constitución de manera objetiva, se confió la revisión de constitucionalidad a un Tribunal, idea tomada del modelo de Kelsen, y que también fue utilizado por la Constitución austríaca de 1920. En el resto de Europa superada la Segunda Guerra Mundial, se adoptó de manera decidida la creación de los tribunales y Cortes Constitucionales en varios países. En este entendido, Celotto (2002) afirmó:

Con la reactivación de la Corte en Austria en 1946, y las previsiones de la Constitución italiana de 1948 y de la ley fundamental alemana de 1949. En Francia el *Conseil constitution* previsto por la Constitución de 1958 con funciones limitadas, ha asumido a partir de los años 70 un significativo papel de justicia constitucional; así como

sucedió en Bélgica con la *Cour d'arbitrage*. Experimentos de justicia constitucional centrados sobre una adecuada Corte fueron intentados en Chipre (1960), en Turquía (1961), en Yugoslavia (1963) y, en años más recientes, con el fin de los regímenes dictatoriales, se consolidaron en Portugal (Constitución de 1976 revisada en 1982), y en España (Constitución de 1978) y en un cierto sentido, también en Grecia (1975). La gran parte de los países de la Europa occidental, desde el fin de los regímenes socialistas, comenzaron a aplicar y a experimentar la justicia constitucional, a partir de Polonia (1982) y de Hungría (1989). En el último decenio la institución de la Corte constitucional se ha convertido en una variable casi imprescindible en tales sistemas, como se deduce de las Constituciones de Rusia, Bulgaria, Lituania, República Checa, República Eslovaca, Rumania, Eslovenia, Croacia, Albania, Moldavia, Letonia, Estonia, y así sucesivamente. (pp. 6-7)

Por su parte, Eguiguren (2004, p. 9) manifiesta que en los países latinoamericanos se han establecido Tribunales o Cortes Constitucionales, en parte, bajo vestigios del difuso modelo americano, y otras tratando de imitar la experiencia de países europeos como Alemania, Italia y España, como es el caso de Guatemala (1965 y 1985), Chile (1970 y 1980), Ecuador (1978), Perú (1979 y 1993), Colombia (1991) y Bolivia (1994).

LA JURISDICCIÓN DE LA INTERDISCIPLINARIEDAD

Ahora bien, su caracterización como jurisdicción de la interdisciplinariedad no es gratis, su desarrollo a lo largo de la historia, y en el caso colombiano en particular, ha llevado a esta corporación a intervenir en asuntos nunca antes pensados, ocurriendo que con los pronunciamientos de la Corte Constitucional se ha diluido las fronteras tanto de lo público como de lo privado.

Como ya se ha dicho, tal papel de la jurisdicción constitucional ha sido determinado fundamentalmente, por el alto nivel de racionalidad de las decisiones judiciales de esta institución. Sin embargo, la racionalidad no es un producto de la nada, es consecuencia de algo, y quizás una forma sustancial para alcanzar tal nivel superior cognitivo de estos tribunales, y con ello se hace referencia en concreto al nivel de formación de los magistrados de estos tribunales que distan mucho del nivel de formación de los jueces de otros niveles inferiores en la jerarquía. En otras palabras, la superioridad racional de juez (Rodríguez, 2011), tiene una estrecha correlación con el nivel de formación alcanzado por cada juez. Este dato es pertinente para comprender la capacidad de la meta jurídica en materia cognitiva de los jueces y, en consecuencia, las competencias de estos para asumir profundas interpretaciones además de la construcción de argumentos interdisciplinarios sólidos, con un alto nivel de erudición.

La jurisdicción constitucional como respuesta a los problemas económicos de la sociedad colombiana

Quizás una de las más grandes apuestas de la Corte Constitucional colombiana desde su génesis, ha estado vinculada a los problemas económicos, pues la nueva carta política representó y representa una eterna tensión, para no decir contradicción, entre un nuevo modelo de Estado de corte prestacional que asume la carga de la mayor responsabilidad del desarrollo social desde lo público y, por otra parte, la entrada en vigencia de un modelo neoliberal que no es más que la flexibilización de la responsabilidad fundamental del Estado, y, en consecuencia, el otorgamiento de un amplio margen de libertad a la iniciativa privada.

En este sentido un ejemplo significativo es el primer trabajo de Salomón Kalmanovitz sobre el tema, en donde ese autor intenta un análisis sistemático y comprensivo de la jurisprudencia económica de la Corte; pero éste se queda en una visión puramente externa de las decisiones del juez constitucional, como lo muestra incluso el propio título de su artículo, que lleva por nombre “Las consecuencias económicas de los fallos de la Corte Constitucional” (Uprimny, 2001, p. 38). Verbigracia de una lectura económica de las decisiones judiciales de la Corte Constitucional colombiana es el recordado fallo de la sentencia C-700 de 1999. En aquel momento la Corte en la interpretación de Rodrigo Uprimny (2001), expone:

Decidió mantener, por algunos meses, el sistema UPAC, a pesar de considerar que era inconstitucional, con el fin

de evitar vacíos normativos capaces de generar graves traumatismos económicos. Dijo entonces la Corte que era necesario consagrar un plazo para permitir que la ley establezca las directrices necesarias para la instauración del sistema que haya de sustituir al denominado UPAC, sin que exista un vacío inmediato, por falta de normatividad aplicable. (p. 46)

Ahora bien, el hecho de que lo diga la Corte no significa *palabra de Dios*, a pesar de la defensa que se hace en esta investigación sobre la capacidad de racionalidad de los magistrados para decidir sobre temas meta jurídicos. Tales invasiones en otras esferas del conocimiento, muchos no lo ven con buenos ojos. En este caso, para Kalmanovitz (s.f): fallos, como el del UPAC, no han sido claros, prestándose a varias interpretaciones. La forma como la Corte da pronunciamientos previos a la publicación de los textos de las sentencias revela cierta ansia de figuración ante los medios, induciendo reacciones innecesarias y a veces nocivas frente a temas que se mantienen en la incertidumbre por varias semanas. (p. 4)

En posteriores sentencias la Corte Constitucional siguió ampliando sus consideraciones vinculantes, como...

la sentencia C-383 de 1.999 que señala que la UPAC debía estar atada a la inflación y no a las tasas de interés; y la sentencia C-747 de 1999, que decretó la inconstitucionalidad de la capitalización de intereses, en los programas de adquisición de vivienda, se fundaron en el principio de adecuación de las

políticas económicas. (Uprimny & Rodríguez, s.f.)

Al continuar revisando a Uprimny (2001), se hace evidente que sus palabras son claras en afirmar que es legítimo que se exija de los jueces que hagan una reflexión a fondo sobre las consecuencias de sus providencias, y no solo en materia económica, sino en todas aquellas que se podrían derivar de ella. Ahora mucho más cuando en un sistema donde se reconocen ampliamente los derechos económicos y sociales e incluso los clásicos de primera generación en conexidad con los de segunda, se requieren de jueces con cierta insensibilidad por los efectos - financieras o políticas - de sus decisiones, pues implica que existe una autoridad estatal - el Estado hecho juez o Estado jurisdiccional- que estará dispuesta a proteger el equilibrio de ciertos valores y principios, sin importar que su decisión sea impopular o todo lo contrario, que cueste mucho al erario público, con tal de materializar los fines esenciales del Estado (p. 47).

Finalmente, en cuanto a este punto, se ofrece en resumen una pequeña lista de algunos temas que en materia de derecho económico la Corte Constitucional ha dirimido:

- Normas sobre transferencias y Sentencia C-151 de 1995.
- Impuestos no retroactivos y Sentencia sobre bonos forzosos de seguridad. Sentencia C-149 de 1993.
- Sentencia C-481 de 1999 que declaró inexecutable la expresión “que deberán ser siempre menores a los últimos resultados registrados” del parágrafo del artículo 2º de la Ley 31 de 1992, por

desconocer la autonomía del Banco de la República.

- Prohibición de que la ley establezca exenciones sobre impuestos territoriales. Sentencias C-160 de 2000, C-1333 de 2.000 y C-315 de 2004.
- Inconstitucionalidad del Plan de Desarrollo, Sentencia C-557 de 2000 o de la Ley de Regalías, Sentencia C-737 de 2001 por vicios de procedimiento en su aprobación.
- Sentencia C-122 de 1998, que limitó el alcance de la declaratoria de emergencia económica y estableció que los recursos debían ir a los sectores realmente afectados por la crisis financiera: banca pública y cooperativa
- Noción de gasto social: Sentencia C-317 de 1998, que consideró que el gasto en deporte y recreación no podía ser considerado gasto social, y declaró inexecutable la expresión “y constituyen gasto público social” del artículo 4º de la Ley 181 de 1995.
- Reactivación económica, acuerdos de reestructuración y derechos adquiridos de los acreedores. Sentencia C-586 de 2001. Sentencia C-754 de 2004, que declaró inexecutable la reducción del régimen de transición en materia pensional por violar derechos adquiridos
- Defensiva: Sentencia C-671 de 2002 sobre seguridad social de miembros de la Fuerza Pública, y Sentencia C-038 de 2004 sobre reforma laboral. Tutelas sobre el POS y el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida digna.

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMO RESPUESTA A LOS PROBLEMAS SOCIOLÓGICOS

El carácter sociológico de la jurisdicción constitucional hace presencia en la narrativa jurisprudencial porque en este escenario la jurisprudencia está igualmente inmersa en los problemas sociales en un país donde un mundo propio de la vida feudal converge junto a un mundo de la vida postmoderna. Es decir, un país donde es posible ver en el semáforo de una esquina un “carro de tracción animal”, al lado de un vehículo inteligente, como un “Audi o Mercedes-Benz”.

En esta realidad contrapuesta la magna jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana aborda los disímiles temas de la radiografía social colombiana como es el fenómeno del desplazamiento forzado, el tema del tratamiento penitenciario y carcelario, el tema del consumo de sustancias psicoactivas o dosis personal, el aborto, la eutanasia, entre otros. No obstante, la familia es una de las instituciones sociales que más llama la atención, ya que la Corte en su jurisprudencia le ha dado un tratamiento sociológico que ha resultado vanguardista para la sociedad colombiana. Desde la teoría sociología se define la familia como una entidad constituida por tres personas como mínimo, a través de la consanguinidad o de la afinidad, cuyos fines básicos son la reproducción social de las costumbres, cultura e identidad social; también cumple la función de inculcar el respeto por la autoridad y las normas de comportamiento social, así como la socialización de roles y modelos de conducta societaria en general (Vela, 2015, p. 7).

Está claro que para la sociología existen diferentes tipos de familia. La primera de estas sería la clásica familia nuclear de Durkheim (Cadenas, 2015, p. 32) propia del ortodoxo modelo de Estado de Derecho. La segunda es la familia de la democracia emocional de Anthony Giddens (Araujo, 2000) relacionada lógicamente con los valores democráticos. La Corte Constitucional colombiana, sin embargo, va más allá de los constructos clásicos de la familia establecidos en la sociología, y construye nuevas lecturas sociológicas de la familia. Por lo tanto, se observa en este caso, la inclusión de la familia homosexual o del mismo sexo. Incluso la persona en su existencia singular, puede ser familia consigo mismo, pues por si solo o sola podría tener la capacidad de adopción de un niño o niña. En resumen, como diría Valencia, Cadena, Díaz, Bedoya & Sánchez (2013):

La familia presenta nuevas formas de estructuración de su dinámica fruto del acceso de la mujer al trabajo, competencia laboral, igualdad de género, madresolterismo, parejas por la Internet, hijos criados por sus abuelos, mujeres cabeza de familia, padres que desempeñan labores en el hogar... solo por señalar algunos no tradicionales de conformación de familias. Los cambios de la familia en este siglo, deja más preguntas que respuestas: ¿Qué sucederá con los roles tradicionales de masculinidad, maternidad y paternidad? ¿Cómo enfrentará el “hijo” de una pareja del mismo sexo, su falta de especificidad? (p. 91)

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMO RESPUESTA ANTROPOLÓGICA

Otra de las dimensiones de la interdisciplinariedad está centrada en la antropología, con la que la Corte Constitucional Colombiana asume verdaderamente el modelo de Estado multiétnico y pluralista. En este sentido, lo más sagrado sobre lo expresado hasta aquí, yace representado por la figura de la consulta previa. En Colombia esta figura se constituye en una garantía constitucional surgida del reconocimiento de la diversidad cultural, étnica, ambiental y social, existente en el territorio nacional. Por lo tanto, es una institución con un espíritu antropológico que nace como apoyo y protección de las minorías étnicas y de los territorios ancestrales, frente a los avatares del desarrollo desenfrenado y neoliberal. Sin duda, “Colombia está integrada en mayor número por habitantes que desarrollan su estilo de vida a la usanza de la “cultura occidental”, pero también conviven en ella múltiples comunidades humanas que, a pesar de ser minoritarias, conservan su identidad y se mantienen ajenas a las costumbres y hábitos sociales, que la mayor parte de la población emplea regularmente” (Cifuentes, Herrera, Mantilla & Carvajal, 2018).

Consciente de la coexistencia étnica y en reconocimiento de los aportes vitales efectuados por estas comunidades a la edificación de la nación -colombiana-, el Constituyente de 1991 incorporó al texto constitucional un conjunto de normas destinadas a la protección de la identidad cultural, la diversidad étnica, la autonomía territorial, la propiedad colectiva, la

autodeterminación y los Derechos Humanos de estas comunidades (Cifuentes et al., 2018). Recuérdese. por ejemplo, aquel discurso de Lorenzo Muelas donde “al hablarle al país en su lengua nativa durante la Asamblea Nacional Constituyente, le muestra finalmente al pueblo colombiano que su identidad no es monolítica, hispánica y católica únicamente, sino pluralista” (Arango, 2006, p 33). En todo caso, lo cierto es que la intervención de la Corte Constitucional para establecer límites formales y materiales de las múltiples controversias sociales, económicas y culturales, han permitido dar orientaciones a las diferentes reclamaciones. Las cuales, por supuesto, no han sido nada pacíficas, ya que incluso han llevado a que la Corte haga interpretaciones extensivas, apoyándose en argumentos contra mayoritarios, con el fin de proteger a las minorías étnicas.

Así tenemos entonces que “la jurisprudencia constitucional ha venido diseñando y poniendo en práctica una concepción moderna del Estado en la que el cumplimiento de los deberes sociales del Estado ocupa un lugar central en la reorganización de las instituciones públicas” (Molina, 2007, p 241). De tal suerte, que la Corte Constitucional ha discutido ampliamente la obligatoriedad de la consulta previa, en la búsqueda del beneficio y la protección antropológica de las comunidades indígenas y afrodescendientes.

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMO UN PROBLEMA DE LAS CIENCIAS POLÍTICAS

Por último, hay que observar que no cabe duda de que una de las esferas donde hace de igual forma presencia la jurisdicción

constitucional es en el campo de las ciencias políticas, que se ha hecho notar en los últimos gobiernos colombianos, en especial en los de Álvaro Uribe Vélez. Para explicar esto es preciso recordar, en síntesis, que el objeto clásico de estudio de las ciencias políticas no es otro que el propio poder. En tal sentido, “no se puede afirmar que en la ciencia política el objeto de estudio esté claramente delimitado al regirse ésta por varios planteamientos, entre ellos se pueden citar, además del poder, el proceso de toma de decisiones o el Estado” (Vanegas, 2010, p. 179). No obstante, para “el derecho constitucional (...) el objeto de estudio de la ciencia política es el poder y no el Estado” (Vanegas, 2010, p. 181). De esta forma se observa cómo desde el gobierno de Uribe Vélez, la Corte Constitucional avaló la primera reelección presidencial, y de la misma forma, puso fin a la segunda pretensión de prolongación del poder que buscaba el expresidente en mención, y actual senador de la República. Así mismo, en el período de este mismo gobierno, la Corte asumió la competencia de control de constitucionalidad del acuerdo de desmovilización de los grupos de autodefensa en Colombia, las llamadas AUC (Molina & Vizcaíno. 2016).

Otro ejemplo reciente, fue el que ocurrió con el control de constitucionalidad de los acuerdos de La Habana del famoso *fast track* (Pulido-Ortiz, 2017). En el cual se evidencia los intereses políticos inmanentes al poder, donde se configuran alianzas estratégicas para sacar adelante los acuerdos frente a sus enemigos; o bien, la imposición de estos frente al oficialismo, con plena afectación o injerencia en las decisiones de la Corte. Finalmente, en este punto, resulta de interés agregar un aspecto no menos importante de

las ciencias políticas, comprendido a partir del desarrollo jurisprudencial, como es el diseño de políticas públicas. Solo para ilustrar lo dicho es suficiente con mirar detalladamente las sentencias T-043 de 2015 y T-092 de 2015. (Mendivelso, 2017, p. 7).

CONCLUSIONES

Esta investigación ha permitido mostrar cómo el control autónomo de la Corte Constitucional obedeció a la necesidad fáctica de dar respuesta a los profundos errores cometidos por el órgano legislativo, de modo que el origen del control de constitucionalidad no es otorgado, sino circunstancial. De ahí que lo que esta institución ha conseguido fue producto sustancialmente de la capacidad profunda de los jueces de justificar racionalmente, por la proyección o corrección de los equívocos legislativos. En coherencia con ello, en esta investigación se afirma que la capacidad de los jueces ha posibilitado la comprensión de fenómenos contingentes de la sociedad, permitiendo así demostrar que su ilustración no es un reconocimiento vacío sustentado en la interdisciplinariedad a lo largo de la historia, sino que, por el contrario, es el producto del esfuerzo infinito de la hermosa jurisprudencia de estos tribunales constitucionales en el último siglo.

Por otra parte, en esta investigación se concluye que la Corte Constitucional ha tenido la capacidad sapiente de dirimir profundos problemas económicos en Colombia, y en el que se destaca el conflicto del UPAC. No obstante, por problemas de tiempo, se dejaron de tocar otros temas relevantes que la Corte recientemente ha

resultado, por ejemplo, el caso de las madres comunitarias, que al final de cuentas, sufrió un revés en lo que inicialmente les había sido reconocido. En ese mismo sentido, se describe la solicitud de algunas tutelas en el tratamiento de enfermedades en el exterior; pero, por circunstancias derivadas de precedentes a partir de ella, se han negado. Ahora bien, esto significa que la interdisciplinariedad es la capacidad de decidir favorablemente, también tal capacidad permite negar derechos, como ha ocurrido en lo referente a estos dos últimos casos planteados.

En cuanto a los problemas sociológicos resueltos por la Corte desde la perspectiva de la interdisciplinariedad, hay que señalar que ha permitido que el Tribunal Constitucional ponga fin a disímiles sufrimientos y a la comprensión de los problemas más estructurales de la sociedad colombiana. Por ello, se ha descrito el fenómeno de cómo ha evolucionado el concepto de la familia en Colombia, con lo cual ha quedado demostrado cómo la Corte Constitucional desde la interdisciplinariedad, no solo comprende los hechos sociales en el entendido de Durkheim, sino que ha facilitado a través de la jurisprudencia vinculante, reconocer derechos nunca antes reconocidos en el ordenamiento jurídico colombiano. Es más, esto no es cualquier reconocimiento, sino el órgano de cierre del ordenamiento y, en consecuencia, el mejor respaldo de autoridad para legitimar los derechos de los desventajados. Otras de las conquistas que se reconoce desde la perspectiva de la interdisciplinariedad radica en la capacidad de resolver problemas antropológicos en la sociedad multiétnica y pluricultural. Con estas decisiones jurídicas Colombia se convierte

en uno de los países con mayores progresos de protección jurisprudencial en la defensa y amparo de las comunidades indígenas, afro, gitanos, entre otros grupos sociales en situaciones críticas o vulnerables.

Finalmente, la Corte Constitucional colombiana es muy reconocida por su capacidad de intervenir en la solución de problemas políticos. Ya que las Cortes en general, por no decir que solo la colombiana, realizan en sus funciones activismo judicial. Así queda demostrado que la capacidad de dirimir un problema de la naturaleza que sea, por parte de la Corte no es un corpus jurídico químicamente puro, también es una carta de carácter política, En todo caso, no se debe olvidar aquel aleccionador principio ético en el que Aristóteles supo afirmar que el hombre es un animal político.

REFERENCIAS

- Ackerman, B. (2006). El surgimiento del Constitucionalismo mundial. *Criterio Jurídico*, vol. 6, pp. 9-35. Recuperado de <https://tinyurl.com/4eaptf4e>
- Arango, R. (2006). El valor de la coherencia y el precedente constitucional. En *interpretar y argumentar. Nuevas perspectivas para el derecho*. 2 ed. Editorial Medellín.
- Araujo, J. (2000). “Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas” de Anthony Giddens. *Sociológica*, vol. 15, núm. 43, pp. 278-282
- Beltrán, F y González G. (2006) *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, p. 94.
- Cadenas, H. (2015). La familia como sistema social: Conyugalidad y parentalidad. En *Revista MAD - Universidad de Chile*, N° 33, pp. 29-41
- Calabresí, J. (1995) *United States v. Then*, 56 F.3d 464, 469 (2d Cir. 1995). Aclaración de voto.
- Carbonell M. (2006) *Marbury versus Mádison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad*. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 5, enero-junio, México-Porrúa, p. 289.
- Carbonell, M. (2008). Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas *Estudios Constitucionales*, vol. 6, núm. 2, pp. 43-71
- Celotto, A. (2002) *La Corte Constitucional*. Círculo doxa. Traducción de Liliana Rivera Rufino. Licenciada en Derecho por la Universidad Contemporánea, Querétaro, México. Recuperado de: <https://tinyurl.com/uv8dsebe>
- Cerra, E. (2011). El control de constitucionalidad. Análisis de la doctrina de la Corte en los 10 años de vigencia de la Corte Constitucional.
- Cifuentes, G; Herrera, B; Mantilla, L & Carvajal, P. (2018). La consulta previa en la jurisprudencia constitucional de Colombia: análisis de línea entre 1997 – 2015. *Revista Justicia Vol 23. Núm 33*.
- Eguiguren, P. (2000) *Los tribunales constitucionales en la región andina: una visión comparativa*. Lima, Perú. Recuperado de: [Dialnet-LosTribunalesConstitucionalesEnLaRegionAndina-5084982%20\(1\).pdf](http://Dialnet-LosTribunalesConstitucionalesEnLaRegionAndina-5084982%20(1).pdf)
- Filgueiras, J. (2008). El Kant de Rorty, o la mayoría de edad de la epistemología *Ideas y Valores*, vol. 57, núm. 138, pp. 93-117
- Jacob, R. (2016). ¿Es el common law el mejor sistema jurídico en el mejor de los mundos globalizados posibles? *libres reflexiones sobre los desarrollos de la teoría del derecho y sus desafíos actuales Isonomía*. *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 44, pp. 11-37

- Kalmanovitz, S. (s.f.). Los efectos económicos de la corte constitucional. Recuperado de <https://tinyurl.com/mmmps8n9c>
- Lorente, D. (2006). Una relectura del método sociológico: Emile Durkheim y el estudio científico de las formaciones sociales Iberóforum. *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana*, vol. I, núm. II, pp. 1-9
- Lutz, B. (2010). La acción social en la teoría sociológica: una aproximación Argumentos, vol. 23, núm. 64, pp. 199-218
- Mendivelso, D. (2017). Incidencia de la Jurisprudencia Constitucional sobre las Políticas Públicas para los Habitantes de Calle, bajo el Principio de Igualdad y no Discriminación. Trabajo de Grado, para optar al título de Magister en Derecho Público, Maestría en Derecho Público, Universidad Konstanz, Universidad Santo Tomás, Bogotá D.C.
- Molina, C. (2007). El rol institucional de la Corte Constitucional. *Revista de derecho, Universidad del Norte*, 28, pp 213-242.
- Molina, M; & Vizcaíno, V. (2016) Procesos de desmovilización de las Autodefensas Unidas de Colombia y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional en el marco de la Ley de Justicia y Paz en Colombia y los Acuerdos de Paz de Chapultepec en El Salvador. *Memorias. Revista Digital de Historia y Arqueología desde el Caribe*, núm. 28, pp. 228-262
- Narváez, J. (2006). Reseña de “El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho” de Maurizio Fioravanti (coord.) *Historia Mexicana*, vol. LV, núm. 4, pp. 1519-1527
- Paladino, F. (2011). Las estructuras del mundo de la vida moderno frente a la globalización. Una lectura desde las sociologías de J. Habermas y A. Giddens *Papeles del CEIC*, núm. 2, pp. 1-37.
- Peña, M. (2006). El precedente constitucional emanado del tribunal constitucional y su impacto en la función legislativa. *Centro de estudios constitucionales*. Vol 4, núm 001, pp. 173-184.
- Pulido-Ortiz, F. (2017). La validez de los procedimientos de reforma constitucional fast track *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 30, pp. 151-183
- Rodríguez, F. & Ruiz, P. (2010). De la crisis del positivismo jurídico al imperio de los principios en el nuevo derecho. En *Revista Republicana*, núm 9, pp. 199- 215
- Rodríguez, F. (2011). La racionalidad de la decisión judicial. En *Revista Justicia*. Vol 16, núm 19.
- Uprimny, R. & Rodríguez, C. (s.f). Debates de coyuntura económica.
- Uprimny, R. (2001). Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía. En *Revista Precedente*.
- Valencia, H; Cadena, M; Díaz, L; Bedoya, C & Sánchez, J. (2013). Modificaciones de la estructura jurídica de la familia en Colombia como resultado de las sentencias creadoras de Derecho de la Corte Constitucional. En *Revista Justicia*. Núm, 24 - pp. 91-104.
- Vanegas, L. (2010) La ciencia política en las ciencias sociales. *Revista Reflexiones* 89 (1): 179-183.
- Vela, A. (2015). Del concepto jurídico de familia en el marco de la jurisprudencia constitucional colombiana: un estudio comparado en américa latina. Recuperado de: <https://tinyurl.com/3t2wab73>
- Zambrano, A. (2012) *Marbury vs. Madison* y el Control de Constitucionalidad. Recuperado de: <https://tinyurl.com/3v2mffmx>

CAPÍTULO 2

EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA FRENTE AL AUTO QUE IMPRUEBA UNA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN MATERIA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

Katherin Adriana Rodríguez Badel
Nelson de Jesús Sáenz Castro
Berónica Narvárez Mercado



EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA FRENTE AL AUTO QUE IMPRUEBA UNA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN MATERIA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA¹

Katherin Adriana Rodríguez Badel², Nelson de Jesús Sáenz Castro³, Berónica Narváez Mercado⁴

RESUMEN

Palabras clave

Tutela judicial efectiva, conciliación extrajudicial, contenciosa administrativa, recurso de apelación e inapelabilidad.

En la siguiente investigación se hace referencia a la imposibilidad jurídica que tienen las partes de apelar el auto que imprueba acuerdos conciliatorios. Como quiera que la Ley 1437 de 2011 (Congreso de Colombia, 2011), ha dispuesto de manera específica qué autos son susceptibles de apelación, dejando a las partes sin ninguna opción de hacer efectivo el derecho a la tutela efectiva, y que está en cabeza de un superior, quien es el encargado de revisar la decisión y quien resuelve de fondo el asunto. Lo cual genera la tranquilidad y la equidad en la administración de justicia, respecto de aquellas decisiones con las cuales no se está de acuerdo. El problema jurídico radica en el criterio de los jueces para darle aplicación a lo dispuesto en el art 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [CPACA], cercenando el derecho de las partes, y lograr con ello evitar un desgaste en un proceso judicial, ya que la conciliación es requisito de procedibilidad para poder demandar, y es un beneficio que se activa para hacer

-
1. Capítulo resultado de investigación del proyecto de convocatoria interna de CECAR, titulado: Modelo integrador de construcción de paz desde la familia, la educación y la empresa para la reconciliación y el ejercicio de los Derechos Humanos en el departamento de Sucre.
 2. Abogada y Especialista en Derecho Administrativo de la Corporación Universitaria del caribe CECAR. Email: Katherin.rodriguez@cecar.edu.co
 3. Abogado y Especialista en Derecho Administrativo de la Corporación Universitaria del caribe CECAR. Email: Nelson.sáenz@cecar.edu.co
 4. Doctorante en Derecho de la Universidad Libre de Colombia. MBA de la Escuela Libre de Derecho de Costa Rica. Abogada, Conciliadora y Docente Investigadora. Directora del Grupo de Investigaciones Socio jurídicas GISCER de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe. Email: beronica.narvaez@cecar.edu.co Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4161-9275>

efectivos derechos exigidos sin tener que demandar. Se identificó que no existe un mecanismo de tutela judicial efectivo que coadyuve a recurrir una decisión judicial, cuando ésta no es favorable a las partes, quedando sin medios procesales para controvertirla, a fin de conseguir la pretensión mediante la conciliación, y sin desgastar el aparato jurisdiccional, reduciendo la capacidad del juez a ser esclavo gramatical de la ley.

ABSTRACT

Keywords

Effective judicial protection, extrajudicial Conciliation, administrative litigation, appeal and non-appeal ability.

The present article was referred to the legal impossibility for the parties to appeal the order that proves conciliation agreements, since Law 1437 of 2011 specifically provided that decisions are subject to appeal, leaving some of the parties with no option to enforce the right to effective protection, which is headed by a superior, who is responsible for reviewing the decision and resolves the matter in substance, which generates peace of mind and equity in the administration of justice, with respect to those decisions with which they disagree. The legal problem lies in the judges' criteria for applying the provisions of Article 243 of the Code of Administrative Procedure and Contentious Administrative Matters (CPACA), which restricts the rights of the parties and avoids attrition in a judicial process, since conciliation is a procedural requirement to sue with the benefit of enforcing the rights demanded without having to sue. We identify that there is no effective judicial protection mechanism to help appeal a judicial decision, when it is not favorable to the parties, leaving no procedural means to dispute it, in order to achieve the claim through conciliation and without wearing out the jurisdictional apparatus and that the Administrative Contentious Jurisdiction of the Circuit of Sincelejo, Sucre, complies with the provisions of Articles 243 and 303 of the CPACA, reducing the judge's ability to be a grammatical slave of the law.

INTRODUCCIÓN

La tesis actual de la jurisprudencia del Consejo de Estado apoya la improcedencia del recurso de apelación contra el auto que imprueba los acuerdos conciliatorios consolidados ante las procuradurías judiciales administrativas. Lo que a todas luces resulta violatorio del derecho a la tutela efectiva respecto de la improcedencia del recurso de apelación contra el auto que imprueba los acuerdos conciliatorios. Es de tal la complejidad del tema en mención, que resulta interesante enfatizar acerca de ello, debido a la problemática actual que se vive, y se hace evidente por el inconformismo de los que se ven afectados cuando no se les resuelve de fondo una situación jurídica, y que no es posible a la parte afectada apelar el auto que imprueba un acuerdo conciliatorio. Por lo que se plantea como objetivo general de esta investigación analizar si la tutela judicial efectiva, resulta afectada por dicha tesis, tomando en cuenta la aplicación taxativa de la norma que regula el tema de la apelación. A partir del artículo 243 de la Ley 1437 de 2011 (Congreso de Colombia, 2011), que específicamente aporta las situaciones por las cuales se pueden apelar los autos, excluyendo aquellos autos que imprueban acuerdos conciliatorios, como quiera que en la legislación anterior existió la posibilidad de apelarlos.

Hoy, la Ley 1437/2011 suprimió la posibilidad de apelar el auto que imprueba los acuerdos consolidados ante la procuraduría, dejando sin posibilidad alguna a las partes interesadas en el asunto de poder ejercer oportunamente el derecho a la efectiva tutela para que la justicia someta a consideración

dicha decisión, y se pronuncie ya sea a favor o en contra, para generar entre las partes la alternativa de la revisión de la decisión por un superior. Además, que es pertinente al determinar si esta es efectiva o no. Las dudas que surgen del tema en mención se configuran en una pregunta que facilita la posibilidad de pensar en las ventajas y desventajas que produce una norma imperativa. En este sentido, es deber del juez de cumplirla a cabalidad o, por el contrario, plantear la alternativa de solución ante el tema, y que vaya encaminada a demostrar que el impacto sea positivo o no, de la accesibilidad que tiene los convocante y sujetos procesales para incidir en una decisión judicial. En esta cuestión surge la siguiente pregunta como problema por abordar en esta investigación: ¿Afecta el derecho a la tutela judicial efectiva, en el contexto de la Constitución Política de 1991 (Presidencia de la República de Colombia, 1991), la imposibilidad jurídica del convocante de apelar el auto que imprueba una conciliación extrajudicial en materia contenciosa administrativa? La cual se resolverá cuando se conceptualice la tutela efectiva judicial, al describir los recursos de reposición y apelación y la evolución del recurso de apelación como fundamento histórico de la recurrencia de los autos, por partes de todos los sujetos procesales. Y finalmente analizar los resultados de las pruebas cualitativas y cuantitativas presentadas en la jurisdicción contenciosa administrativa de Sincelejo, Sucre, Colombia. Por lo tanto, es necesario evidenciar la necesidad de tener claro las facultades de los convocantes y sujetos procesales, así como las atribuciones legales y constitucionales del Ministerio Público.

El desarrollo de esta investigación es de tipo socio jurídica, toda vez que se verifica la efectividad de los artículos 243 y 303 de la ley 1437/2011 (Congreso de Colombia, 2011), respecto de la imposibilidad jurídica que tiene el convocante de apelar el auto que imprueba una conciliación extrajudicial en sede judicial en la jurisdicción contenciosa administrativa de Sincelejo. Lo cual se realiza bajo un enfoque mixto al cuantificar y cualificar el fenómeno en mención. Mediante la recolección, análisis y clasificación de los datos, utilizando para ello fuentes primarias como la presentación de derecho de petición en los ocho juzgados administrativos de Sincelejo; además de las fuentes secundarias, al practicar un rastreo bibliográfico en las bases de datos, y los comentarios de Víctor Hernando Alvarado Ardila, Magistrado de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en su libro titulado: *Instituciones del Derecho Administrativo en el Nuevo Código* (Alvarado Ardila, 2015), con énfasis en el capítulo referido a *los recursos ordinarios y extraordinarios en el proceso contencioso administrativo*.

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Se entiende como tutela Judicial Efectiva el derecho a la jurisdicción, que no es otra cosa que el desarrollo del derecho al debido proceso, con el cual se regula las etapas del procedimiento. Es decir, el acceso a la administración de justicia, el acceso a una defensa técnica, derecho a ser oído, derecho a la prueba, la sentencia, etcétera. El derecho a la administración de justicia, también llamado derecho a la tutela judicial efectiva, se ha definido como “la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad

ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden” (Corte Constitucional Colombiana, 2013).

La Corte Constitucional en su Sentencia T-063/15 indica que la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional otorgado a todo ciudadano para realizar libremente el amparo de sus derechos e intereses legítimos ante la jurisdicción y se considera como una garantía materializa mediante acciones para acudir al aparato jurisdiccional libremente con el fijo objetivo de obtener una resolución fundada en derecho, a su ejecución y a la utilización del sistema de recursos, además garantiza el procedimiento de accesibilidad a la justicia sin dilaciones (Corte Constitucional Colombiana, 2015).

Los derechos de acceso a la justicia, y a obtener una decisión judicial dentro de un término razonable, finalmente, parecen garantizarse con el nuevo Código General del Proceso. Este es el estatuto que sustituirá al Código de Procedimiento Civil, y tiene como uno de sus principios rectores la tutela judicial efectiva, derecho fundamental que comprende la prerrogativa de toda persona de acceder a la justicia para obtener una respuesta pronta y de fondo a la reclamación de sus derechos, con las garantías propias del debido proceso, y a través de la obtención de una sentencia motivada, congruente y fundada para que sea efectivamente cumplida. El derecho a la tutela judicial efectiva ha sido ampliamente reconocido por las Altas Cortes, pero dada la congestión judicial, la falta de inmediación del juez con las pruebas, y el incumplimiento de los términos judiciales, no ha sido efectivamente cumplida por los jueces. Cabe entonces estudiar cómo el nuevo Código

propone mecanismos para su materialización en los procesos de la jurisdicción ordinaria.

ATRIBUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público de la República de Colombia fue concebido y creado como unidad gubernamental bajo el imperativo de la Constitución Política Nacional del 29 de abril 1830. El denominado Ministerio Público está constituido por los siguientes entes: Procuraduría General de La Nación, Defensoría del Pueblo de Colombia y las personerías municipales. La Constitución Política de Colombia reza en su artículo 118:

El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los Derechos Humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas. (Presidencia de la República de Colombia, 1991, p. 76)

Así mismo se especifica en el artículo 277.- El Procurador General de la nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

1. Vigilar el cumplimiento de la constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos.

2. Proteger los Derechos Humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del defensor del pueblo.
3. Defender los intereses de la sociedad.
4. Defender los intereses colectivos, en especial, el ambiente.
5. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas.
6. Ejercer vigilancia superior en la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.
7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.
8. Rendir anualmente informe de su gestión al Congreso.
9. Exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria.
10. Para el cumplimiento de sus funciones la Procuraduría tendrá atribuciones de policía judicial, y podrá imponer las acciones que considere necesarias. (Presidencia de la República de Colombia, 1991, p. 37)

En materia contenciosa administrativa tenemos que la Ley 1437/11, en su artículo 303, define las atribuciones del Ministerio Público, y específicamente en el caso de autos en el cual lo faculta de manera exclusiva para apelar el auto que imprueba la conciliación, que en este caso es nula, pues muy a pesar

de tener clara la facultad, la intervención no es eficiente ya que logra a toda luces truncar una terminación consensual, extendiendo un proceso de desgaste ante la jurisdicción contencioso administrativa al someter a los convocantes a ser sujetos procesales y a esperar en el tiempo una sentencia que ya había sido prevista en la conciliación (Congreso de la República de Colombia, 2011).

POSICIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO

En la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo su mayor institución es el Consejo de Estado, Institución estatal encargada de solucionar los conflictos entre el Estado y los particulares, o entre las mismas Entidades Oficiales y los ciudadanos, de la cual hacen parte los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos. El Consejo de Estado ha definido conceptos concretos respecto de lo que significa la seguridad de la tutela judicial efectiva y el acceso a la administración de justicia, garantizando la accesibilidad a ésta bajo los principios legales y constitucionales. Es así que en múltiples fallos han definido y reiterado el concepto legal y procedimental del alcance de la tutela efectiva, y uno de los ejemplos que se puede citar es lo enunciado en la Sentencia C-279/13, que reza así:

El derecho a la administración de justicia, también llamado derecho a la tutela judicial efectiva, se ha definido como “la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e

intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes (Corte Constitucional, 2013, párr. 4).

Este derecho constituye un pilar fundamental del estado social de derecho y un derecho fundamental de aplicación inmediata, que forma parte del núcleo esencial del debido proceso.

En virtud de la cláusula general de competencia (artículo. 150-2), el legislador está ampliamente facultado para regular y fijar en forma exclusiva los procedimientos judiciales, su acceso, etapas, características, formas, plazos y términos. Al igual que deberes y cargas procesales, limitado tan sólo por la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas, en cuanto éstas se encuentren acordes con las garantías constitucionales, de forma que permitan la realización material de los derechos sustanciales. Para establecer si la norma demandada vulnera los derechos a la administración de justicia o si, simplemente, es un desarrollo de la libertad de configuración del legislador en materia procesal civil. En este sentido, es necesario analizar cuatro criterios, a saber:

1. Que atienda los principios y fines del Estado, tales como la justicia y la igualdad, entre otros.
2. Que la carga vele por la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que en el caso procesal civil puede implicar derechos como el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia.

3. Que la carga permita la realización material de los derechos y del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas.
4. Es necesario que la disposición obre conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas.

RECURSO DE APELACIÓN Y CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

El recurso de apelación es un recurso ordinario que procede en materia contencioso administrativa contra las sentencias de primera instancia y contra ciertos tipos de autos expedidos dentro de un proceso igualmente de primera instancia. A través de este recurso el superior jerárquico conoce el proceso y una vez estudiado, puede tomar la posición de confirmar el fallo o el auto, adicionarlo o revocarlo, dependiendo del caso. El recurso de apelación procede contra los siguientes autos, siempre que sean dictados en primera instancia, ya sea por jueces o tribunales administrativos de conformidad con lo señalado en el artículo 243 del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo:

1. El que rechace la demanda.
2. El que decrete una medida cautelar.
3. El que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite.
4. El que ponga fin al proceso.
5. El que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales. Este recurso sólo podrá ser interpuesto por el ministerio público (Congreso de Colombia, 2011, p. 92).

Además de los autos mencionados, existen otros que son susceptibles de apelación, pero solamente cuando sean dictados en primera instancia por los jueces administrativos. Dentro de los cuales está el que resuelva sobre la liquidación de una condena o liquide perjuicios, también el que decreta nulidad procesal, el que niega la intervención de terceros, y, por último, el que niegue el decreto o la práctica de una prueba que se haya solicitado oportunamente. El trámite del recurso de apelación de autos dependerá del momento en que este se profiera, y de la forma en que se efectúe su notificación. Cuando el auto sea proferido en audiencia, el recurso deberá presentarse en la misma diligencia y fundamentarse in situ. En ese mismo momento procesal se le debe dar a las demás partes traslado de este para que se manifiesten al respecto, el juez o magistrado, según el caso, debe manifestar la aceptación o la negativa del recurso en la misma diligencia.

Por otro lado, cuando el auto se notifica por estado, se tienen tres días siguientes a la notificación para presentar el recurso y sustentarlo por escrito, a diferencia de lo que se manejaba antes de la expedición de la ley 1437 de 2011 (Congreso de Colombia, 2011). Ya que antes el recurso de apelación se podía sustentar ante el superior, de igual forma se le debe dar el traslado a la otra parte para que se pronuncie al respecto y el juez se debe pronunciar sobre la procedencia o no del recurso. Cuando se trata de apelación de sentencias, el término para interponer y sustentar el recurso es de diez días siguientes a la notificación. En materia contenciosa administrativa, según Ardila (2015) específicamente el capítulo sobre *los recursos ordinarios y extraordinarios en el proceso*

contencioso administrativo (ley 1437 de 2011), hace referencia a este tema, analizando ciertos aspectos jurídicos del concepto que se ha construido de la apelación de los autos. Ardila llega a la conclusión de que doctrinariamente el recurso de apelación es el medio procesal encaminado a lograr que un órgano judicial jerárquicamente superior (*ad quem*), con respecto al que dictó la providencia (*a quo*) que se estima injusta, la revoque o la reforme.

Los recursos son instrumentos que tienen las partes y los terceros habilitados para intervenir dentro de un proceso. Para solicitar la reforma o revocatorio total o parcial de una providencia o decisión judicial proferida por la sala, sección, magistrado ponente o consejero de estado o del tribunal, o por el juez administrativo, siempre y cuando se consideren que afecten los derechos. Cabe precisar que la naturaleza de los recursos son actos procesales de parte, pues no se puede concebir su existencia sin que hayan sido interpuestos por alguien distinto al juez. Esta característica permite diferenciar el recurso de consulta que le surte de manera oficiosa. Esta última desaparece en la Ley 1437/2011. Como quiera que a través de los medios e impugnación se controviertan providencias judiciales, resulta tener claro el objeto de los recursos. (Ardila, 2015, pp.189-190). El legislador de manera taxativa relaciona aquellos autos susceptibles de apelación que se encuentran descritos en el artículo 243 de la ley 1437/2011 (Congreso de Colombia, 2011), refiriéndose específicamente acerca de los autos que deben recurrirse, y que deja inconforme a una de las partes, cuando ésta cree que la decisión vulnera sus interés particular, específicamente en lo relacionado al auto que imprueba la conciliación, que

no puede ser apelado en ningún caso, sólo aquellos que aprueban y quien debe cumplir con la carga de la apelación es el Ministerio Público. Sin duda alguna, resulta injusto, ya que si se puede apelar el auto que aprueba acuerdos conciliatorios ¿Por qué no se puede recurrir entonces el auto que imprueba? o en su defecto tener que adoptar lo decidido por el juez, sin tener derecho de acceder a la justicia para reclamar sus derechos.

Según el Programa Nacional de Arbitraje colombiano, la conciliación es un mecanismo de solución de conflictos a través del cual dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador. La conciliación es un procedimiento con una serie de etapas, a través de las cuales las personas que se encuentran involucradas en un conflicto desistible, transigible o determinado como conciliable por la ley, encuentran la manera de resolverlo a través de un acuerdo satisfactorio para ambas partes. Además de las personas en conflicto, esta figura involucra también a un tercero neutral e imparcial llamado conciliador. quien actúa siempre habilitado por las partes, con la finalidad de facilitar el diálogo entre ellas, al promover fórmulas de acuerdo que permitan llegar a soluciones satisfactorias para las partes en conflicto.

La conciliación es un acto jurídico en el cual intervienen sujetos con capacidad jurídica y distintos intereses, y en donde su consentimiento y voluntad están dirigidos directamente a dar por terminada una obligación o una relación jurídica, al modificar un acuerdo existente o al crear situaciones o relaciones jurídicas nuevas que beneficien a

ambas partes. De esta manera, la visión de la conciliación como institución jurídica se enmarca en una nueva forma de terminación de procesos judiciales que actúa con independencia y autonomía de este trámite, y que consiste en intentar ante un tercero neutral, alcanzar un acuerdo amigable que puede dar por dirimidas las diferencias que se presentan. Se constituye así esta figura en un acto jurídico, por medio del cual las partes en conflicto se someten antes de un proceso o en el transcurso de él, a un trámite conciliatorio con la ayuda de un tercero neutral y calificado que puede ser el juez, otro funcionario público, o también un particular, a fin de que se llegue a un acuerdo que tendrá los efectos de cosa juzgada y prestará mérito ejecutivo. La conciliación extrajudicial, según la Corte Constitucional (2008), se realiza:

Antes o por fuera de un proceso judicial, como medio alternativo; mediante ella, las partes resuelven de manera pacífica solucionar su problema o conflicto, sin tener que acudir a un juicio. La conciliación extrajudicial será en derecho cuando se realice a través de centros de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias; y en equidad cuando se realice ante conciliadores en equidad (Corte Constitucional, 2008, párr. 2).

Por lo tanto, la esencia de la conciliación extrajudicial es un requisito de procedibilidad para demandar. Pero también lo es con el fin y objeto de conciliar un asunto jurídico que le genera a la administración de justicia un ahorro procesal, celeridad y economía, pues no se hace un desgase innecesario.

Es así que algunas personas acuden a este mecanismo alternativo de resolución de conflictos para poner fin a una situación mediante la conciliación extrajudicial, que la gran mayoría de las veces resulta a las partes convocada y convocante el medio de solución eficiente. De este modo, tenemos que el legislador precisó en el artículo 243 de la Ley 1437/2011 (Congreso de Colombia, 2011), los autos susceptibles de apelación, sin pronunciarse acerca de los que imprueban acuerdos conciliatorios y dejando un vacío en la ley, que genera a las partes interesadas inconformismos, eliminando cualquier posibilidad de recurrir una decisión judicial, respecto del juez cuando imprueba un acuerdo conciliatorio.

Para algunos es acertada la posición que adoptan los jueces al decidir acerca de los acuerdos conciliatorios. Esta decisión significa aplicar la interpretación gramatical de la ley cuando a juicio del *a quo* no se ajusta tal acuerdo a la ley, y, por lo tanto, decide improbarlos. ahora bien, cuando estos acuerdos son aprobados, la ley otorga la facultad de apelarlos, siendo que se torna una disyuntiva porque si hay un acuerdo de las partes vale la pena preguntarse ¿Cuál es el interés de éstas de recurrirlo? y habiendo las partes llegado a un acuerdo ¿Por qué el juez decide improbar el acuerdo? Queda claro que la única forma de que el juez los impruebe es que estos no se ajusten a la ley, y conlleva a que los resuelva de fondo, decidiendo improbarlos. Tal decisión es interpretada por las partes, convocante y/o convocado, como el fraccionamiento de sus derechos. Además, que ello significa desgastarse en un proceso judicial que tardará años en decidir de fondo el asunto en disputa. Para reforzar mayormente esta

cuestión, se cita lo que algunas personas y estudiosos del derecho como Quijano (2016) que opina que el artículo 243 de la ley 1437/2011 es violatorio de la ley, por olvidar el tema de la apelación de los autos que imprueban acuerdos conciliatorios, dejando sin posibilidad a una de las partes afectadas con la decisión del juez que resuelve el acuerdo, y posterior a ello que su providencia sea revisada. Por supuesto, de no ser así, esto trae como consecuencia la vulneración al derecho fundamental de la tutela efectiva. En otras palabras, se admite que sí se debe apelar el auto que imprueba acuerdos conciliatorios, porque existe la ley 446/1998 (Congreso de Colombia, 1998), la cual regula el tema de la conciliación.

RECURSO DE REPOSICIÓN

El recurso de reposición representa un medio administrativo que tiene por objeto la impugnación de los actos administrativos que agoten la vía administrativa, para su resolución por el mismo órgano autor del acto (órgano administrativo), cuando el interesado no opte por consentir el acto o recurrirlo directamente en vía contencioso-administrativa (vía judicial). Un recurso de reposición es aquel que se interpone ante la propia administración u órgano administrativo, que emite el acto que se pretende impugnar. Aún este procedimiento se haya en la vía administrativa, y todavía no está en la vía judicial. La finalidad de este recurso es la de facilitar a la administración la posibilidad de rectificar su decisión, evitando de esta forma un pronunciamiento adverso y posibilitando su actuación conforme a la ley. Lo que se pretende, por tanto, es que la propia administración revoque el acto administrativo

que se entiende contrario a Derecho. El recurso de reposición está previsto, tanto en la tramitación judicial como contra una resolución administrativa. En ambos casos, se presenta ante la misma autoridad que dictó el acto (si se trata de un proceso judicial) o ante el órgano administrativo competente que dictó el acto en cuestión, y en cuyo caso rige la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

El recurso de reposición sólo se puede interponer ante las diligencias de ordenación y decretos no definitivos, y se presentará ante el secretario judicial que dictó la resolución recurrida. Excepto en los casos en que la ley prevea recurso directo de revisión, de acuerdo al art. 186 de la Ley Reguladora de Jurisdicción Social (Congreso de la Republica, 2011). En el derecho procesal este recurso ordinario y horizontal puede interponerse en cualquier instancia, incluso contra recursos extraordinarios. Es decir, se podría revocar una providencia simple de la Corte. Procede únicamente interponerla de forma escrita y dentro de un mes si la notificación es expresa, y de tres meses si es presunta. Debe ser fundada. Así, este tipo de recurso se erige como el medio de impugnación que la ley establece, en favor de una parte agraviada por un auto o decreto y, excepcionalmente, por una sentencia interlocutoria, con el objeto de que el mismo tribunal que ha dictado esta resolución proceda a dejarla sin efecto o modificarla. Es el recurso que, por excelencia, se interpone en contra de aquellas resoluciones con este carácter. Es un recurso ordinario muy utilizado contra las decisiones administrativas y judiciales, pues se busca que la persona que tomó la decisión evalúe las inconsistencias y,

una vez analizado el asunto a fondo, revoque o reforme la decisión.

Ante la Sentencia C-248 de 2013 de la Corte Constitucional del M.P, Mauricio González Cuervo precisa aspectos importantes de este recurso al señalar que:

En muchos casos el recurso de reposición es un requisito para interponer el recurso de apelación y que, independientemente de si es un proceso administrativo o civil, se rige por las normas del código general del proceso. El recurso de reposición se presenta ante la misma autoridad que tomó la decisión y es ella la que decide sobre el recurso: El recurso de reposición procede contra los autos que profieran los jueces, los magistrados sustanciadores y la sala civil de la corte suprema de justicia. No procede contra los autos de los magistrados sustanciadores que sean susceptibles de súplica, además de los autos que profieran las salas de decisión, respecto de los cuales sólo podrá pedirse su aclaración o complementación.

Tampoco proceden contra los autos que nieguen una apelación, súplica o queja (Mis abogados.com, 2016, párr. 3-4).

El trámite varía dependiendo de cuándo es expedido el auto, y si ha ocurrido en audiencia o por fuera de ésta.

1. Si el auto es proferido en audiencia, deberá presentarse el recurso inmediatamente, sustentado las razones de por qué debería modificarse. Después se le correrá traslado a la contraparte, y posteriormente se tendrá la decisión en la misma audiencia.

2. Si el auto es proferido por fuera de la audiencia, se tiene un término de tres días para presentar el escrito donde se sustenten las razones del recurso. Se le corre traslado por tres días a la contraparte y se proferirá la nueva decisión.

Por otra parte, se dispone de la Ley 1437/2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [CPACA] (Congreso de la República, 2011), que señala la procedencia del recurso de reposición en los siguientes términos: “Artículo 242. Reposición. Salvo norma legal en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que no sean susceptibles de apelación o de súplica” (p. 92). En cuanto a su oportunidad y trámite se aplicará lo dispuesto en el código de procedimiento civil.

LA EVOLUCIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN, COMO FUNDAMENTO HISTÓRICO DE LA RECURRENCIA DE LOS AUTOS POR PARTE DE TODOS LOS SUJETOS PROCESALES

Haciendo un recorrido por la historia, respecto de la tradición y surgimiento del recurso de apelación, se comprueba que estos cumplieran con ciertas características de formas que fueron evolucionados hasta llegar a los tiempos actuales. Morales, profesor de la Universidad del Salvador, realiza un aporte investigativo al referirse a los sucesos más relevantes en las principales ciudades con auge histórico y científico, y analiza el recorrido histórico de la evolución de los recursos en cada ciudad. Este investigador expresa que:

Existía una jerarquía judicial y recursos, existiendo un órgano superior, la Corte Suprema compuesta de treinta (30) miembros elegidos (en el período de mayor desarrollo) en las ciudades como Menfis, Tebas y Heliópolis en Esparta y Atenas: los ciudadanos podían apelar a la asamblea del pueblo, acerca de las sentencias de los tribunales (Morales, 2015, pág. 8).

En la Roma antigua es donde comienza toda la historia científica de las instituciones jurídicas, y de la cual se desprende que la evolución de nuestras instituciones pasa por diversas etapas socio-políticas como monarquía, república e imperio. Según el estudioso Pérez:

En el derecho romano más primitivo no se concibió el fenómeno de los recursos, porque el proceso era una expresión de la divinidad de la cual su sentencia o decisión era considerada infalible, ya que el juicio se desarrolla en la asamblea del pueblo y el presidente de ella como absoluta (Richter) proclamaba la decisión que era inmutable e inmovible (Pérez, 2015, p. 6).

Se conoce que, en la Edad Media con el fraccionamiento del poder los señores creaban cada uno sus tribunales de justicia, y dictaban sus decisiones por sí mismos; pero a medida que crecía su poder, los reyes restauraban los recursos ante ellos o sus delegados, y se confundía el derecho. En el Derecho Romano apareció la apelación como recurso ordinario, y dos extraordinarios como la *supplicatio* y la *restitutio in integrum* (Petite, 2007). En el derecho canónico existe una diferencia o excepción de los recursos,

sin mudar la influencia de la cual provenía desde la romana, que fueron la apelación de nulidad y la querrela *nulitatus* (El Espectador, 2012). En España la ley visigótica estableció los recursos ante el emperador y el fuero juzgo, siguiendo las tendencias de la época, y se fueron aumentando considerablemente las apelaciones que las partidas restringían, ya que solo permitían dos por sentencia. En la revolución francesa, el juez era considerado siervo de la ley, sólo aplicaba mas no interpretaba, razón por la cual se reconoció el principio de doble grado, admitiendo la posibilidad de apelar en algún momento para confrontar la decisión del siervo de la ley.

En la época contemporánea la tendencia se dirigió a suprimir el exceso de instancias, en un afán por acelerar el proceso que se ha hecho muy lento y cuya lentitud es cada vez perjudicial a la misma sociedad. Así se llega al uso de los recursos en Iberoamérica donde la justicia colonial estableció en nuestro país un complejo sistema de recursos, los cuales se conservaron incluso hasta los primeros tiempos de la independencia. Con algunas variaciones, según la región, y se introdujeron reformas procesales. Más tarde aparecieron los códigos de procedimientos y posteriormente se fueron aprobando. Lo anterior constituyó una mezcla de poder político y administrativo. En el poder administrativo existía una jerarquía inferior y estaba la figura del alcalde integrante de un cabildo; en tanto que en el poder político estaba un gobernador, y los tribunales colegiados de justicia predominantemente en procesos judiciales, que asumían la figura de otorgar la apelación y súplica. En otras palabras, esto significó que admitían contra lo decidido como segunda suplicación o recurso extraordinario de nulidad o injusticia

notoria ante el rey. El consejo superior de indias fue creado al efecto para entender y atender todo lo relativo a las decisiones jurisdiccionales y administrativas de la colonia. Estos procedimientos estaban inspirados y sustentados en la influencia jurídica romana cuyas aplicaciones fueron las que condujeron a la aplicación de las apelaciones que eran resultas por los alcaldes. Sin duda, correspondía a la revocación por falsas pruebas que constituían una revisión *integrum* y la aplicación del recurso extraordinario, que le facilitaba al que decidía aplicar diferentes designaciones en el caso. En tanto que la segunda suplicación se extendía a una revisión en definitiva del proceso en último grado ante el rey, en donde se convencía sólo de ciertos cargos y podían ser de dos maneras, a saber: una de grados y otra en justicia, en donde se aceptaba para el primero el recurso de aclaratoria y el de revocatoria.

Actualmente, la apelación se mantiene con las características originarias, incluyendo que proceden en contra de sentencias y de autos interlocutorios. Lo cual se extiende hasta nuestra época. Con respecto a la nulidad cabe manifestar que esta se mantuvo, aunque poco a poco fue cambiando de perfil, y vinculándose al recurso de apelación. En algunas partes sólo podía interponerse con los recursos de apelación, mientras que en otros se llegó a absorber definitivamente en la alzada, además se admitían otros recursos para reclamar la nulidad. Se mantenían los recursos extraordinarios entre los cuales se encontraban la restitución *integrum*, que consistía en apoyar a quienes actuaban indefensos en un proceso, y recibían una sentencia que causaba lesión a sus derechos (Derecho en red, 2015). La nulidad notoria que generalmente se vinculaba

a errores notorios de forma y fondo, se fue derivando después hasta dar surgimiento al recurso de casación. En algunos países perduraron los recursos extraordinarios, pero en todos se suprimió el recurso extraordinario de nulidad o injusticia notoria. En Uruguay, por ejemplo, duró mucho, aunque con poca aplicación práctica, y subsistía hasta la etapa de admisión, no fue apenas hasta 1.979 que se sustituyó por el recurso de casación. En Argentina también subsistió, y fue suprimido por Viamort en 1829, pero restablecida por rojas en 1839, para evolucionar y dar paso más adelante a los actuales recursos (Morales, 2015). Esto demuestra la amplia evolución de los recursos que vienen practicándose desde la historia antigua, y que sigue evolucionando sin perder la esencia de recurso de apelación, que se interpone en contra de todas las decisiones o sentencias. Esto es admisible en todos los sistemas contra sentencias definitivas o autos interlocutorios.

En el caso de Colombia es en el año 1970 que se cambia la regla existente en otros países al establecer la diferencia del recurso de apelación de autos interlocutorios como excepción. Es decir, que sólo se reconocen para los casos precisos y expresado en el código. Específicamente en el artículo 243, que los define en el caso de la jurisdicción contencioso administrativa, reglamentado en la ley 1437/2011.

LA INAPELABILIDAD DEL AUTO QUE IMPRUEBA EL ACUERDO CONCILIATORIO Y LA AFECTACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DEL CONVOCANTE

El recurso de apelación es un medio ordinario que procede en materia contencioso administrativa contra las sentencias de primera instancia, y contra ciertos tipos de autos expedidos dentro de un proceso igualmente de primera instancia. A través de este recurso el superior jerárquico conoce el proceso y una vez estudiado y dependiendo el caso, puede tomar la posición de confirmar el fallo o el auto, adicionarlo o revocarlo, siempre que sean dictados en primera instancia, ya sea por jueces o tribunales administrativos de conformidad con lo señalado en el artículo 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. El recurso de apelación procede contra los siguientes autos:

1. El que rechace la demanda.
2. El que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite.
3. El que ponga fin al proceso.
4. El que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales. Este recurso sólo podrá ser interpuesto por el Ministerio Público (Congreso de la República, 2011, p. 83).

Además de los autos mencionados existen otros que son susceptibles de apelación, pero solamente cuando sean dictados en primera instancia por los jueces administrativos. Dentro de los cuales está el que resuelva sobre la liquidación de una condena o liquide

perjuicios, el que decreta nulidad procesal, el que niega la intervención de terceros, y, por último, el que niegue el decreto o la práctica de una prueba pedida oportunamente. El trámite del recurso de apelación de autos dependerá del momento en que éste se profiera, y de la forma en que se efectúe su notificación. Cuando el auto sea proferido en audiencia, el recurso deberá presentarse en la misma diligencia y fundamentarse allí mismo, en ese mismo momento procesal se le debe dar a las demás partes traslado de éste para que se manifiesten al respecto, y el juez o magistrado, según el caso, debe manifestar la aceptación o la negativa del recurso en la misma diligencia, como lo dispone el artículo 244, y subsiguientes de la ley 1437/2011 (Gerencie, 2017).

Por otro lado, cuando el auto se notifica por estado, se tienen tres días siguientes a la notificación para presentar el recurso y sustentarlo por escrito, a diferencia de lo que se manejaba antes de la expedición de la ley 1437 de 2011 (Congreso de Colombia, 2011), ya que antes el recurso de apelación se podía sustentar ante el superior. De igual forma se le debe dar el traslado a la otra parte para que se pronuncie al respecto y el juez se debe pronunciar sobre la procedencia o no del recurso. Cuando se trata de apelación de sentencias, el término para interponer y sustentar el recurso es de diez días siguientes a la notificación. (Gerencie, 2017). Por lo tanto, es menester comenzar el debate en mención analizando el artículo 181 del antiguo código de procedimiento administrativo que dispone expresamente cuáles autos se podían apelar. Con respecto al caso de que se está debatiendo como es la apelación de los autos que imprueban un acuerdo conciliatorio,

véase el artículo 181 Apelación, así como el código derogado por el artículo 309 de la ley 1437 de 2011 (Congreso de Colombia, 2011), que rige a partir del 02 de julio del año 2012. El texto vigente hasta esta fecha es el que fue modificado por el artículo 57 de la ley 446 de 1998 (Congreso de Colombia, 1998). En este nuevo texto se indica que son apelables las sentencias de primera instancia de los tribunales de los jueces y los siguientes autos proferidos en la misma instancia por dichos organismos, en pleno o en una de sus secciones o subsecciones, según el caso, o por los jueces administrativos:

1. El que apruebe o impruebe conciliaciones prejudiciales o judiciales

En este mismo orden de ideas, el artículo 243 de la ley 1437/2011, el CPACA respecto la apelación dispone lo siguiente:

Son apelables las sentencias de primera instancia de los tribunales y de los jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos...El que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales, [recurso que sólo podrá ser interpuesto] por el Ministerio Público (Congreso de la República, 2011, p. 92).

En la primera cita las partes interesadas, que son el convocado y convocante en la conciliación prejudicial, son quienes ostentan el interés de apelar el auto que aprueba y/o imprueba el acuerdo conciliatorio. Esto se traduce como que se hace efectivo el derecho a la tutela efectiva y equidad en la administración de justicia, en el sentido que existió la alternativa de someter a revisión una decisión ante un superior para reformar o revisar una decisión que se crea injusta. De

este modo las personas en virtud del Código de Procedimiento Administrativo (CPA) hoy derogado, tuvieron la opción al momento de que se le improbara el acuerdo conciliatorio la posibilidad de apelar y sustentarlo, y que el administrador de justicia revocara la decisión primera y aprobara el acuerdo, facilitándole a las partes la efectividad del principio de igualdad y tutela efectiva. Por el contrario, con la expedición de la ley 1437/2011, se coartó de fondo la posibilidad a las partes de apelar la decisión del juez cuando imprueba un acuerdo conciliatorio, ya que el juez debe aplicar la ley. Lo anterior expuesto no significa que el juez sea un siervo de la ley como ocurría en la antigüedad que el administrador de justicia no interpretaba la ley, sino que la aplicaba. Hoy en día lo que se busca con la expedición del código administrativo y de lo contencioso administrativo es referenciar que no hay posibilidad alguna de apelar el auto que imprueba acuerdos conciliatorios, porque se está en presencia de una ley especial que regula la materia de lo contencioso administrativo, que es clara y además tácitamente indica cuáles autos son susceptibles de ser recurridos.

Con lo dicho anteriormente, queda claro que con la expedición de la ley 1437/de 2011, el legislador limitó la capacidad de poder generar un beneficio a las partes, al no embarcarse en un proceso largo y dispendioso y el posterior desgaste innecesario de la administración de justicia. Ahora bien, con respecto a la apelación, el auto que aprueba el acuerdo conciliatorio y que sólo lo puede hacer el Ministerio Público, por supuesto, resulta ilógico puesto que no le genera a las partes la posibilidad para que apelen la decisión y demostrar con argumentos jurídicos

firmer que el acuerdo sí se ajustó a la ley o, en su defecto, desvirtuar las hipótesis planteadas por el a quo para tomar la decisión; siempre y cuando haya habido con anterioridad un conceso de las partes celebrada ante la procuraduría delegada para asuntos judiciales, y que es competencia del juez administrativo decidirlo. En algunas ocasiones resulta la decisión en improbar el acuerdo conciliatorio, que es mucho más grave ya que en ésta no existe posibilidad alguna en favor de las partes de recurrir la decisión del juez. Este hecho se convierte, algunas ocasiones, en la mecánica para agotar el requisito de procedibilidad y demandar en un proceso judicial, no siendo más que una decisión injusta, ya que una de las partes es la que resulta afectada.

La anterior hipótesis conduce a tomar conciencia de esta falla del legislador, por lo tanto, si el Ministerio Público no apela en uno de los casos, se debe surtir la etapa procesal siguiente que es la demanda. Allí las partes interesadas pueden contemplar la oportunidad de apelar el auto que imprueba o aprueba el acuerdo conciliatorio y/o lograr que se pruebe, y así no desgastarse en otro proceso. Desde la entrada en vigencia del nuevo CPACA, el trámite de la conciliación resulta ser desventajoso para las partes con respecto a la conciliación, pues el trámite de ésta no es ni constituye en sí mismo un proceso judicial. De lo que se trata es de un requisito de procedibilidad que deben cumplir quienes quieran o necesiten acceder a la administración de justicia. Este requisito en caso de no prosperar, permite tanto a la parte convocante como a la convocada, iniciar un proceso judicial. En el caso de que prospere pasa a un control de legalidad por parte del juez, en el cual se deben verificar unos factores

determinados que garanticen que el acuerdo logrado no sea lesivo al patrimonio estatal, ni contrario a la ley, esto en ningún caso significa que se haya iniciado proceso alguno.

Ahora bien, el legislador al redactar el código contencioso administrativo, código del procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo y no incluir en el artículo 243 de esa norma la posibilidad de apelar el auto que imprueba una conciliación extrajudicial, está haciendo una excepción a la regla general contenida en el citado artículo 31 constitucional, valiéndose para ello de herramientas que le otorga la carta política, inclusive, en el mismo artículo. Hacia el interior de la misma surgen dudas acerca de la ley 446 de 1998. con respecto a la norma aplicable, que permita recurrir el auto que imprueba, y que está contenido en el artículo 73 de la ley 446 de 1998 para la conciliación extrajudicial, que en estos momentos representa una antinomia normativa entre una ley anterior con una ley posterior. Específicamente, entre la ley 446 de 1998 (Congreso de Colombia, 1998). y la ley 1437 de 2011 (Congreso de Colombia, 2011), siendo ésta última la norma que rige el presente proceso y que, al ser especial, configura una derogatoria tácita de lo dispuesto en el artículo 73 de la ley 446 de 1998, teniendo en cuenta que en el artículo 3º de la ley 153 de 1887, el legislador estableció reglas generales sobre la validez y aplicación de normas.

Para tener una mejor comprensión de lo expuesto, cabe citar el artículo 73 de la ley 446/1998, por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del decreto 2651 de 1.991 y la del 17 de Julio de

1998 D.O. N.º.43335. Así mismo, se modifican algunas del código de procedimiento civil, y se derogan otras de la ley 23 de 1991, como también del decreto 2279 de 1989. Se modifican y expiden normas del código contencioso administrativo, y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Véase el Artículo 73. Competencia. Hay que observar que la ley 23 de 1991 tendrá el Artículo 65^a, que expresa: El auto que apruebe o impruebe el acuerdo conciliatorio corresponde a la sala, sección o subsección de que forme parte el magistrado que actúe como sustanciador. Contra dicho auto procede recurso de apelación en los asuntos de doble instancia y de reposición en los de única. El Ministerio Público podrá interponer el recurso de apelación ante el tribunal, contra el auto que profiera el juez administrativo aprobando o improbando una conciliación. Las partes podrán apelar, sólo si el auto imprueba el acuerdo. La autoridad judicial improbará el acuerdo conciliatorio cuando no se hayan presentado las pruebas necesarias para ello, o sea violatorio de la ley, o bien resulte lesivo para el patrimonio público. Cuando se logra la conciliación prejudicial, el acta que la contenga será suscrita por las partes y por el agente del ministerio público. Luego se remitirá, a más tardar al día siguiente, al juez o corporación que fuere competente para conocer de la acción judicial respectiva, con el efecto de que imparta su aprobación o desaprobación. El auto aprobatorio no será consultable (Congreso de Colombia, 1998).

Basándose en el argumento anterior algunas personas adoptan la posición de recurrir el auto improbadado mediante el recurso de queja arguyendo que existe una ley que

regula la materia de la conciliación como la última alternativa, que en el fondo es la misma de la apelación, que no es más que el superior revise y reforme una decisión injusta o, por el contrario, reafirme la decisión de primera instancia. Se hace notar aquí que, por supuesto, la ley 1437/2011, deja un vacío con respecto a esta reglamentación anterior. Sin embargo, otros afirman que esta ley deroga tácitamente a una ley anterior. Como prueba de lo dicho anteriormente, ya se ha interpuesto recurso de queja ante el superior, y la mayoría de las radicaciones fallan y confirman la primera decisión, que es la de improbar el acuerdo conciliatorio. Es decir, no existe la posibilidad de reformar una decisión anterior sin dar inicio a un proceso judicial, instaurando la demanda y esperar que se surta el proceso y culmine en sentencia. Para denotar lo anterior se cita un extracto de la Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección tercera, Subsección a. Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá D.C., veintiséis de febrero de dos mil catorce. Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00207-01(45854). Actor: Concretos y Asfaltos S.A. – Conasfaltos – demandado por las Empresas Públicas de Medellín E.P.M. y otro. Referencia: conciliación - recurso de queja. En su argumento expone:

Ahora bien, no comparte la sala la argumentación de los recurrentes, pues remitirse al artículo 73 de la ley 446 de 1998 para encontrar una norma aplicable que permita recurrir el auto que imprueba una conciliación extrajudicial, representa una antinomia normativa entre una ley anterior con una ley posterior, esto es entre la ley

446 de 1998 y la ley 1437 de 2011.

Esta última citada representa la norma que rige el presente proceso y que, al ser especial, configura una derogatoria tácita de lo dispuesto en el artículo 73 de la ley 446 de 1998, teniendo en cuenta que en el artículo 3° de la 153 de 1887, el legislador estableció reglas generales sobre la validez y aplicación de normas (Consejo de Estado, 2014, párr. 1).

El anterior extracto citado demuestra el argumento de los jueces al momento de interpretar la norma que es clara y, por ende, se le da una interpretación gramatical que trae como consecuencia la decisión del fallador, que se traduce, la mayoría de las veces, en *improbar acuerdos conciliatorios que no se ajusten a derecho*. Con lo cual, se demuestra a todas luces que existe un error sustancial al no incluir en el artículo 243 de la ley 1437/2011 la posibilidad de apelar el auto que imprueba el acuerdo conciliatorio, ya que la apelación se puede connotar como una garantía de doble instancia consagrada en la Constitución. Pero que no surte efecto en la práctica jurídica, ya que algunas personas que acudieron al mecanismo de la conciliación, terminan manifestando que no pueden ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva sino aceptar la imposición de una decisión, que resulta en algunos casos injusta.

Sin duda, con los planteamientos y posiciones asumidas en esta investigación, no se busca darle una respuesta que subsane el asunto mencionado. Lo que sí se busca es aportar reflexiones para la comprensión de la interpretación de los jueces en la aplicación de la justicia, y que, en realidad, sea la más justa para que se logre administrar justicia

en equidad, teniendo en cuenta que CPACA, Ley 1437/2011, en su artículo 303, solo faculta al Ministerio Público para apelar la decisión judicial de improbación de acuerdo conciliatorio celebrado ante la Procuraduría.

Para mayor ilustración de lo dicho anteriormente, se evidencia las muestras obtenidas en un pilotaje realizado en los juzgados administrativos de Sincelejo – Sucre; las cuales arrojan que siete (7) acuerdos conciliatorios celebrados ante la Procuraduría fueron improbados en sede judicial por los juzgados administrativos en el 2017. Sin que se observara, en ninguno de los expedientes, un recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, en atención a la facultad taxativa que enuncia la ley 1437/2011, en su artículo 303, numeral 4, que a la letra reza las siguientes atribuciones:

El ministerio Público está facultado para actuar como demandante o como sujeto procesal especial y podrá intervenir en todos los procesos e incidentes que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales.

En los procesos ejecutivos se notificará personalmente al Ministerio Público el mandamiento de pago, la sentencia y el primer auto en la segunda instancia. Además, tendrá las siguientes atribuciones especiales

1. Solicitar la vinculación al proceso de los servidores o ex servidores públicos, que, con su conducta dolosa o gravemente culposa, hayan dado lugar a la presentación de demandas que pretendan la reparación patrimonial a cargo de cualquier entidad pública.

2. Solicitar que se declare la nulidad de actos administrativos.
3. Pedir que se declare la nulidad absoluta de los contratos estatales.
4. 4. Interponer los recursos contra los autos que aprueben o imprueben acuerdos logrados en conciliación judicial.
5. Interponer los recursos extraordinarios de que trata este código.
6. Solicitar la aplicación de la figura de la extensión de la jurisprudencia, y la aplicación del mecanismo de revisión eventual de providencias de que trata este código.
7. Adelantar las conciliaciones prejudiciales o extrajudiciales. (Congreso de Colombia, 2011, p. 110)

De lo anterior se colige la poca o nula intervención judicial del Ministerio Público ya que la facultad es solo taxativa, pues en el ejercicio del derecho se constató, en este caso, que es completamente nula su intervención, en lo referente a la facultad de interponer recursos contra los autos que aprueban o imprueban acuerdos logrados en conciliación judicial. En otras palabras, a las partes convocantes y convocadas no se les ayuda en nada, por el contrario, prolongan el caso a una espera de proceso judicial, sin que medie la intención previa de solucionar el conflicto y ahorrar tiempo.

CONCLUSIONES

Con esta investigación se logró analizar que el derecho a la tutela judicial efectiva frente al auto que imprueba una conciliación extrajudicial en materia contenciosa

administrativa, en el contexto de la Constitución Política de 1991, demuestra que desde la revisión de la historia se tiene que la apelación era considerada como la manera más equitativa y justa de someter a consideración una decisión. No obstante, el administrador de justicia se sometía a los preceptos que regulaban la materia, como en el caso de la revolución francesa, que el juez era considerado siervo de la ley, y debía darle una aplicación taxativa, además de que la decisión era inmutable e inconvencible. En la primera parte de esta investigación queda demostrada la necesidad jurídica de cómo la sociedad busca la manera de revelarse en contra de una decisión considerada injusta. Esta necesidad de controvertir una decisión hace que los integrantes de la sociedad agoten la alternativa de insistir y apelar. Aunque el nombre del recurso varía, se conservaba la esencia y fin que era brindar la efectiva tutela de los derechos, tanto es así que el recorrido histórico hasta nuestros días demuestra la importancia que ha tenido para dirimir los conflictos entre las partes.

En la actualidad existe este valioso recurso de la apelación, el cual ha sido pilar en la administración de justicia, convirtiéndose en el arma de expresión del derecho a la tutela judicial efectiva, en virtud de lo preceptuado en el artículo 243 de la ley 1437/2011 (Congreso de la República, 2011) que el legislador limitó flagrantemente el derecho de que la decisión de un órgano jurisdiccional puede ser revisada por uno superior, específicamente en el caso de la apelación de autos que imprueban acuerdos conciliatorios, dejando sin oportunidad alguna a las partes de ejercer el derecho a la efectiva tutela.

El problema en concreto aparece cuando las partes acordaron ante la Procuraduría una alternativa que se traduce en la conciliación, y que el juez no la considera ajustada a derecho. Es decir, cuando un juez o tribunal emite una resolución judicial, es posible que alguna de las partes implicadas no esté de acuerdo con la decisión; sin embargo, ésta no tiene la posibilidad de apelar. Lo anterior significa que no existe la posibilidad de revisar la decisión, y surge aquí el cuestionamiento de precisar si es materia de espacios normativos vacíos para regular el caso en concreto, o solo la determinación de una posición jurisdiccional acerca de la prescripción de la norma, que está encaminada a darle aplicación gramatical. O si, por el contrario, exista la posibilidad de incluir en el artículo 243 de la ley 1437/11, de que las partes puedan apelar la decisión del juez que imprueba acuerdos conciliatorios, haciendo esta excepción ajustándose al artículo 303 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Congreso de la República, 2011).

No son suficientes las herramientas legales para apealar decisiones, ya que no existe una efectividad total frente al convocante para apelar autos improbados en sede judicial, como mínimo la intervención judicial del Ministerio Público, y que la facultad es solo taxativa en el artículo 303 de la ley 1437/2011 (Congreso de la República, 2011). En el ejercicio del derecho se constató, en este caso, que es completamente nula su intervención, en lo referente a la facultad de interponer recursos contra los autos que aprueban o imprueban acuerdos logrados en conciliación judicial. De allí que esto no ayuda en nada a las partes convocantes y convocadas.

Por el contrario, prolongan el caso a una espera larga de proceso judicial y, como ya se ha dicho, generando una tremenda pérdida de tiempo, sin que medie la intención previa de solucionar el conflicto.

REFERENCIAS

- Ardila, V. H. (2015). *Instituciones de Derecho Administrativo en el Nuevo Código*. Bogotá: Norma. Colombia, C. D.
- Congreso de Colombia. (2011) *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*.
- Congreso de Colombia. (7 de julio de 1998). *Ley 446 de 1998*. Bogotá, Colombia. DO: 43.335/Recuperado de: <https://tinyurl.com/yzjw5zww>
- Congreso de la República de Colombia (2011) *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [CPACA]*. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://tinyurl.com/yj9ft7uv>
- Consejo de Estado. (26 de febrero de 2014). *Sentencia*. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://tinyurl.com/yk2m4hvc>
- Corte Constitucional Colombiana. (2008). *Sentencia C-902*. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://tinyurl.com/yheyxam>
- Corte Constitucional Colombiana. (2013). *Sentencia C-248*. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://tinyurl.com/ygpbmvle>
- Corte Constitucional Colombiana. (2013). *Sentencia C-279*. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://tinyurl.com/yz4vbu68>
- Corte Constitucional Colombiana. (2015). *Sentencia T-063*. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://tinyurl.com/yfaqydet>

- Derecho en red (2015). De la restitución por entero en el derecho romano. Recuperado de <https://tinyurl.com/yjclezf9>
- El Espectador. (2012). Derecho Canónico. *Iuris*, 89-98.
- El Vaticano (1983). http://www.vatican.va/archive/ESL0020/_INDEX.HTM. Recuperado de http://www.vatican.va/archive/ESL0020/_INDEX.HTM
- Gerencie (2017). Recurso Ordinario de apelación en Materia Contenciosa Administrativa. Recuperado el 03 de Marzo de 2018, de <https://tinyurl.com/yj8vou4o>
- López, A. (2015). Revista Europea de Historia de las ideas políticas y de las Instituciones Públicas. Recuperado de Evolución Histórica de la apelación y la segunda instancia Penal hasta la Ley de enjuiciamiento criminal española: <http://www.eumed.net/rev/rehipip/09/apelacion.html>
- Mateo, S. (s.f.). El Amor hacia los Enemigos. Sociedades Bíblicas Unidas.
- Morales, S. E. (2015). Dr. Saúl Ernesto Morales. Recuperado el 3 de Marzo de 2018, de Marco Jurídico Conceptual e Históricos de los Recursos: <https://tinyurl.com/yz8l56sm>
- Pérez, J. (2015). Evolución de los recursos. Bogotá: Temis.
- Petite, E. (2007). Tratado Elemental de Derecho Romano. Argentina: Editorial Porrúa.
- Presidencia de la República de Colombia. (4 de julio de 1991) Artículo 118. [Título V]. Constitución Política de Colombia. Recuperado de: <https://tinyurl.com/yxsva848>
- Quijano, J. P. (2016). Autos Conciliatorios. Bogotá: Norma.
- Tamara, E. (1997). Historia de Sincelejo: de los zenúes al Packing House; escrito sobre documentos originales del Archivo General de Colombia (Bogotá) y el Archivo General de Sevilla (España). Bogotá: Imprenta Presencia.

CAPÍTULO 3

PROPUESTA DE UN SISTEMA ELECTORAL MIXTO CON TENDENCIA MAYORITARIA PARA EL CONGRESO DE COLOMBIA

Sara Cañas González
Lauren Vanessa de Luque Mendoza



PROPUESTA DE UN SISTEMA ELECTORAL MIXTO CON TENDENCIA MAYORITARIA PARA EL CONGRESO DE COLOMBIA

Sara Cañas González¹, Lauren Vanessa de Luque Mendoza²

RESUMEN

Palabras clave

Colombia,
Congreso,
Equilibrio de
Poderes, Sistema
electoral.

El sistema electoral mixto es la unión de dos sistemas electorales diferentes que se emplean en el proceso de reparto de escaños en el parlamento. Es reconocido por combinar las ventajas del sistema mayoritario con las del sistema de representación proporcional, donde los escaños se distribuyen en un tramo de forma uninominal, y en otro tramo usando las listas de los partidos. A través de esta investigación se analiza la propuesta de una reforma del sistema electoral colombiano actual, ya que está planteada la viabilidad de establecer un sistema electoral mixto en Colombia y conservando un enfoque específico sobre las elecciones para el Congreso de la República, y su aporte en el equilibrio de Poderes. Se estudiaron conjuntamente las ventajas y las desventajas de este sistema a partir de su aplicación en otros países, para así determinar cuál es la necesidad que tiene Colombia de implementar una reforma de mayor envergadura en materia electoral.

-
1. Estudiante de quinto año del Programa de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Libre, Seccional Barranquilla. Grupo de investigación «Poder Público y Ciudadanía- categoría C», Línea «Hombre, sociedad y Estado». Email: scanas030@estunilibrebaq.edu.co
 2. Estudiante de quinto año del programa de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Libre, Seccional Barranquilla. Grupo de investigación «Poder Público y Ciudadanía- categoría C», Línea «Hombre, sociedad y Estado» Email: ldeluque040@estunilibrebaq.edu.co

Keywords

Colombia,
Parliament,
Electoral System,
Check and
Balances.

ABSTRACT

The mixed electoral system is the union of two different electoral systems that are used in the process of distributing seats in parliament, is recognized by combining the advantages of the majority system with those of the proportional representation system, where the seats are distributed in one tranche uninominal and in another tranche using party lists. This text discussed the proposal for a reform of the current Colombian electoral system, which raised the feasibility of establishing a mixed electoral system in Colombia retaining a specific focus on the elections for the Congress of the Republic and its contribution to the balance of powers, jointly analyzed the advantages and disadvantages of this system from its application in other countries, to conclude what is the need for Colombia to implement a reform in electoral matters of greater importance.

INTRODUCCIÓN

Un sistema electoral es el conjunto de normas, procedimientos, técnicas, principios y reglas establecidos en una relación de reciprocidad (Sartori, 1996), mientras que para Hitos y López (2017, p. 8), “los sistemas electorales son necesarios para transformar los votos en escaños a los parlamentarios”. De este modo se determina la dinámica del voto para la elección de candidatos y la forma en la que se reflejan dichos votos, así como las técnicas que son inherentes en cada tipo de sistema los cuales son adoptados por los Estados a través de su legislación interna. El sistema electoral colombiano lleva consigo un pasado bipartidista excluyente, ante el que las minorías y sectores políticos sociales han luchado durante el Siglo XX por obtener un lugar en el poder político. Lo cual era un logro imposible de proyectar en el futuro, debido a la fuerte injerencia de los titánicos partidos Liberal y Conservador.

A partir de la Constitución Política de Colombia en 1991, partidos y grupos políticos diferentes a los tradicionales, por primera vez pudieron incursionar en la búsqueda de la personería jurídica que les diera la calidad de tal, ya que los requisitos y controles fueron reducidos para su constitución y funcionamiento. Luego de obtener esta gran conquista y avance en la democracia colombiana, entre 1991 y el 2002, las listas presentadas ascendieron sin precedentes, en total fueron 906 listas presentadas a la Cámara y 321 presentadas al Congreso de la República (Pérez, 2011). Dando lugar al reconocimiento legal de 74 partidos políticos. Sin embargo, el interés político de estos partidos era cuestionado, es así como a partir de ese

momento su reputación ha ido en decadencia hasta el presente. Detrás del velo camuflaban sus intereses clientelistas y particulares, obnubilando la verdadera representación ciudadana. De acuerdo con Duarte (2003, p. 9), “el mal funcionamiento de las instituciones públicas es un aspecto que evidencia la ineficiencia estatal y hace del clientelismo no un mero problema administrativo, sino también político, cultural y comportamental”.

Antes del Acto Legislativo 01 de 2003 (Congreso de Colombia, 2003), que implementó la cifra repartidora de la fórmula *D'Hondt*, “fórmula electoral caracterizada por dividir a través de distintos divisores los totales de los votos obtenidos por los distintos partidos, produciéndose secuencias de cocientes decrecientes para cada partido y asignándose los escaños a los promedios más altos” (Hitos y López, 2017, p. 9), Colombia funcionaba con la fórmula *Hare*, basada en listas cerradas y bloqueadas, aplicada a la repartición y asignación de curules a las dos cámaras del Congreso de la República. Esta práctica electoral generaba una mayor participación política de las minorías. Esta fórmula salió de las ramificaciones de la fórmula *D'Hondt* y “puede considerarse el más exacto matemáticamente, al ser más proporcional, por lo que favorece a los partidos pequeños” (Hitos y López, 2017, p. 9). A pesar de este gran avance, los líderes y miembros de los pequeños partidos se adherían a las listas ganadoras de grandes partidos, solo con el fin de asegurar un cambio burocrático, y con ello una desproporcionada representación en el Congreso, dando origen a un gran nivel de votos sin escaños. Esta situación permite la formulación de la siguiente pregunta de investigación: ¿Sería

conveniente modificar el sistema electoral colombiano haciéndolo mixto? En el caso de que la respuesta a la pregunta anterior fuera afirmativa, cabría preguntarse: ¿Cómo se haría esta modificación electoral?

Mediante esta investigación, por lo tanto, se busca cumplir con los siguientes objetivos: proponer la implementación de un sistema de carácter mixto con tendencia mayoritaria de representación en Colombia y un cambio en la forma de determinar las circunscripciones electorales. Esto sería un gran avance, y una propuesta innovadora ante las polémicas surgidas por la adopción de fórmulas electorales que, si bien en su esencia son proporcionales y/o matemáticamente justas, no dejan de generar un sesgo desfavorable o negativo, que beneficia a los grandes partidos y, consecuentemente, al bipartidismo tradicional. Por ende, al aplicar un sistema mixto con tendencia mayoritaria, se recopilaría las características positivas de la amplia gobernabilidad y sencillez del mayoritario, y un buen método de reparto del proporcional. La hipótesis de la presente investigación consiste en plantear la transformación del sistema electoral actual del Congreso Colombiano hacia un sistema electoral mixto que sería de gran utilidad para mejorar la gobernanza del Estado.

METODOLOGÍA

Esta investigación responde al método analítico sintético por medio del cual se busca separar los elementos que intervienen en la implementación de los sistemas mayoritario y de representación proporcional, para después reunir aquellos elementos que

tienen relación lógica entre sí y analizar el impacto que tendría en la realidad política colombiana. Todo lo anterior se lleva a cabo basándose en los análisis de libros, ensayos, tesis, artículos periodísticos y científicos, de revistas no virtuales y revistas electrónicas. Además, de la revisión conceptual de doctrinas jurisprudencias y legislaciones tanto extranjeras como colombianas. En este orden de ideas, el método empleado en esta investigación, permite ir de las causas a los efectos, y de los principios a las conclusiones.

SISTEMA ELECTORAL MAYORITARIO

Según Nohlen (1998, p. 12) un sistema electoral, “es una estructura compleja compuesta por diferentes elementos basados en técnicas que pueden relacionarse en cuatro elementos: distribución de las circunscripciones electorales, forma de candidatura, votación y la conversión de votos en escaños”, a esto último se le denomina fórmula electoral. Cada uno de estos factores ejerce efectos diversos en cada tipo de sistema electoral y consecuentemente, produce un resultado electoral diferente. De esta manera, los sistemas electorales determinan la forma de organización y formación de partidos, sus candidatos y la estrategia electoral. Nohlen (1998) también afirma que la elección de un sistema electoral en concreto para cada país, no es producto de un juego de azar sino responde a un resultado a partir de estudios rigurosos, y dependiendo de la complejidad de la estructura social de cada país es como se determina el sistema que sea más propicio y conveniente, según los resultados obtenidos mediante ese análisis. (Nohlen, 1998). A partir de lo anterior expuesto, se podría argumentar que al implementar un mismo modelo para

todos los países sería una contingencia política, pues este podría producir resultados ya positivos o ya negativos, dependiendo de la característica social donde rija dicho sistema. De manera que, para adecuar un sistema a un país, se deben tener en cuenta factores claves como precedentes históricos y sociales, las características de la sociedad, la desigualdad social, religiones, etnias, razas, diversidad de cultura, entre otros. Los sistemas electorales que la mayoría de los países en el mundo han optado por implementar, son los siguientes: el sistema mayoritario y el sistema proporcional, por supuesto, con sus diferentes variaciones y mezclas.

El sistema electoral mayoritario se caracteriza por ser uno de los más sencillos entre los diferentes sistemas electorales que utilizan algunos Estados (Martínez, 2006) como el Reino Unido, Estados Unidos de América, Canadá. (Díaz, 2014). Pues se elige un solo candidato en cada circunscripción electoral, de ahí es reconocido como ‘uninominal’. En este sistema solo se elige al que obtenga la mayoría de los votos y, por regla general, sólo es procedente una vuelta, en ese sistema electoral no tiene cabida las segundas vueltas. Por supuesto, existen excepciones a esta regla, como es el caso de Francia donde las ‘segundas vueltas’ o ‘Ballotage’ es permitido (Román, 2009), por lo que el resto de los votos pertenecientes a los demás candidatos no obtiene representación. Este sistema aviva la existencia del denominado ‘voto útil’, donde se supone la victoria del candidato que estadísticamente tiene más posibilidades, independientemente si es la primera preferencia del elector o no. Uno de los máximos exponentes de este sistema lo representan los Estados Unidos de

América, en este país el mecanismo habitual de funcionamiento para la elección de legisladores federales:

Es el sistema de distritos “de un solo miembro”, en el cual el candidato que recibe la pluralidad del voto (es decir, el mayor número de votos en el distrito de votación) gana la elección. Si bien algunos estados exigen una mayoría de votos para ganar la elección, casi todos los aspirantes a cargos públicos pueden ser elegidos con una simple pluralidad. (OPII, 2016, pp 18-19).

De allí que en el sistema electoral norteamericano “aquél que controle el diseño de los distritos electorales tiene un gran poder sobre el Congreso” (La Vanguardia, 2017, párr.1). Por eso presenta una estrategia electoral denominada el “Gerrymandering” que es:

el término despectivo con el que se conoce al proceso de delimitación (o manipulación) de los distritos electorales de cada Estado en función de los cambios democráticos registrados durante la última década para favorecer la victoria de un legislador de un partido determinado. (La Vanguardia, 2017, p.1).

Otro país que acoge este sistema electoral es el Reino Unido, aplicando “el sistema de mayoría relativa en circunscripciones uninominales, también se aplica en el mundo de influencia político-cultural anglosajona. Por ejemplo, en varios países africanos, India y Pakistán. Su efecto desproporcional favorece por lo general al partido más votado” (Nohlen, 2004, p.22). Otra característica de este sistema es que favorece el bipartidismo,

es decir, la alternancia entre dos partidos, en cambios cíclicos entre ambos. Además, el ganador es considerado vencedor por la particular victoria de mayoría absoluta, esto para el sistema político significa estabilidad. Como ocurre en el caso puntual del Reino Unido, donde el Primer Ministro disfruta del apoyo de la mayoría y su gobierno es solitario (Loewenstein, 1959). En elecciones al parlamento, según el modelo estructural legislativo de cada Estado, este sistema genera una mayor gobernabilidad al momento de tomar decisiones y aprobar leyes; pero excluye a los candidatos de pequeños partidos y minorías que los ciudadanos y minorías específicas votaron, pero no lograron obtener algún escaño. El sistema mayoritario bipartidista no es un reflejo fiel del deseo social, los votos por los candidatos que no fueron electos quedan en el limbo, serían votos ‘sin representar’. Por lo tanto, el sistema electoral mayoritario, se puede clasificar en los siguientes tipos:

En primer lugar, tenemos al Sistema de Mayoría Relativa, donde el Estado es dividido en la misma cantidad de circunscripciones que se elegirán. Como observa Molina:

Los partidos postulan candidatos individuales para cada circunscripción, el candidato más votado es aquel que obtiene la circunscripción. En esta especie de sistema mayoritario no es necesario contar con la mayoría absoluta, pues basta con tener más votos que los contendientes (2000, p.7).

Duverger (1957) por su parte, señala que estos sistemas generan la tendencia a la concentración de los votos en los partidos que tienen alguna posibilidad de ganar el escaño. Si estos son los mismos a nivel nacional o en

la mayor parte del territorio, el sistema de partidos tiende al bipartidismo. Además, el mismo autor añade que “un sistema electoral de mayoría relativa nos produce un sistema bipartidista, mientras que un sistema de representación proporcional nos produce uno multipartidista” (Duverger, 1957, p. 272). En las elecciones parlamentarias, se evidencia que con este sistema la gobernabilidad es mayor y unánime, especialmente en lo que concierne a la toma de decisiones; no obstante, la representatividad es reducida ya que ciertos sectores significativos quedan sub- presentados o fuera del parlamento.

En el caso de los sistemas presidenciales, Shugart y Carey (1992) argumentan que:

Igualmente favorece parlamentos de mayoría unipartidista, pero esta no es necesariamente de la misma tendencia que el presidente, lo que podría producir tensiones en cuanto a la gobernabilidad. Si las elecciones presidenciales son simultáneas totalmente con las parlamentarias sería de esperar que la mayoría parlamentaria coincida con el partido del presidente. (p. 6)

El segundo tipo de Sistema Mayoritario es el de Sistema de Mayoría Absoluta, conocido como *ballotage* o también denominado ‘Segunda vuelta electoral’:

Es un método para producir mayorías absolutas en elecciones uninominales, ya sean de presidente o de diputados en distritos uninominales, cuando el requisito para ganar el cargo es la mayoría absoluta y ningún candidato la alcanza en primera vuelta. Entonces, en la segunda vuelta, se restringe el número de candidatos a dos, a las más altas

mayorías de la primera vuelta. (Nohlen, D., 1998, p. 80)

En este sistema se utilizan circunscripciones de carácter uninominal. La condición de ganar el escaño en primera vuelta es obtener la mayoría absoluta de los votos válidos en cada circunscripción. En el caso de no obtener el anterior resultado, se va a una segunda vuelta donde queda a disposición del procedimiento o técnicas del sistema electoral que cada Estado utilice, donde se decidirá si sólo accederán a un escaño quienes superen un determinado porcentaje de votos, a los dos más votados u otras alternativas, que puedan establecer las instituciones que regulan el ejercicio electoral. Según Molina:

Este sistema es menos propicio al bipartidismo que el anterior, y dado que la negociación tiende a ser una necesidad para la segunda vuelta, el sistema favorece la integración de pactos en bloques de partidos que dependiendo del contexto político pueden resultar estables, como en el caso de Francia. (2000, p. 8).

El Sistema Mayoritario de Fórmula Combinada o Segmentados es el tercero de la lista. En este sistema se elige una parte de los escaños a repartir mediante una fórmula proporcional, y la restante mediante una fórmula mayoritaria. Dichas fórmulas son independientes entre sí, es decir, los escaños que se obtienen en la de circunscripción mayoritaria no se consideran para la distribución en la fórmula proporcional. De ahí deriva el carácter de 'segmentado', aunque sea la misma elección, en determinados cargos se asignan en circunscripción, mientras que

otros se distribuyen de manera proporcional. Molina (2000, p. 9), plantea que:

Dicho sistema se emplea en dos países de América Latina, el primero es México, donde los cargos son distribuidos en 40% de manera proporcional y el 60% en circunscripciones uninominales con mayoría relativa. El otro país es Ecuador, donde recientemente en sus elecciones de 1998 aplicó este sistema, de manera que obtuvo el 83% de los cargos mediante mayoría relativa en circunscripciones plurinominales y el 17% restantes elegidas de manera proporcional en circunscripción nacional.

Aunque la influencia del contexto político es muy importante, especialmente el número de partidos relevantes y la distribución regional de los votos, estos sistemas tienden hacia resultados mayoritarios. Particularmente cuando una fuerza política obtiene la primera votación en forma homogénea en el territorio del país. En estos países, esa fuerza tiende a asegurarse el dominio del parlamento, aunque su votación sea muy inferior a la mayoría absoluta.

La sub-representación de las minorías y la posibilidad de ingreso de fuerzas emergentes dependen, en gran medida, del promedio de escaños en las circunscripciones proporcionales. A mayor número de escaños promedio menor será la sub-representación de las minorías, y mayor la posibilidad de que todas las fuerzas significativas obtengan representación. (Molina, 2000, p. 9).

SISTEMA ELECTORAL PROPORCIONAL

El sistema electoral proporcional es un método de asignación de escaños que se obtiene a través de una cifra proporcional de reparto. En muchos países se implementa el umbral, que es el límite de los partidos que superan un porcentaje determinado sobre el cien por ciento de las votaciones válidas (este porcentaje varía según la determinación de cada Estado), y luego a los que obtengan mayor de votación sobre ese porcentaje, se les distribuirá la cantidad total de los escaños (Martínez, 2006). Como se puede apreciar el sistema *D'Hondt* se caracteriza por dividir los totales de los votos obtenidos por los partidos a través de distintos divisores. Lo que produce una secuencia de cocientes decrecientes para cada partido. Dependiendo de si se encuentra sobre o bajo el límite del umbral electoral, se verá infra o sobre representado. Es decir, el porcentaje de votos tendrá una desviación favorable o desfavorable a la hora de alcanzar el mínimo para obtener un escaño. Los demás votos que no superaron el límite del porcentaje del umbral determinado, automáticamente obtienen cero escaños y se determinan como infra-representados.

Un país que ha acogido este sistema proporcional es Bélgica, donde el voto es obligatorio y el porcentaje de votos obtenidos es aproximadamente proporcional al de los escaños obtenidos. En Bélgica este método se combina con un sistema de distrito. Uno o más representantes son elegidos por el distrito electoral y se necesita un 5% del umbral electoral para ser elegido. Este sistema sobre-representa a partidos grandes, estos partidos no necesitan hacer coaliciones, pues son los más fuertes de entre todos, así que al momento

de aprobar una ley es más fácil determinar de qué fuerza política provino. Otro exponente del sistema proporcional es *Sainte-Laguë*, cuyo método es parecido al de *D'Hondt*, la diferencia radica en que los divisores son impares, lo cual genera otro cociente y que *Sainte-Laguë* premia a los partidos más pequeños y a las minorías, donde en el sistema mayoritario se premiaban a los más fuertes, fomentando de esta manera la no concentración de partidos. Aunque *Sainte-Laguë*, sea similar al método *D'Hondt*, favorece a las segundas fuerzas políticas más votadas, todas menos la primera. En este sentido es contraria la asignación de desviación estadística de los votos que no obtuvieron representación. En palabras más sencillas, los votos sobrantes pertenecientes a partidos o fuerzas políticas que no pudieron sobrepasar la barrera del umbral electoral, y que, por lo tanto, no lograron siquiera completar un escaño, se les asigna a los segundos con más votación, y que necesitan cierto porcentaje para completar aquel escaño que con sus propios votos no fue posible obtener, esto debe hacerse de manera descendente.

Los sistemas proporcionales se pueden clasificar en tres tipos: lista cerrada y bloqueada, lista no bloqueada y lista abierta, lo que influye en el cambio es el tipo de lista que posea el sistema. En la primera lista el elector debe votar por la totalidad de la lista, está imposibilitado de votar por algún candidato en específico de esa lista, otras listas u otros candidatos de varias listas. En este caso se priva al elector de votar por un candidato de su preferencia, su votación contiene un conjunto de candidatos. Este sistema, aunque favorece la gobernabilidad, contiene una desventaja, y es que genera

inconformidad al restringir la libertad de seleccionar al candidato de su simpatía. La lista no bloqueada, permite al elector elegir varios candidatos dentro de una lista, así los cargos serán distribuidos entre quienes hayan obtenidos más votos en ella de manera descendente. El beneficio que genera esta modalidad es que permite la responsabilidad individualizada de quienes ostentan el cargo, y permite premiar o castigarlos por sus actos u omisiones. Un ejemplo puntual sería volver a votar o no, por ellos en la próxima candidatura (Molina 2000). Como último tipo de lista encontramos la lista abierta, donde los electores son libres de seleccionar el candidato de su preferencia entre varias listas, sin restricción alguna.

SISTEMA ELECTORAL MIXTO CON TENDENCIA MAYORITARIA

Junto a los anteriores sistemas electorales puros, algunas democracias antiguas han creado arreglos constitucionales que se separan en aspectos importantes de estos tipos: “Lo hicieron en un esfuerzo por minimizar las consecuencias no deseadas de los tipos puros a la vez que intentaban mantener sus ventajas” (Dahl, 1999, p. 160). Es así como surgen los sistemas electorales mixtos, también denominados de trinchera. Estos tipos de sistemas son reconocidos por combinar los atributos positivos del sistema plural o mayoritario, con los del sistema de representación proporcional, coexistiendo así dos sistemas electorales que utilizan dos fórmulas diferentes. En sus estudios sobre este tipo de sistemas, Shugart y Watterberg (2001) los definen como “un subconjunto de los sistemas electorales de multinivel” (p. 10). Los sistemas electorales de multinivel se definen

como aquellos donde los escaños se eligen en dos o más niveles empleando la misma fórmula electoral en todos ellos (Shugart y Watterberg, 2001). Según estos tratadistas, la característica principal de un sistema mixto es que:

Los escaños se distribuyen en un tramo de forma uninominal y en otro tramo usando lista de partidos. Bajo esta definición, el tramo nominal se integra de distritos uninominales que usan una fórmula plural o mayoritaria y el tramo de lista se compone de distritos plurinominales donde se emplea alguna de las fórmulas proporcionales que existen (Shugart y Watterberg, 2001, pp. 10-13).

Frente a este planteamiento, Massicotte y Blais optaron por una definición menos compleja basada en la mecánica propia de estas formas electorales. “Se considera un sistema electoral como mixto si al menos dos fórmulas electorales diferentes se emplean en el proceso de reparto de escaños en el parlamento” (Massicotte y Blais 1999, pp. 341-366). A estos sistemas electorales también se les ha nombrado sistemas bifurcados o segmentados. Quienes realizan tal precisión establecen que “en esta materia se pueden apreciar tres grandes tendencias: Sistemas Mixtos con Dominante Mayoritario, Sistemas Mixtos de Representación Proporcional Personalizada y Sistemas Mixtos Equilibrados” (Patiño, 1996, p. 188). Hasta el momento, la doctrina electoral no ha llegado a un consenso para establecer el término ideal para esta tipología.

Uno de los sistemas electorales modélicos del mundo es el sistema de Representación

Proporcional Personalizada (RPP) alemán, adoptado por el consejo parlamentario en 1949 como resultado de negociaciones interpartidistas entre las fuerzas democráticas de Alemania Occidental. Este se caracteriza por la forma en que combina un voto personal en distritos uninominales (mayoría relativa) con el principio de representación proporcional, que determina la composición del Parlamento. Según el art. 1 de la Ley Federal Electoral de este país, para la elección de los miembros de la cámara baja cada uno de los ciudadanos tiene en una misma papeleta la posibilidad de emitir dos votos, en la parte izquierda, se elige de manera directa a uno de los candidatos a los 299 distritos en que se divide el país, con el cual se elige la mitad del parlamento. En la parte derecha, se elige de manera proporcional a un partido político por medio de listas cerradas. Este segundo voto es el decisivo, porque determinará la fuerza de los diferentes partidos dentro del Bundestag. Es así como los candidatos de las listas cerradas ocuparán la otra mitad del parlamento si alcanzaron al menos un cinco por ciento del segundo voto o tres mandatos directos por el primer voto. (Mellinghoff, 2013).

Actualmente en Colombia se maneja un sistema electoral proporcional para el Congreso establecido así en el decreto 2241 de 1986 (Presidencia de la República de Colombia, 1986). Una de las principales desventajas en la implementación de este sistema para un país como Colombia radica en que el Congreso, hoy por hoy, no ejerce un contrapeso suficiente frente al poder presidencial, ya que evita la existencia de una mayoría sólida de manera que “la gobernabilidad dependerá de la capacidad

y voluntad de las fuerzas políticas para el consenso” (Mainwaring y Shugart, 1997, pp. 394-440), y por lo tanto evita que este cuerpo colegiado actúe como una sola voz. Este tipo de sistema, además trae consigo la falta de representatividad debido al gran tamaño de las circunscripciones para la cámara de representantes y para el senado (Sudarsky, 2012). En virtud de esto, la participación ciudadana se ve limitada al voto y no trasciende hacia el control ciudadano sobre la gestión del elegido, ni a una rendición de cuentas por parte de los legisladores, ya que los candidatos terminan convertidos en un número y un logo dentro de una compleja tarjeta electoral, mientras que las intenciones y propuestas de los candidatos pasan a un segundo plano. Es así como los candidatos deben buscar votos en amplias zonas del país, lo que se traduce en clientelismo, costos elevados de las campañas, poca claridad de la procedencia de los recursos (Estrada y Cerón, 2017), y por lo tanto se desvanece la representación. Por último, el sistema electoral vigente es innecesariamente complejo para el votante, y de fácil control o manejo para las autoridades. El ciudadano se enfrenta a una tarjeta electoral con múltiples alternativas excluyentes entre sí. Es así como un creciente número de electores marca simultáneamente la circunscripción nacional y especial, lo que en muchas oportunidades genera la anulación del voto (Basset y Martínez 2014).

En consecuencia, la propuesta sería la de implementar en Colombia un sistema electoral mixto con tendencia mayoritaria, que combine tanto los atributos positivos del sistema proporcional como los del sistema mayoritario, como ya ha sido implementado en varios países como Alemania, Ecuador, Italia,

Lituania, México, Polonia, Rusia y Ucrania. La novedad que traería este nuevo sistema para Colombia sería la introducción de curules por medio de circunscripciones más pequeñas, llamadas Distritos Electorales uninominales, de ahora en adelante DUN. Esto en combinación con otras curules elegidas por un sistema de representación proporcional similar al vigente, pero en un menor porcentaje. Lo que permitirá proteger a las minorías políticas, es decir, aquellos partidos o movimientos políticos que no alcancen a conseguir los votos suficientes para ganar directamente en los DUN, podrán sumar los votos obtenidos en un nivel territorial más amplio (región o nación, según sea el caso), y con estos lograr un número de curules proporcional al total de votos obtenidos por todo el partido o movimiento en las regiones. Aunque estos votos no elijan en los distritos uninominales de manera directa, es importante que estos votos también sean tenidos en cuenta, pues juegan un papel fundamental al acumularse entre sí, en cada partido, para lograr la elección de aquellos parlamentarios que no obtuvieron curules inmediatamente, pero que pueden seguir participando a través del segundo tramo electoral diseñado para ellos, como sería el de representación proporcional.

En los DUN se elige un único ganador por mayoría simple, sin embargo, lo anterior no quiere decir que los votos de aquellos candidatos que no son optados en los DUN se pierdan. Por el contrario, estos votos serán depositados en nombre del partido y deben agregarse a la votación total de tales partidos, resultando un número total de votos, ya sea por región para la Cámara de Representantes, o nacional para el Senado. Y de las listas cerradas y ordenadas que presenta

cada partido, se eligen aquellos candidatos que no fueron favorecidos directamente en los DUN. Posteriormente, las curules se adjudican proporcionalmente utilizando la cifra repartidora, esto permite que al final exista una proporción entre los votos y las curules obtenidas por cada partido. Ahora bien, si únicamente se distribuyeran las curules en virtud de los distritos uninominales, el sistema recaería en una desventaja, como sería la tendencia tradicional al bipartidismo. Por lo anterior, es imperativo buscar otras herramientas para proteger a las minorías políticas y garantizar su posibilidad de expresión y decisión dentro del Congreso. Lo cual forma parte del espíritu de la constituyente del 1991, por lo que, tanto para el senado como para la cámara de representantes la proporcionalidad será igual, es decir, el 60% de los escaños se repartirán entre el DUN, y el 40% restante entre la circunscripción proporcional.

Para la composición de la cámara de representantes del Distrito Capital y los Departamentos se dividirán, de acuerdo con su población, en distritos electorales uninominales de aproximadamente 376.000 habitantes, según el censo de 2018. Estos espacios territoriales se conformarán respetando criterios históricos, geográficos y tratando de preservar la integridad de las entidades municipales, sub-municipales, locales o comunales, con continuidad territorial dentro de cada uno de los Departamentos y el Distrito Capital. En cada DUN será escogido un representante a la cámara, el cual será electo por mayoría absoluta, los ciudadanos votarán en los tarjetones dispuestos para su respectivo distrito, en ellos estará la imagen y el logo

de cada candidato que representa a su respectivo partido y movimiento político con personería jurídica vigente o movimiento significativo de ciudadanos que cumplan con los requisitos establecidos por la ley. Así se compondrá el 60% de la cámara de representantes, mientras que el 40% restante será por tramo proporcional, en el cual cada partido presentará una lista cerrada que estará integrada por aquellos candidatos que no fueron elegidos directamente en los DUN. Se sumarán los votos que cada partido obtuvo, y se le restarán los votos que, efectivamente, eligieron ganadores en los DUN, los miembros de estas listas se seleccionarán por medio de la cifra repartidora.

El senado se compondría de 40% de sus miembros electos por tramo proporcional a nivel nacional, y el 60% restante por distritos uninominales, al igual que para la cámara, excluyendo también las circunscripciones especiales que se mantendrían como en el sistema electoral vigente. La cantidad de habitantes por DUN sería la población proyectada dividida entre 60, que son las curules que se deben proveer de manera directa, lo que aproximadamente sería 600.500 habitantes, manejando un censo de 36,421.026, según lo consultado en la Registraduría nacional del estado civil (2018). Cifra que equivaldría alrededor de dos DUN para la cámara. Ahora bien, en el tramo proporcional los votos que no elijan directamente a un senador en los distritos uninominales, se llevarán a una circunscripción nacional, usando la cifra repartidora. Se adjudicarán los curules restantes por medio de las listas cerradas y ordenadas que cada partido inscribió previamente, las cuales estarán integradas por

aquellos candidatos que no fueron elegidos directamente en los DUN.

La propuesta planteada, en su conjunto, involucra profundos cambios en el sistema político colombiano, cuyo funcionamiento se encuentra vulnerable frente a los posibles fraudes y a los diversos actos de corrupción para beneficiar a determinados candidatos, debido a la falta de independencia de los partidos políticos y el gobierno. En esta situación planteada hay que tomar en cuenta los vacíos normativos de la legislación colombiana, pues las normas que rigen los procesos electorales están desactualizadas (Revelo y García, 2017). Además de las debilidades técnicas de las autoridades electorales colombianas se suma los altos índices de desconfianza en el funcionamiento democrático de las instituciones electorales (Jaramillo, 2008), de manera que los políticos, los partidos y el conglomerado social, deberán asumir los retos de una democracia abierta, participativa, totalmente incluyente y en paz.

Como se ha destacado en esta investigación, son muchas las ventajas que proporciona la implementación de un sistema electoral de carácter mixto. Aquí se sintetizan las principales bondades de esta propuesta de cambio en el sistema electoral colombiano:

- “Focaliza la responsabilidad del elegido a una jurisdicción más específica” (Sudarsky, 2012, p. 8), puesto que hoy en día la relación entre ciudadanos y representantes es distante, ya que el ciudadano no sabe quién lo representa y el representante tampoco sabe a quién rendir cuentas. Todo esto hace que muchas veces el legislativo pierda efectividad para impulsar reformas de

interés colectivo y, por consiguiente, impacten de fondo en los problemas que realmente aquejan a la comunidad.

- El nuevo sistema permite reducir y controlar los gastos de las campañas. Se haría una sola campaña por partido político en cada distrito uninominal determinado. Al reducirse la extensión territorial, no se podría justificar rublos tan elevados utilizados por los candidatos políticos.
- Es un sistema más simple. Los tarjetones serían mucho más comprensibles para el elector ya que consistirían únicamente de la foto y logo de los candidatos políticos de ese distrito uninominal. Así, se eliminarían las consecuencias negativas del sistema actual como la apatía y desconfianza por parte de los ciudadanos en la institución, o que se anulen tantos votos por la complejidad del sistema.
- Este sistema permite que las minorías políticas tengan una mayor representación, al adicionar en este nivel los votos dispersos obtenidos por los partidos políticos minoritarios en los diferentes distritos, y que no logran posicionar a un congresista. Su posibilidad de elegir a alguien de la lista proporcional aumenta de manera considerable.
- Aunque la implementación de un sistema electoral mixto proporciona una gran variedad de beneficios es necesario precisar algunos puntos por los cuales, a veces, se considera menos preferible a otros sistemas electorales.
- Al convertir votos en escaños directamente en un tramo proporcional,

el sistema electoral mixto puede provocar lo que se denomina anomalías de una “votación estratégica”, como se evidencia en el caso de Nueva Zelanda. Esta anomalía, aunque poco frecuente, puede dar lugar a un accionar en el electorado que favorezca a un partido en específico.

- Es probable que mediante este tipo de elección se puedan crear dos clases de representantes: uno responsable y comprometido ante el electorado de una determinada demarcación; y en su lado opuesto, otro “representante” sin nexos geográficos específicos, comprometido únicamente con los intereses de su partido político.

CONCLUSIONES

El motivo central de esta investigación surge de la necesidad de implementar profundos cambios en el sistema electoral colombiano. El Código electoral data de 1986 (Presidencia de la República de Colombia, 1986) es decir, anterior a la Constitución Política vigente de 1991 (Presidencia de la República de Colombia, 1991), desde entonces hasta la fecha actual, sólo el acto legislativo 01 de 2003 (Congreso de Colombia, 2003), logró reorganizar algunos aspectos relacionados con el régimen de los partidos, su financiación y nada más. Los efectos de la reforma resultan casi indiscutibles, pero que llevan a la necesidad de contemplar una transformación electoral de mayor alcance y calado, que implique cambios sustanciales en la forma de representación política en un país que ha cambiado su composición demográfica durante las últimas décadas. Asimismo,

quedan sin regulación normativa los temas relacionados con la crisis de representación, costos elevados de las campañas, clientelismo, falta de independencia de los partidos políticos y debilidades técnicas de las autoridades electorales. Razones por las cuales se hace cada vez más complejo determinar el rumbo político del país.

Ante la exclusión del sistema electoral actual, la crisis de representación y el poco alcance social que ésta tiene, surge la propuesta de proponer la implementación en Colombia de un sistema electoral mixto, con tendencia mayoritaria para el Congreso de la República. Los sistemas electorales mixtos son relativamente recientes y quizá su éxito se deba, en gran parte, a la promesa que traen consigo de obtener lo mejor de los dos sistemas puros. En efecto, su principal atractivo consiste en combinar principios de representación mayoritarios y proporcionales, asegurando así, simultáneamente, la personalización de las candidaturas y la incorporación de las minorías en el juego político.

Si el sistema llamado mayoritario fue el típico sistema electoral aplicado en el siglo XIX, mientras que en el siglo XX lo va a ser el sistema proporcional, sin duda, el sistema mixto será el de la reforma electoral necesaria para fortalecer la democracia del siglo XXI en Colombia

De allí que implementar un nuevo sistema electoral de modelo mixto, permite focalizar la responsabilidad de los representantes al otorgar a los habitantes de un territorio la capacidad de identificar y controlar a sus mandatarios, llamarlos a cuentas y cambiar la ecuación de poder en Colombia. De igual forma, la transición hacia una tarjeta

electoral mucho más simple, permitiría que cada candidato pueda ser identificado, y así los congresistas no terminen convertidos en un número y símbolo dentro de un confuso traje, como sucede en la actualidad con el sistema electoral vigente. Para la ciudadanía las ventajas son múltiples, pero una de las principales es la creación de distritos electorales más pequeños, que faciliten la relación directa con sus gobernantes, y en el caso de los partidos tanto grandes como minoritarios, estaría en el beneficio directo de fortalecimiento de sus organizaciones en términos territoriales.

Es así como esta propuesta se concentra en generar una racionalidad colectiva y en tornar el sistema electoral actual más participativo, generando mecanismos de relación entre los electores y sus representantes, al incentivar la rendición de cuentas de estos últimos, pues en un Estado social de Derecho, participativo y pluralista por méritos constitucionales como Colombia, la participación se pone en riesgo cuando el constituyente primario pierde la capacidad de control sobre sus mandatarios. Lo que ocasiona que los cuerpos colegiados, tales como el Congreso, no tenga el compromiso, ni individual ni como partido, de rendir cuentas sobre su gestión.

REFERENCIAS

- Basset, Y., y Martínez, M. (2014). Balance electoral de Colombia 2011. Recuperado de <https://tinyurl.com/yf8o8qyq>
- Congreso de Colombia. Acto legislativo 01 de 2003 (03 Julio), Por el cual se adopta una Reforma Política Constitucional y se dictan otras disposiciones. Recuperado de <http://>

- www.suin-juricol.gov.co/viewDocument.asp?id=1825380
- Dahl, R. (1999). La democracia: una guía para los ciudadanos. Recuperado de <http://esystems.mx/BPC/llyfrgell/0200.pdf>
- Díaz, K. (2014). Los Sistemas Electorales en el Mundo. Observatorio político electoral (OBPE), Universidad Diego Portales. Santiago, Chile. P. 7. Disponible en: <https://tinyurl.com/yzp5cyd2>
- Duarte, J. (2003). Educación Pública y Clientelismo en Colombia, Universidad de Antioquia.
- Duverger, M. (1957). Los Partidos Políticos. México: Fondo de Cultura Económica.
- Estrada, A. y Cerón, W. (2017). Democracia y clientelismo en Colombia. *Revista Espacios*, Vol. 38, N° 47, pp. 19 -32.
- Hitos, J. y López, M. (2017). Una propuesta de formula electoral matemáticamente justa. *Revista de investigación: Pensamiento Matemático*, Vol. 6, N° 2, pp. 07-18.
- Jaramillo, J. F. (2008). “La reforma de la organización electoral colombiana”. En Diego Tarapués, Giovanni Sánchez (coords.). *Sistema electoral colombiano. Actualidad y perspectivas*. Cali: Universidad Santiago de Cali, pp. 75-110.
- La Vanguardia, (2017). “Gerrymandering: la manipulación legal de las elecciones que puede tener los días contados”. Disponible en: <https://tinyurl.com/yzhn3ud4>
- Loewenstein, K. (1959). *La Investidura del Primer Ministro Británico*. Lugar, editorial.
- Mainwaring, Scott y Shugart (1997) Conclusion: Presidentialism and the Party System. En *Presidentialism and Democracy in Latin America*, eds. S. Mainwaring y M. Shugart, pp. 394-439. Cambridge: Cambridge University Press.
- Martínez, M. (2006). Los sistemas electorales desde una perspectiva comparada. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, Vol. 18, pp. 20-38. México. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222922002.pdf>
- Massicotte, L. y Blais, A. (1999). Mixed electoral systems: A conceptual and empirical survey. *Electoral Studies* 18: 341-66.
- Molina, V. José. (2000). Los Sistemas Electorales de América Latina. *Cuadernos de CAPEL* 46. Disponible en: <http://corteidh.or.cr/tablas/11102.pdf>
- Nohlen, D. (1998). *Sistemas electorales y sistemas de partidos*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Nohlen, D. (2004). *Sistemas electorales y reforma electoral*. México. *Revista Quid Juris*. UNAM.
- Oficina de Programación de la Información Internacional (2006). EE. UU: elecciones, en síntesis. Departamento de Estado de Estados Unidos, biblioteca del Congreso. Disponible en línea: <https://tinyurl.com/yh7saxom>
- Patiño, J. (1996). *Derecho Electoral Mexicano*. Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, México, 3° edición, p. 188.
- Pérez, N. (2011). El sistema de partidos colombianos hoy. *Partidos y representación en el Congreso después de la reforma de 2003*. *Opera*, (11), pp. 71-82. Recuperado de: <https://tinyurl.com/yj7vpxj7>
- Presidencia de la República de Colombia. (4 de julio de 1991). *Constitución Política de Colombia*. Recuperado de: <https://tinyurl.com/yxsva848>
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto 2241 del 15 de julio de 1986, por el cual se adopta el Código Electoral. Recuperado de <https://tinyurl.com/yejxuw2b>

- Registraduría Nacional del Estado Civil (2018). Censo electoral. Disponible en: <https://tinyurl.com/y8yqd6hs>
- Revelo, J., y García, M. (2018). La construcción del Estado local en Colombia. Dossier: tierras y Estado en Colombia en: *Análisis Político*. N° 92. pp. 69-95. Recuperado de <https://revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/article/view/71098/65242>
- Román, J. (2009). Segunda ronda electoral. *Revista de Derecho Electoral*, Vol. N ° 8.
- Sartori, G. (1996). *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*. Editorial: Fundación de Cultura Económica. 4ª ed.
- Shugart, M. y Watterberg, P. (2001) 'Extreme' Electoral Systems and the appeal of of the Mixed-Member Alternative, en: *Mixed-Member Electoral Systems. The Best of the Two Worlds*, Oxford University Press.
- Shugart, M. y Carey, J. (1992). Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics. Recuperado de <https://tinyurl.com/yz3n2sq8>
- Sudarsky, J. (2012). Un sistema mixto para elegir al Congreso colombiano: Una propuesta para mejorar la relación entre representantes y ciudadanos. Disponible: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/kolumbien/09092.pdf>

CAPÍTULO 4

APROXIMACIÓN A LA REVOCATORIA DE MANDATO DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EN COLOMBIA

Giselle Paternostro Mozo

Mirian Isabel Paz Rojas



APROXIMACIÓN A LA REVOCATORIA DE MANDATO DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EN COLOMBIA

Giselle Paternostro Mozo¹, Mirian Isabel Paz Rojas²

RESUMEN

Palabras clave

Revocatoria de mandato, presidente, democracia participativa y control.

La revocatoria de mandato es uno de los principales instrumentos jurídicos de la democracia participativa, que busca la mayor intervención de los ciudadanos en el ámbito del poder político, al ejercer control directo sobre quienes lo representan. Se hace necesario la interrogante de ¿Por qué en Colombia, donde la revocatoria ya se implementó desde 1991, solo existe en el espacio local / regional, y no se puede practicar a nivel nacional con el cese del mandato presidencial? Es de gran interés plantearse su inserción, sus posibles efectos directos e indirectos al ejecutar la remoción de un presidente. Así como las diferencias existentes de la revocatoria local y nacional, y si existirían o no condiciones especiales para su implementación y la viabilidad de realizarlo. En los últimos años, se ha despertado en el interés de los ciudadanos colombianos, el deseo de dar por terminados los pésimos mandatos de algunos gobernantes, pero chocan con la idea de su inaplicabilidad para los casos de activación del revocatorio. De ahí, la intención de reflexionar la inclusión de dicho mecanismo para la revocación de mandatos presidenciales.

-
1. Universidad Libre de Barranquilla.
 2. Universidad Libre de Barranquilla.

Keywords

Recall, president, participatory democracy, control.

ABSTRACT

Being the revocation of mandate one of the main legal instruments of participatory democracy, which seeks the greater intervention of citizens in the field of political power, exercising control over those who represent it, it is necessary to ask why in Colombia, where the revocation has been implemented since 1991, it only exists in the local space and cannot be practiced nationally with the end of the presidential mandate. It is of great interest to consider its insertion, its possible direct and indirect effects when executing the removal of a president, the existing differences of the local and national revocation, if there would be special conditions for its implementation and the viability of carrying it out. In recent years, Colombian citizens have wished to terminate the terrible mandates of the rulers, but they clash with the idea of their inapplicability for these cases. Hence, the intention to reflect on the inclusion of said mechanism for the revocation of presidential mandates.

INTRODUCCIÓN

En Colombia la democracia participativa está inmersa en el modelo constitucional de 1991 (Presidencia de la República de Colombia, 1991). Donde se enfatiza el estado social y democrático de derecho en el que toda manifestación de poder público tiene legitimación popular. Donde los ciudadanos eligen directamente a sus representantes (democracia representativa) para un período de gobierno y, a su vez, ejercen el control que les proporciona la democracia participativa. Es manifiesto que estos representantes poseen responsabilidades respecto al pueblo y que, a causa de su cuestionable desempeño o cumplimiento a medias, se origina y activa el inicio del proceso de la remoción del cargo público que ejercen (en el caso de Colombia esto ocurre sólo con el poder ejecutivo) cuyo nombre técnico se conoce como revocatoria de mandato.

Al hablar de revocatoria de mandato en Colombia es necesario hacer mención a la prohibición del mandato imperativo, que va de la mano con la idea de responsabilidad del representante. Puesto que el gobernante elegido no tiene únicamente compromiso de propuestas con los electores concretos, sino además con el conjunto nacional. Por lo que su actuación debe ser acorde al bien común. Es ahí donde entra a jugar un papel fundamental el pueblo, con su facultad para remover al mandatario del cargo, si el gobierno que se lleva a cabo no está implementando las medidas correspondientes en beneficio y satisfacción de las necesidades del pueblo. Con base a esto, surge la cuestión relevante siguiente: Si en el país se utiliza desde 1991 la remoción de mandatos para

los ámbitos locales y regionales del poder ejecutivo (Alcaldía y Gobernación) ¿Por qué no existe la revocatoria de mandato a nivel nacional? Esto constituiría un rango de mayor aplicación en la sociedad, y tal vez algunas condiciones que no se alejen demasiado de las que ya se manejan en los ámbitos locales. Quizás con su implantación, se fortalecería la democracia representativa al implementar un mayor control sobre los gobernantes, quienes cuidarían su actuar político, y seguramente las mejoras de las acciones de gobierno no se harían esperar. Además, incentivaría la misma democracia, al aumentar la participación de los ciudadanos y tomar una posición más activa respecto del desempeño de sus gobernantes, en lo que al mandato nacional respecta.

La revocatoria de mandato presidencial existe en países como Venezuela y Bolivia, pero en Colombia no. Lo cual es una paradoja, porque precisamente fue en el nuevo constitucionalismo colombiano que se influenció en las Constituciones e indirectamente en la introducción de las herramientas jurídicas de participación, como lo es la revocación de mandato, de los dos primeros países ya mencionados. Por su parte, la democracia participativa busca, por supuesto, mejorar siempre y cada vez más, la calidad democrática, complementándola con sus instrumentos jurídicos participativos, que se perfeccionan a través de los ciudadanos, quienes son los que activan dicha democracia al ejercer el control de los gobiernos. Con esta acción de contraloría del pueblo se busca democráticamente la excelencia y el bienestar general de la sociedad. Si la herramienta jurídica de la revocación de mandato no existiera aumentarían las probabilidades de

condenarse como colectivo al estancamiento, involución, y hasta desembocar en gobiernos personalistas y caudillistas. En tal sentido, políticos oligarcas y, en general, pésimos mandatos, podrían perpetuarse, sin que la ciudadanía logre intervenir de manera eficaz e inmediata. Por ello, se constituye dicha herramienta de revocación, no solo en uno de los instrumentos participativos de mayor relevancia democrática, sino que, por su natural ubicación en la Constitución Política de Colombia (artículo 40), también en un derecho que brinda y garantiza el poder participar y controlar el poder político de la nación.

La revocatoria de mandato con la que actualmente cuenta el país, es decir, la aplicable al ámbito local y regional; posee la figura del voto programático, con el cual los electores le imponen al gobernante ya anteriormente elegido, el cumplimiento del programa de gobierno o propuesta de campaña que haya presentado como candidato estipulado en la ley 131 de 1994 (Congreso de la República de Colombia, 1994). Dando cumplimiento a la soberanía que en ellos reside, según lo establecido en la Constitución, y que les concede la autoridad para exigir la rendición de cuentas de parte del gobernante, y en caso de omisiones, la remoción del cargo que ostentan. Si la revocatoria de mandato se aplicara a la presidencia de la república colombiana, tal vez se profundizaría aún más en la verdadera democracia participativa. No está de más resaltar el hecho de que en Colombia se habla de revocatoria de mandato, debido al sistema presidencialista que la gobierna. De no ser así, no cabría siquiera la idea de remover cargos en los territorios locales, y muchísimo menos

introducirla en el territorio nacional, debido a que no fue el pueblo el encargado de elegir directamente en elecciones al gobernante para ejercer el poder ejecutivo. Por lo tanto, tampoco es el autorizado para cesar su mandato.

Por todo lo anterior dicho, cabe preguntarse: ¿Será posible la implantación de la revocatoria de mandato presidencial en Colombia, teniendo en cuenta que ya existe su aplicación para el ámbito territorial local y regional? ¿Tendría ésta efectos positivos o, por el contrario, adversos para la democracia en Colombia? Es objetivo principal de esta investigación determinar la viabilidad que supondría insertar la revocatoria de mandato presidencial en el país. Son objetivos secundarios el conocer los posibles efectos directos e indirectos; tanto en sus aspectos positivos y negativos, que traería consigo la inserción de la revocatoria de mandato de la presidencia. El establecer las diferencias que constituye la revocatoria de mandato en territorio local/regional y la nacional. El determinar si existen condiciones especiales para entablar la remoción del cargo presidencial. Además, otro objetivo secundario, es el de comprobar la factibilidad que comprendería la aplicación de la revocatoria presidencial en Colombia. La hipótesis de esta investigación es que el nivel de la calidad democrática en Colombia sería mayor si se fortalecieran los instrumentos de la democracia participativa, al llevar a la práctica la revocatoria de mandato presidencial. Sería el pueblo el legítimo sujeto para lograr que el presidente de la república pueda continuar o no, en el ejercicio de sus funciones, ya que la ciudadanía se encuentra investida

constitucionalmente para realizar tal acción política.

METODOLOGÍA

Esta investigación se fundamenta en el estudio teórico de la doctrina nacional y comparada, así como la normatividad y la jurisprudencia colombiana. El método de esta investigación, por lo tanto, responde a los criterios de tipo cualitativo, que permite inferir, interpretar y aportar concepciones de la democracia participativa en el país. Con el fin, de incentivar a la sociedad a realizar más de cerca la regulación del poder político ejecutivo, en cuanto a sus representantes, para que se pueda llevar a cabo un buen gobierno, con garantías de progreso social. Mediante el uso de este método cualitativo se puede llevar a cabo las descripciones de la revocatoria de mandato, abarcando la realidad presente, y buscando el mayor grado de entendimiento posible con respecto al tema planteado en esta investigación. Se aborda la revisión de teorías argumentativas por medio de la inducción analítica. Así mismo, se emplea las herramientas conceptuales del derecho comparado, que permite dar respuestas a los distintos problemas, mediante el análisis comparativo de otros ordenamientos jurídicos.

LA REVOCATORIA DE MANDATO DESDE LA DOCTRINA COMPARADA NACIONAL

La revocatoria de mandato ha sido definida como un mecanismo de democracia directa que se activa por la ciudadanía, que posee la aptitud para consultar mediante un referéndum revocatorio, sobre la interrupción del mandato de un funcionario público (Welp

y Serdült, 2014, p. 2). Por lo tanto, es un proceso con dinámicas de participación de abajo hacia arriba, propio de la democracia participativa, que permite a los ciudadanos recoger apoyo popular (firmas) para la decisión política de remover del cargo público al gobernante, a través de la iniciativa popular artículo 2 de la Ley 134/94 (Congreso de la República de Colombia, 1994).

Con su nuevo constitucionalismo de 1991, Colombia activa la Asamblea Nacional Constituyente. Como indica Cairo (2007) La Asamblea Nacional Constituyente permite a los ciudadanos crear una nueva Constitución en la que velen por garantizar sus derechos fundamentales y estructurar el sistema político del país. Dicha herramienta jurídica fue instituida en la democracia participativa para que los ciudadanos pudiesen ejercer un mayor control del poder político en la democracia representativa. Al respecto, indica Betria (2016), que la democracia representativa “es el principio político fundamental del sistema de las sociedades modernas” (p. 171). Según la doctrina Nacional, la democracia participativa fue ideada como respuesta a las problemáticas que la democracia colombiana venía presentando hasta aquel entonces (Welp y Serdült, p. 3). No obstante, la realidad parece demostrar lo contrario, ya que ha quedado en tela de juicio y demasiadas veces, el futuro y viabilidad del mecanismo de revocación. Puesto que, en 28 años transcurridos desde su implantación en el territorio local y regional, sólo ha prosperado en la práctica una sola revocatoria de mandato de un alcalde. Esta revocatoria se llevó a cabo en Tasco (Boyacá) cesando el mandato de Nelson García Castellanos, con una votación del 97% en favor de la revocación. El resto de solicitudes

de activación de revocatorias, sólo ha quedado en intentos fallidos, por no haber alcanzado el umbral de las votaciones requeridas para tal fin.

Esta situación negativa se debe en gran parte al abuso del mecanismo de la revocatoria de mandato, que cada vez lesiona y transgrede la democracia participativa. La revocación no está siendo utilizada por los ciudadanos para ejercer control y garantizar la eficacia de los actos del gobernante, ni mucho menos para mejorar la democracia representativa. Por el contrario, es manipulado y promovido por opositores políticos (candidatos derrotados, precandidatos electorales y hasta exalcaldes y exgobernadores), quienes realizan las solicitudes en defensa de intereses personalistas (Welp y Serdült, 2014, p. 6). En consecuencia, los fracasos de las revocatorias de mandatos son debido a las implicaciones políticas que ha tenido, ya que las personas han iniciado el proceso del mecanismo mirando sólo las utilidades políticas para sí, en vez del beneficio general de la comunidad. Lo que queda claro de revocar el mandato pertenece al deseo de una minoría que está descontenta, y no a la mayoría de los ciudadanos. Por tal motivo, no habrá movilización de estos a las urnas para alcanzar el número de votos establecido, y así poder revocar el mandato en territorio local y regional (El Tiempo, 2017).

En complemento de lo expuesto anteriormente, hay que subrayar la desconfianza en los ciudadanos respecto de la estructura institucional del país, y a su posible participación en la vida pública para exigir responsabilidades sobre los gobernantes. Otro factor o aspecto desfavorable lo constituye la distante relación de la teoría legal de

democracia participativa y su real práctica del mecanismo de revocatoria de mandato a nivel local y regional (Ramírez, 2016, pp. 131-132). Esto debido, por supuesto, a las prácticas de corrupción electoral, que en tiempo de campañas se presentan para la obtención de intereses personales y que, indirectamente, influyen en la consciencia de los ciudadanos para no participar y ejercer control activo del poder político. La revocatoria de mandato, en el caso colombiano, no se está implementando adecuadamente, por varias razones, entre las que cabe mencionar la concepción errada de ésta, el desinterés que proporciona su proceso complejo o la desinformación de cuándo solicitar una remoción del mandato, que se encuentra acompañada de la figura del voto programático. En todo esto, se percibe cómo el mandato que imponen los ciudadanos al gobernante elegido, es darle cumplimiento al programa de gobierno que haya presentado en la inscripción de su candidatura (Ramírez, 2016, p. 130). Cabe resaltar que esto ocurre sólo en el ámbito local y regional. Al haber hecho público el candidato su programa de gobierno, una vez de haber sido elegido por elección popular, los ciudadanos están facultados para obligarle a llevar a cabo sus propuestas de campaña, mediante planes de desarrollo (Ramírez, 2000, p. 163) que posibilitan ese cumplimiento.

El haber escrito el programa de gobierno ante las autoridades electorales, y el de hacerlo público oficialmente, se constituye en parte fundamental para permitir un buen gobierno, ya que proporciona ante de las elecciones, las propuestas que se realizarán durante el mandato. Así la ciudadanía conocerá las propuestas realizables y no utópicas, que vayan en beneficio de la comunidad

en general. Además de consolidar el voto programático, pues han sido los ciudadanos quienes han elegido al gobernante y sus propuestas, por tanto, son quienes están aptos para obligarlo a cumplirlas. Para la doctrina la institución del voto programático es vista como una especie de mandato imperativo. Este mandato consiste en la forma de representación en la cual el sujeto elegido para tal, debe darles estricto cumplimiento a las orientaciones de sus electores. Por lo tanto, el mandatario tiene que respetar todas las directivas del organismo o grupo de electores que lo eligieron para satisfacer las propuestas que ha formulado, y que tienen que realizarse en el tiempo definido bajo pena de revocación, sin tener en cuenta que la representación es del conjunto del electorado para procurar el bien común.

En oposición al mandato imperativo surge el mandato representativo, que se caracteriza por la plena libertad de acción que posee el elegido, quien no se encuentra obligado a cumplir órdenes o compromisos que ha adquirido anteriormente ante su grupo de electores. Dado que en el período de gobierno pueden presentarse nuevas prioridades, no previstas en el programa de gobierno ofrecido. En tal sentido, el mandatario está en el derecho de poder aplicar su propio criterio para la toma de decisiones que tenga en cuenta al conjunto nacional el cual representa. En el caso colombiano, aunque no se rechace directamente el mandato imperativo, demuestra que la forma de mandato que debe regir es el representativo, pues se representa al pueblo. Sin embargo, se plantea como límite realizarlo teniendo en cuenta la opinión pública para la justicia y el bien común. Por ello, se afirma que la representación

será ante todo un mecanismo político, por medio del cual se asigna a los representantes la función de ser expresión de las verdades sociales, valores e intereses en que se plasma la opinión pública, y no como aquel mecanismo donde el representante actúe en nombre del representado, limitándose a expresar su voluntad.

Colombia, pese a ser el país que abrió paso a la corriente del nuevo constitucionalismo latinoamericano en 1991 al incluir los mecanismos de participación ciudadana (democracia participativa) como rasgo fundamental, no figura la revocatoria de mandato en su normatividad, para titulares de cualquier otro poder que no sea el ejecutivo. En vista de que sólo se aplica para el ámbito territorial local y regional, es decir, no se puede revocar el mandato del presidente de la república de Colombia, aunque éste haya sido elegido también por elección popular.

Por su parte, la República Bolivariana de Venezuela, en uso de la democracia participativa y protagónica, cuenta con una revocatoria de mandato innovadora y poderosa, pues cesa el mandato de los titulares del poder ejecutivo en territorio local, regional y nacional, pudiendo así solicitar la revocación del gobierno del presidente de la república. Este revocatorio presidencial ya se aplicó en el año 2004, durante el gobierno de Hugo Chávez Frías, a quien el porcentaje de votos a favor le fue mucho mayor que los necesarios para revocarlo, garantizando así su continuidad en el poder. De más está decir que la marcada oposición del gobierno chavista, mostró su desacuerdo frente a los resultados y denunció que estos estaban adulterados por el fraude masivo que se produjo en el

referéndum revocatorio (Ramírez, 2016, p. 132). A pesar de constituirse la revocatoria como el mecanismo de participación que pretende un mayor control del poder político de parte de los ciudadanos para profundizar aún más en la democracia; la experiencia venezolana se interpreta como el lado oculto de la utilización del mecanismo en sociedades polarizadas al extremo (Kornblith, 2014, p. 116). Esto puede afectar en gran medida a la democracia misma, ya que somete a la sociedad a una confrontación social sobre la figura del gobernante, y, por desgracia, no se enfoca en ejercer control respecto de la responsabilidad que tiene el presidente ante las propuestas realizadas (Ramírez, 2016, p. 135).

Otro caso, aún más interesante, es el constitucionalismo de Bolivia. Este país se constituye como el único país del mundo en cuya normatividad señala taxativamente la revocatoria de mandato para todos los cargos públicos de elección popular. No sólo se limita a remover del mandato a los titulares del poder ejecutivo en el ámbito Nacional y Sub nacional, sino que se extiende y afecta al resto de funcionarios de los diferentes poderes públicos del Estado que hayan llegado al cargo mediante la decisión popular, con excepción del órgano judicial, de acuerdo a lo establecido en la ley (Serrafero y Eberhardt, 2016, p. 515). En cuanto a la constitucionalidad de dicho mecanismo de participación en Bolivia, resulta paradójico el hecho de que fuese implementado en agosto de 2008 durante el gobierno del presidente Evo Morales, cuando aún no se encontraba plasmado en la Constitución, pues fue en febrero 7 de 2009, la fecha en que se le introdujo la figura del revocatorio. La misma fue promovida por el mencionado presidente,

dato que se hace curioso, al analizar que fue al señor Evo Morales a quien, el año anterior a la promulgación del mecanismo, se le intentó remover del mandato. Sin embargo, la doctrina afirma que, a la acción participativa de 2008 sobre el gobierno de Evo Morales, no se le consideró un referéndum revocatorio, debido a que el revocatorio fue promovido por el Ejecutivo, y no por los ciudadanos. Asimismo, se realizó en ese mecanismo una pregunta sobre el apoyo para las acciones de cambio del gobierno de Morales, y no se incluyó nada respecto de su continuidad en el cargo. Cuestión que se asemeja más al mecanismo de participación como plebiscito (Ramírez, 2016, p. 128).

Un aspecto por destacar es que el sistema político boliviano permite la implementación de la revocatoria de mandato presidencialista. Como los ciudadanos son los electores directos del gobernante en este sistema, depositan en el mandatario, a través de las elecciones, su confianza para el cumplimiento de las propuestas de campaña. De allí que sea lógico que, en este mismo sistema, se dé el mecanismo de participación ciudadana: revocatoria de mandato, que consistiría en retirar esa confianza y deslegitimar el gobierno de turno. Este mecanismo se asimila bastante a la moción de censura que se realiza en los sistemas parlamentarios, propios de Europa Occidental, en cuanto a su efecto, más no al procedimiento. En este sentido, Serrafero y Eberhardt (2017) indican que:

El mandato fijo sólo se basa en que debe de ser ejecutado por la ciudadanía y no necesariamente en su procedimiento al voto de censura o de no confianza propio de los parlamentarismos (p. 517).

En el sistema parlamentario los ciudadanos eligen al parlamento y este órgano es el encargado de elegir al jefe de gobierno. Es decir, la ciudadanía elige indirectamente al mandatario, por lo que no se encuentra facultada para cesar el mandato, y resulta una incoherencia retirar una confianza que verdaderamente no depositaron u otorgaron. La revocatoria de mandato del presidente de la república en un sistema presidencialista, supondría la flexibilidad del sistema porque ofrece una vía legítima a la ciudadanía para remover a aquel que ha faltado a la confianza ciudadana con las acciones u omisiones de su gobierno. El mandato fijo (gobernar hasta concluir el período) que caracteriza al presidencialismo, podría ser interrumpido por la ciudadanía, quienes en teoría y, al cumplirse unas condiciones dadas, podrán retirar la legalidad otorgada al presidente en las elecciones, puesto que no es de carácter incondicional ni total su legitimidad autónoma (Serrafero y Eberhardt, 2017, p.517).

REGULACIÓN LEGISLATIVA DE LA REVOCATORIA DE MANDATO EN COLOMBIA

En el inciso 2 del artículo 40, de la Constitución Política de Colombia (Presidencia de la República de Colombia, 1991), reconoce expresamente y declara como derecho fundamental de los ciudadanos la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político del estado, mediante el mecanismo de participación democrática revocatoria de mandato. Asimismo, el artículo 103 de la Constitución delimita aquellos mecanismos de participación del pueblo como titular de la soberanía del poder, y dispone la reglamentación de cada uno de ellos en la ley

(Presidencia de la República de Colombia, 1991). Sin embargo; el Congreso de la República, casi tres años más tarde, establece la ley estatutaria 134 de 1994 (Congreso de la República de Colombia, 1994). En donde se regulan esos mecanismos, estableciendo las normas básicas para regir la participación democrática de los ciudadanos, organizaciones civiles y movimientos políticos. Por su parte, en el artículo 6 de la mencionada ley, se ofrece la definición exacta de lo que se concibe como el mecanismo de participación, en el que se reconoce abiertamente el derecho de los ciudadanos para revocar el mandato de los titulares del ejecutivo local y regional. A partir del artículo 64 hasta el artículo 76, que comprende el título VII de la ley 134, se encuentra la regulación específica de la revocatoria de mandato, es decir, se prescribe su proceso formativo.

Para que este mecanismo de participación pueda proceder es necesario que haya transcurrido un año desde el día de la posesión del mandatario, luego del cual se puede solicitar por escrito ante la Registraduría Nacional, la convocatoria de pronunciamiento popular para la revocación, que se realizará a través de un memorial suscrito por el 40% de los ciudadanos respecto de la votación que el gobernante obtuvo en las elecciones (Artículo 64 de la ley 134) (Congreso de la República de Colombia, 1994). En cuanto al formulario de la solicitud, tendrá que contener las razones que lo fundamenten. Ya sea el inconformismo general de la ciudadanía en relación del gobierno presente o aquellas por el incumplimiento de las propuestas que en su momento presentó como candidato (Artículo 65 de la ley 134 de 1994). Allí entonces surge la figura del voto programático, que se

constituye teniendo en cuenta el programa y el incumplimiento por parte del gobernante. El voto programático está reglamentado en la ley 131 de 1994 (Congreso de la República de Colombia, 1994), con sustrato en el artículo 259 de la Constitución política (Presidencia de la República de Colombia, 1991) que faculta esta regulación. Esto se entiende como el mecanismo de participación, a través del cual, los ciudadanos que eligieron al gobernador o alcalde, imponen por mandato al elegido, el cumplimiento del programa de gobierno, que presentó en la inscripción de su candidatura - Artículo 1 ley 131 de 1994 - (Congreso de la República de Colombia, 1994).

En el proceso para la revocatoria de mandato, una vez sea expedida la certificación que aprueba la solicitud, se informará al respectivo funcionario, y se contará desde entonces, no más de dos meses, para que el Registrador del Estado Civil convoque a votación a la entidad territorial que revocara el mandato. Para tal aprobación de la revocatoria, la votación de los ciudadanos que participen en la misma tendrá que ser de la mitad más uno, siempre y cuando el número de sufragios no sea inferior al 55% de la votación registrada el día de la elección del mandatario.

En cuanto a los resultados de la votación, que pueden ser positivos o negativos, reglamenta la ley que lo primero es el informe sobre los resultados del escrutinio por parte de la Registraduría correspondiente. El Registrador del Estado Civil le comunicará al presidente de la República o, en su caso, al gobernador para que ejecute de forma inmediata la remoción del cargo del mandatario que haya sido revocado en la

votación. Habiendo el registrador certificado esos resultados, a partir de esa fecha, se contarán treinta días dentro de los cuales se convocará nuevamente a elecciones para escoger al sucesor. El cargo revocado será ocupado por un interino perteneciente al mismo partido o movimiento político del mandatario revocado, quien será designado por el presidente de la República o el gobernador de la entidad territorial. Podrá ser candidato cualquier ciudadano que cumpla los requisitos que establece la normatividad (ley 136 de 1994) a excepción del mandatario revocado. Una vez que sea electo el nuevo funcionario, deberá cumplir el programa inscrito para el respectivo período.

No obstante, si el resultado en la votación es negativo, no se revocará el mandato del gobernador o alcalde, tampoco se realizará otro intento de revocación en lo que resta del período de gobierno – Artículos 69 y 70 de la ley 134- (Congreso de la República de Colombia, 1994). Cabe aclarar que algunas de las disposiciones ya plateadas de la ley 131 y 134, ambas de mayo 1994, fueron reformadas el 31 de mayo por la ley 741 de 2002 (Congreso de la República de Colombia, 2002), con el fin de mejorar la interpretación de éstas. En cuanto al tipo de mandato que impera en Colombia y, teniendo en cuenta lo que establece la Constitución política en el artículo 133 (Presidencia de la República de Colombia, 1991), queda clara la acción por cumplir en el mandato representativo, y prohíbe el mandato imperativo en el país, al estar representando el gobernante no sólo a su grupo de electores, sino al conjunto de la nación. Por lo tanto, este mecanismo revocatorio no aplica para los titulares del poder legislativo y judicial.

JURISPRUDENCIA COLOMBIANA ACERCA DE LA REVOCATORIA DE MANDATO

Desde el punto de vista jurisprudencial la Sentencia C 180/94 (Corte Constitucional de Colombia, 1994) es la de mayor relevancia en cuanto a democracia participativa se refiere, y todo lo que comprende su aplicación, Esta se centra en el análisis de la ley 134 de 1994 (Congreso de la República de Colombia, 1994) y antes que nada dilucida el verdadero sentido de la democracia participativa y el principio de participación democrática. Este método de participación ciudadana representado por la democracia participativa, lleva consigo la misma aplicación de principios democráticos que se encargan de mostrar en la práctica política y en aspectos diferentes de la electoral. En otras palabras, el principio de participación democrática no sólo expresa un sistema de toma de decisiones, sino también un modelo de comportamiento social y político, fundamentado en los principios de pluralismo, tolerancia, protección de los derechos y libertades, así como en una gran responsabilidad de los ciudadanos en la definición del destino colectivo. En tal sentido, busca revalorar, por ende, la concepción de ciudadano, y su papel en la vida nacional para que sean los protagonistas centrales del rumbo de la democrática del país.

Sin duda alguna, la participativa consagra mecanismos o herramientas jurídicas que intentan profundizar en la democracia con la toma de decisiones que los ciudadanos realizan en referendos, consultas populares e incluso revocatorias de mandatos. Sin embargo, muchas de estas herramientas democráticas, sin ser de carácter estrictamente electorales, permiten que la ciudadanía

participe de forma permanente en el seguimiento de las acciones del gobierno. Con este sistema democrático que promueve la participación pluralista y fortalece la democracia representativa, se estructura el sistema constitucional colombiano, que pretende que la condición de ciudadano vaya más allá del aspecto político electoral, y se proyecte a lo individual, económico, familiar y social. Lo que supondría la recomposición cualitativa de los ciudadanos y la ampliación de oportunidades reales de su participación como sociedad en el contexto nacional. Ahora bien, esta sentencia expone y aclara la aplicación de cada una de las herramientas jurídicas que comprende la democracia participativa. Sin embargo, el análisis de esta investigación se centra exclusivamente en el mecanismo participativo como es el de la revocatoria de mandato desde la óptica jurisprudencial de la Corte Constitucional.

Como parte esencial del mecanismo de la revocatoria, la Corte considera constitucional la existencia de las razones que motivan y sustentan la solicitud de convocatoria al pronunciamiento popular para la revocatoria (Artículo 64 de la ley 134 de 1994, y que confirma el Artículo 8 741 de 2002). Por tanto, estima la Corte como razonada y ajustada a la constitución la demostración por presión aquello que el formulario de la solicitud diga. Motivos por los cuales se convoca a votación, pues contiene esas causas que permite a los ciudadanos ejercer control político y así materializar el sentimiento popular del debido elector, cuando se incumple el programa de gobierno o este puede genera insatisfacción en los ciudadanos.

En las intervenciones de autoridad pública que incluye el proyecto en revisión para determinar su constitucionalidad, el Ministro de Gobierno, Dr. Fabio Villegas Ramírez, expresó su concepto y dividió el escrito en cuatro apartados en los cuales uno de ellos hacía referencia a la revocatoria de mandato para gobernadores y alcaldes. Considera el Dr. Villegas Ramírez que lo dispuesto en el artículo 63 de la ley 1341994 (Congreso de la República de Colombia, 1994), antes mencionada, rige sólo para aquellos funcionarios públicos, ya que son los únicos que pueden ser electos popularmente y se les impone mandato. Es por ello que el Ministro hace alusión a la relación existente con el artículo 259 de la Constitución política, del cual se interpreta que se excluye de la revocatoria al resto de funcionarios de elección popular, distintos al gobernador y al alcalde, ya que no se les impone un mandato impuesto con el programa presentado en campaña, es decir, que no aplica para ellos la figura del voto programático (Presidencia de la República de Colombia, 1991).

Por otra parte, y teniendo en cuenta lo anterior, afirma el Dr. Villegas Ramírez que al aplicar sólo la revocatoria de mandato a gobernadores y alcaldes, es debido al sentido que le dio el constituyente de no generar inestabilidad permanente en todas las autoridades y, muchos menos, al presidente de la república. Puesto que en ocasiones a esta máxima autoridad le será necesario in aplicar las políticas populares del programa de gobierno, y optar por otras acciones pertinentes por el bien común. Por lo que establecer la revocatoria para otros funcionarios, incluida la presidencia de la república, ejercería una presión sobre

estas gobernanzas, que por temor a ser revocadas podrían tomar inequívocas y graves decisiones políticas que afectaría al conglomerado nacional. En lo relacionado al tipo de mandato, la Corte Constitucional procede a aclarar en la sentencia estableciendo la distinción del mandato imperativo en oposición al mandato representativo, y señala la forma de mandato que se aplica en Colombia.

En el mandato imperativo, las personas designadas para ocupar cargos en cuerpos deliberativos, se encuentran obligadas a seguir instrucciones dadas por sus electores. Por su parte, el mandato representativo o mandato libre, se constituye por la libertad de los funcionarios de seguir las materias y acciones que sus conciencias les dicten. Sin poseer limitaciones con la imposición de las materias bajo las cuales poder accionar. En consecuencia, de esta última forma de mandato es el funcionario el representante del conjunto de la nación, y no del territorio en el que se haya escogido. Sin embargo, esta concepción se ha tergiversado, y se habla en la actualidad del mandato programático, que confieren los elegidos al elector a través del programa de gobierno que presentaron en la inscripción de la candidatura y por el cual fueron electos. Le corresponde al funcionario elegido defender y comprometerse ante sus electores, de darle cumplimiento al programa de gobierno, y que al no acatarlo sin razones que lo justifiquen, tendrán sus electores el derecho de revocarle del mandato. Esto sustentado en el artículo 3 de la carta constitucional que reconoce al pueblo como soberano del poder público, quien lo ejerce directamente o a través de representantes. Lo que implica que la opinión de los electores es

valiosa en el doble sentido de elección y de mandato.

De tal modo que los ciudadanos vean plasmada su opinión política en un programa y que esperen su realización al elegir un mandatario determinado. Es por ello que tanto la revocatoria de mandato como la sanción, funcionan como el complemento para cuando haya incumplimiento de lo mandado. Es decir, el ciudadano ya no se limita a votar para la escogencia del gobernante, y luego desaparecer durante todo el período de gobierno hasta nuevas elecciones, sino que, desde el ejercicio directo de democracia participativa, el elector conserva sus derechos políticos para controlar al elegido durante todo el tiempo que dure el mandato. Lo que se entiende, por supuesto, como el mejoramiento de la democracia representativa.

No obstante, es importante aclarar que en lo que respecta a la figura del voto programático, se debe establecer quiénes han impuesto el mandato, a fin de determinar los que pueden revocar a los funcionarios en el territorio local y regional. La Corte entiende que el mandato es una relación de confianza en la que el mandante logra hacerse presente en donde no puede estarlo, por medio del mandatario. En consecuencia, quienes sean los electores activos, es decir, quienes participaron en la elección del gobernante y no el conjunto del electorado, son únicamente los facultados para revocar al mandatario. Pues son estos los que legítimamente le impusieron como mandato el programa presentado en elecciones y, por ello se posibilita su participación en el proceso revocatorio. Tal vez la revocatoria de mandato es uno de los derechos políticos de mayor repercusión para hacer realidad la

verdadera democracia participativa. Ya que permite que el elector ejerza contraloría social sobre las decisiones y conductas adoptadas por los representantes, y se convierte en una democracia real, pues son los mismo que lo eligieron los que poseen el derecho jurídico – político a remover del cargo al funcionario. Así mismo, permite el restablecimiento de la credibilidad y confianza por parte del electorado en los dirigentes políticos y sociales.

Es preciso destacar aquí el análisis específico que realizó la Corte Constitucional del artículo 75, que comprende la mencionada ley. En el cual la Corte optó por declarar inconstitucional, y posteriormente inexecutable, el inciso primero del artículo, por las razones expuestas en la sentencia C-011 de 1994. Puesto que el aplicar la disposición tal y como estaba consignada, implicaría un retroceso normativo y social, al ser el presidente de la república o el gobernador, según sea el caso, el que escogiere al sucesor del mandato. No obstante, distinto sería el hecho en que se tenga que nombrar interinamente a un funcionario, para evitar el vacío de poder por la falta de mandatario hasta las nuevas elecciones donde el pueblo elegirá a otro gobernante. El presidente de la república o el gobernador, cual fuere el caso, designará, como ya se ha dicho en esta investigación, a un gobernante temporal mientras se preparan, convocan y realizan las nuevas elecciones.

Al tener como referencia el artículo 69 de dicha ley, y que éste se ajusta al contenido de Constitución, en especial lo establecido en el artículo 103, que atribuye al legislador el poder de reglamentar este mecanismo participativo y, a su vez, determinar el número de votos válidos para activar o no

la revocatoria. Lo cual está pensado para procurar que se lleve a cabo el proceso de una manera objetiva, y no de complacer los intereses personales de unos cuantos ciudadanos. Es importante señalar que debe haber hechos y razones suficientes para que éste se ejecute debidamente, teniendo en cuenta que para solicitar dicha revocatoria, sólo podrán sufragar aquellos que hayan elegido al mandatario revocado. Eso es únicamente para solicitar, pero para participar en la elección del nuevo mandatario, sí pueden participar todos los ciudadanos inscritos para ejercer el voto.

En consideración a esto ha declarado la Corte en decisión mayoritaria, la exequibilidad de este artículo. Sin embargo, en el proceso de revisión del proyecto, se presentó salvamento de votos por parte de dos magistrados que argumentaban lo inaceptable que resulta la contradicción a la regla general del principio de mayoría simple que presenta el artículo 69. Este artículo establece una fórmula de mayoría calificada para la aprobación de la revocatoria de un 60%, lo cual estaría violando, de manera injustificada, la Constitución, al no establecer esta la excepción al principio de mayoría simple para el presente caso. A su vez, la ley estaría concediendo a una minoría la posibilidad de reprimir un pronunciamiento de la mayoría, que posee todo el derecho para controlar a los gobernantes del poder político. Por tanto, se podría estar constituyendo la ineficacia del mecanismo de la revocatoria de mandato.

CONCLUSIONES

En Colombia hablar de la revocatoria de mandato es hacer referencia actualmente a una aplicación de este mecanismo de participación ciudadana circunscrita solamente al ámbito territorial local y regional (alcaldes y gobernadores). Por lo tanto, la revocatoria de mandato es un mecanismo democrático y participación ciudadana que no se encuentra establecido en la normatividad nacional para la remoción del mandato del presidente de la república.

A diferencia de otros países latinoamericanos que, influenciados por el constitucionalismo colombiano de 1991, implementaron la democracia participativa y sus mecanismos, como en el caso de Venezuela donde se practica la revocatoria de mandato en los tres representantes del poder ejecutivo; lo cual también sucede en Bolivia, país donde no sólo se limitó a aplicar dicha herramienta jurídica a los tres titulares del ejecutivo, sino que rige para el resto de los poderes distintos al ejecutivo.

Si bien, la revocatoria de mandato se da por el incumplimiento de las responsabilidades de los gobernantes respecto a los ciudadanos. Es importante hacer mención de la prohibición del mandato imperativo, lo que supondría para el mandatario elegido no sólo cumplirle únicamente a su movimiento político o grupo de electores todas las propuestas que planteó en el programa de gobierno, sino que su compromiso de cumplirlas abarca también al conjunto nacional. Por el cual debe responsabilizarse y procurar el mayor bien común. En este sentido, al lado de la revocatoria local y regional, surge la figura del voto programático, que garantiza el

cumplimiento de las propuestas mencionado anteriormente, al imponer los ciudadanos que el representante que eligieron cumpla el programa de gobierno que presentó en campaña. Los ciudadanos hacen uso efectivo de su soberanía y, en ejercicio del derecho que poseen en controlar el poder político, proceden a revocar el mandato del funcionario cuando éste haya incumplido con sus responsabilidades para las que fue elegido.

Un aspecto por destacar en este mecanismo de la revocatoria es el referente al sistema político presidencialista que impera en Colombia, el cual permite el pleno funcionamiento sin ninguna limitación de la revocatoria de mandato como mecanismo de participación y control ejercido por los ciudadanos.

Por consiguiente, la idea de implementar la revocatoria del mandato del presidente de la república en Colombia, es una medida que resulta necesaria y pertinente adoptar para combatir gobiernos personalistas o caudillistas en un futuro próximo. Ciertamente, en Colombia se ha evidenciado, en los últimos años, la existencia y práctica de ciertas características propias del populismo, lo que hace del poder política muy vulnerable y fácil de tergiversar. Metafóricamente se hace referencia a un cáncer social cuando se trata de analizar las causas y efectos del populismo creciente, ya que se va esparciendo poco a poco en la cotidianidad, y enfermando todo el tejido del cuerpo social regional y nacional. Ya cuando realmente se quiera buscar una solución efectiva, quizás se habrá perdido la garantía de los derechos y, lo más importante, aquello que legitima y aprueba el ejercicio libre de la democracia participativa.

No se puede olvidar que Colombia es uno de los países con mayor corrupción política y, por ende, con tendencia a gobiernos oligárquicos. Por lo tanto, no sería nada extraño la presencia de la ciudadanía exigiendo mayor control respecto a sus gobernantes, con la intención democrática de poder frenar muchos de los pésimos mandatos existentes o por venir. La revocatoria de mandato presidencial se constituiría entonces como el medio clave por el cual se garantizaría la participación y control de todas aquellas élites políticas, y de los gobiernos ineficientes y corruptos. De tal modo, que no se puedan perpetuar en el poder y generar estancamiento democrático en la sociedad, sólo por satisfacer intereses propios o de su grupo político cercano. Por otra parte, al introducir la remoción del cargo en el ámbito territorial nacional, se profundizaría aún más en la democracia con la plena participación y control que ejercerían los ciudadanos en relación con el presidente de la república. De allí que se haga necesaria la inserción de esta herramienta jurídica a nivel nacional que cumpliría el fin último de la democracia participativa, pues complementaría y, por consiguiente, mejoraría la realidad de la democracia representativa en Colombia.

REFERENCIAS

- Betria, M. (2016). Democracia Representativa, *Revista UNAM*, VOL 71, pp. 145-165
- Cairo, O. (2007). Derecho-PUC: revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. La Asamblea Constituyente y sus funciones en el sistema democrático constitucional. Pontificia

- Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho.
- Congreso de la República de Colombia. (2 de junio de 1994). Ley 136 de 1994, Bogotá, Colombia. DO: 41. 373/ Recuperado de: <https://tinyurl.com/ydj76bum>
- Congreso de la República de Colombia. (31 de mayo de 1994). Ley 134 de 1994, Bogotá, Colombia. DO: 41. 373/ Recuperado de: <https://tinyurl.com/yfo6f5et>
- Congreso de la República de Colombia. (4 de junio de 2002). Ley 741 de 2002. Bogotá, Colombia. DO: 44. 823/ Recuperado de: <https://tinyurl.com/yjfubsy4>
- Congreso de la República de Colombia. (9 de mayo de 1994). Ley 131 de 1994, Bogotá, Colombia. DO: 41. 351/ Recuperado de: <https://tinyurl.com/yhwx6ldj>
- Corte Constitucional de Colombia (1994). Sentencia C-011/94. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://tinyurl.com/yhj8cls3>
- Corte Constitucional de Colombia (1994). Sentencia C-180/94. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://tinyurl.com/yhwx6ldj>
- Kornblith, H. (2014). Tanto metafísico como epistemológico. En *Una epistemología naturalista: Selección de trabajos*. (pp. 104-118). New York: Estados Unidos de Norteamérica. Recuperado de <https://tinyurl.com/yzgpvzdj>
- Periódico El Tiempo. (2017). Aumenta incertidumbre por futuro de revocatorias de alcaldes. Gobierno: *El tiempo*. <https://tinyurl.com/yzv3o76j>
- Presidencia de la República de Colombia. (4 de julio de 1991). Constitución Política de Colombia. Recuperado de: <https://tinyurl.com/yxsva848>
- Ramírez, G. (2000) Mandato imperativo y mandato representativo Una perspectiva diversa, el caso colombiano, *Revista Derecho del Estado*, n° 8, pp. 159-168
- Ramírez, A. (2016) Acerca de la revocatoria de mandato y su hipotética aplicación en España, *Revista de Derecho UNED*, n ° 18, 119-150.
- Ramírez, A. (2016) Participación ciudadana e interpretación de la constitución. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de democracia participativa, *Revista IUS*, n°37, 171-192
- Serrafero M.D. y Eberhard, M. L. (2017) Presidencialismo y Revocatoria de mandato presidencial en América, *Revista UCM*, N°2, Vol 54 pp. 509-531.
- Welp, Y. y Serdült, U. (2014). La revocatoria del mandato En Welp, Y., y Serdült, U.(Coord.), *La dosis hace el veneno, análisis de la revocatoria del mandato en américa Latina, Estados Unidos y Suiza*. (pp. 1-6). Perú: Quito : Consejo Nacional Electoral Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=568937>

CAPÍTULO 5

TENSIONES ENTRE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA: A LA LUZ DEL ESTUDIO DE UN CASO DE LOCOMOCIÓN

José Alejandro Carrascal Vergara



TENSIONES ENTRE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA: A LA LUZ DEL ESTUDIO DE UN CASO DE LOCOMOCIÓN

José Alejandro Carrascal Vergara¹

RESUMEN

Palabras clave

Jurisdicción indígena y ordinaria, autonomía indígena, diversidad cultural y étnica, derecho a la libertad de locomoción.

En el desarrollo de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia se aprecia cómo se dan las tensiones entre las jurisdicciones indígena y la ordinaria, por la prevalencia de la autonomía indígena en su diversidad étnica y cultural, frente al derecho fundamental a la libertad de locomoción. La competencia de la jurisdicción indígena está determinada por los elementos del fuero y jurisdicción indígena, así como por los principios que sirven de solución para determinados casos. La jurisdicción indígena está definida en la Constitución política en el artículo 246°, donde se indica que el ejercicio de ésta, no debe ser atentatorio de la Constitución y leyes de la república. Además, se restringe la autonomía de las comunidades indígenas y, por ende, su derecho consuetudinario, cuando se viola los bienes más preciados del hombre como son el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y de cualquier forma de esclavitud.

1. Estudiante de Derecho de la Universidad de Cartagena. Miembro del semillero de investigación “Argumentación Jurídica”. Adscrito al Grupo de Investigación Teoría Jurídica y Derechos Fundamentales “PHRONESIS” con la Dirección del Dr. Yezid Carrillo de la Rosa, de la Universidad de Cartagena. Email: alejandrocarrascal@outlook.com

Key words

Indigenous and ordinary jurisdictions, indigenous autonomy and cultural and ethnic diversity, right to freedom of movement

ABSTRACT

Developing the sentence of the Supreme Court of justice we see how tensions between indigenous and ordinary jurisdictions occur, because of the prevalence of indigenous autonomy and ethnic and cultural diversity, as opposed to the fundamental right to freedom of locomotion. The jurisdiction of the indigenous jurisdiction is determined by the elements of the jurisdiction and indigenous jurisdiction, as well as the principles that serve as a solution for certain cases. The indigenous jurisdiction is defined in the political constitution in article 246 °, the exercise of is, must not be contrary to the constitution and laws of the republic. In addition, the autonomy of indigenous communities and therefore their customary law is restricted, when the most precious goods of man are violated, such as: the right to life, the prohibition against torture and slavery.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación busca estudiar la sentencia CJS SP 9243 del Magistrado ponente: Eugenio Fernández Carlier (Corte Suprema de Justicia, 2017), mediante la cual dicha corporación resuelve el tema en disputa al decir que no existe, o no se da la consumación del delito de secuestro simple -artículo 168, delitos contra la libertad individual y otras garantías- (Congreso de Colombia, 2000). Delito que se le imputó al señor Feliciano Valencia por percatarse de la retención de Jairo Chaparral, y luego estar presente y ser el portavoz de la asamblea indígena en donde se armonizó a Jairo Chaparral con 9 fuetazos. Quien portando en su maletín elementos militares, lesionó el territorio de paz de la vereda “La María”. Además, al preguntársele quién era, este no contestó. Posteriormente, la Corte aplica todos estos elementos de la jurisdicción indígena, del fuero indígena y de los principios que sirven como criterio de interpretación, para determinar si el conocimiento de este caso le compete a la jurisdicción especial indígena.

La sentencia examinada destaca cómo la Corte Suprema de Justicia resalta la autonomía jurisdiccional y normativa de las comunidades indígenas, el derecho a la diversidad cultural y étnica y deja sin fuerza la violación del derecho a la libertad de locomoción del señor Jairo Chaparral por existir una limitación a tal derecho por temas culturales. Es decir, cómo el interés general prima sobre el interés particular. Esto está determinado por la fuerza colectiva que en materia de derechos que tienen las comunidades indígenas. Para estas comunidades el individuo no existe y,

por tanto, la esfera individual no se aplica. Además, se estaría desconociendo la lucha de las comunidades indígenas, su pasado, usos y costumbres ancestrales, y, en consecuencia, su autonomía como pueblo indígena.

Por lo tanto, resulta de mucho interés estudiar la sentencia mencionada y preguntarse cómo se enmarca y cómo se justifica, dentro del contexto del alcance constitucional, las tensiones entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. Lo anterior constituye las interrogantes sobre el problema y objetivo general de esta investigación, y que se desarrolla, a través de los siguientes objetivos específicos: Estudiar los hechos, analizar los principios mencionados en la sentencia, examinar la solución y observaciones de la sentencia.

La investigación es de interés social y político-legislativo. Es social porque todos los ciudadanos deberían conocer los elementos, y la razón de por qué la jurisdicción especial indígena termina conociendo y aplicando sus usos, costumbres y procedimientos en determinados casos. Esto generaría un verdadero sentimiento de justicia, y más en materia penal por ser de práctica social. es necesario dar a conocer esta sentencia a los ciudadanos para que sepan que, a determinados hechos, cabe la aplicación de determinado derecho, que en el caso de los indígenas corresponde a la aplicación de un derecho consuetudinario. Tal aplicación se otorga no por capricho o favorecimiento de las comunidades indígenas per se, sino porque se dan acordes a los elementos del fuero indígena y los elementos de la jurisdicción indígena. Y es político-legislativo porque el Senado de la

república debe expedir la ley de coordinación que todos reconocemos como importante, con la idea de apaciguar los conflictos que se generan entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

METODOLOGÍA

Para el desarrollo de la presente investigación se utilizó el método deductivo, ya que el asunto tratado es de tipo jurídico y teórico – jurídico, regido por un enfoque cualitativo y de fuente primaria como es la Constitución política y, secundaria, como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que es objeto de estudio, y las de la Corte Constitucional como apoyo para el desarrollo de la presente investigación. Además, se consultaron documentos doctrinales de derecho, con el fin de obtener un mejor horizonte conceptual del tema investigado.

HECHOS, ACTUACIÓN PROCESAL, RESULTADOS

Los hechos que se exponen a continuación corresponden a sentencia CJS SP 9243 del Magistrado ponente: Eugenio Fernández Carlier (Corte Suprema de Justicia, 2017). El día 14 de octubre de 2008, Jairo Danilo Chaparral Santiago, vestido de civil, regresaba de un permiso de 30 días que le habían concedido como cabo tercero del ejército nacional, para luego reincorporarse al batallón de contraguerrilla N° 15, “Libertadores del llano”, con sede en el departamento del Meta. Ante el bloqueo de la vía panamericana por una minga (acto colectivo) que adelantaban indígenas de la región, Jairo Danilo Chaparral Santiago debió desplazarse por un sendero

alterno de la vereda “La María” del municipio de Piendamó – Cauca, siendo interceptado a las 5:45 p.m. por miembros de la guardia indígena por estar éste transitando en sus territorios.

A la guardia indígena le llamó la atención que el caminante portara en un maletín un uniforme camuflado, un radio de comunicaciones y una carpa. Por eso lo condujeron a la sede del cabildo bajo sospecha de ser un infiltrado del ejército o miembro de grupos al margen de la ley. Luego de que el soldado rechazara la intervención de la Defensoría del Pueblo, permaneció encerrado en una jaula metálica hasta el 16 de octubre, cuando fue trasladado a una cancha de fútbol en el que se le adelantó un juicio por parte de la Asamblea de autoridades indígenas (máxima autoridad), liderada por Feliciano Valencia Medina, bajo el cargo de haber ofendido a esa comunidad al invadir su territorio. Tras habersele dado la oportunidad de hablar y excusarse, oportunidad que rechazó, le propinaron 9 latigazos como castigo (que le causaron una incapacidad de 29 días, sin secuelas). Posteriormente fue entregado a funcionarios de la Defensoría del Pueblo. La fiscalía solicitó la captura de Feliciano Valencia. El 11 de abril de 2010, ante el juzgado municipal con función de control de garantías de Sotará – Cauca se legalizó su captura. Se le imputó secuestro agravado por el N° 2 y lesiones personales agravadas por el N° 10. El imputado no aceptó los cargos. El gobernador del resguardo indígena Munchique los tigres de Santander de Quilichao – Cauca, Pablo Andrés Tenorio, reclamó el conocimiento del caso al argumentar de que los hechos se llevaron a cabo en territorio indígena; el imputado

era integrante de esa comunidad; la víctima posiblemente era indígena (en grado de posibilidad y no de certeza).

El 22 de septiembre de 2010, el Consejo Superior de Justicia resolvió el conflicto de competencia positivo, asignándole el caso a la justicia ordinaria al estimar que la víctima no era indígena, y que la conducta era sancionada por el ordenamiento nacional. El 24 de marzo, el juzgado primero penal del circuito especializado declaró la extinción de la acción penal por el delito de lesiones personales agravadas y emitió fallo absolutorio por el delito de secuestro. La fiscalía y el representante de la víctima apeló la decisión del ad quo, y el Tribunal Superior de Popayán, en sentencia de 10 de septiembre de 2015, revoca la decisión de primera instancia y condena al señor Feliciano Valencia a pagar una pena de 192 meses de prisión por el delito de secuestro simple. El señor Feliciano Valencia es capturado y enviado a la cárcel San Isidro de Popayán. Pero, a petición del defensor y del gobernador del resguardo Munchique, fue trasladado al centro de rehabilitación y/o armonización de ese resguardo.

El apoderado del procesado impugnó, y presentó demanda de casación, la cual fue admitida y sustentada. La demanda se basó en tres cargos:

1. *Nulidad por falta de competencia de la jurisdicción ordinaria:* pregona que los jueces ordinarios no eran los competentes, por existir fuero indígena. Los elementos del fuero estaban presentes, el personal, el territorial, institucional, y objetivo (el impugnante habla del elemento de congruencia,

pero ese no es un elemento del fuero sino de la jurisdicción indígena). Lo que implicaba que el señor Feliciano Valencia debió ser investigado y juzgado por la jurisdicción especial indígena. Solicitó el impugnante la nulidad de la actuación y la remisión a la jurisdicción especial indígena.

El impugnante utilizó como fundamento de derecho los artículos 29 inciso. 2 y 246 de la Constitución Política (Presidencia de la República de Colombia, 1991), y el artículo 456 del Código de Procedimiento Penal (Congreso de la república, 2006)

2. *Nulidad por motivación deficiente:* el impugnante expone que el tribunal incurrió en motivación deficiente por considerar al procesado como co-autor del delito de secuestro, aun cuando el señor Feliciano Valencia no participó en la retención. Él sólo era un líder o consejero que participó en la asamblea como coordinador y esto no lo hace co-autor (esta afirmación se acredita en la sentencia del tribunal). Entonces, la motivación deficiente está al no precisar o abordar lo relacionado al acuerdo de voluntades, importancia del aporte y división del trabajo que lo hiciera co-autor. El impugnante pide así, la nulidad de la sentencia para que el tribunal subsane las irregularidades.
3. *Violación directa de la ley sustancial:* postula la aplicación indebida del artículo 29 inc. 2 y el artículo 168 del Código Penal, por predicar la co-autoría del señor Feliciano Valencia en el delito de secuestro. Conocer la retención de Chaparral Santiago no es aporte

esencial para la consumación del delito de secuestro (¿pero sí de omisión de socorro?). Solicita el impugnante casar la sentencia del tribunal y emitir decisión de reemplazo de carácter absolutorio. (Sentencia Corte Suprema de Justicia SP 9243, Rad 47119 - 28 de junio de 2017).

NORMAS Y PRINCIPIOS QUE UTILIZÓ LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PARA LA SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO

La Corte Suprema en la solución del caso, utilizó las siguientes normas y principios: artículos 1° (formas y caracteres del Estado), 7° (reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural) y 246° (jurisdicción indígena) de la Constitución Política como artículos marco de la autodeterminación de los pueblos indígenas; convenio número 169 de 1989 (OIT, 2014) sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes aprobado por Colombia mediante la ley 21 de 1991 (Congreso de Colombia, 1991); artículo 168° (secuestro simple) y 169° (secuestro extorsivo) del Código Penal colombiano (Congreso de Colombia, 2000); artículo 12° de la ley 270 de 1996 -Ley estatutaria de administración de justicia- (Congreso de Colombia, 1996) donde se le da capacidad a la jurisdicción indígena de ejercer jurisdicción.

Antes de hacer referencia a los principios que sirven para la solución de casos concretos, es necesario aclarar que primero se produce la verificación de la existencia de los elementos del fuero y de la jurisdicción indígena, con la intención de saber si determinado asunto le compete a la jurisdicción indígena o a la jurisdicción ordinaria. Estos elementos se

tratarán más adelante en esta investigación. También se puede acudir a los principios o criterios para solucionar asuntos concretos. Principios como el de maximización de la autonomía de las autoridades indígenas, mayor autonomía para la decisión de conflictos internos, y mayor conservación de la identidad cultural (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 9243- 47119, 2017; Corte constitucional, 2014)

La sentencia C-463 de 2014, expresa lo siguiente:

Principio de “maximización de la autonomía de las comunidades indígenas o minimización de las restricciones a su autonomía”. De acuerdo con este criterio, las restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas sólo son admisibles cuando: (i) Sean necesarias para salvaguardar un interés de mayor jerarquía, en las circunstancias del caso concreto (por ejemplo, la seguridad nacional). (ii) Que sean las menos gravosas, frente a cualquier medida alternativa, para el ejercicio de esa autonomía. (iii) La evaluación de esos elementos debe llevarse a cabo teniendo en cuenta las particularidades de cada comunidad (Corte Constitucional, 2014, p.27)

La Corte Constitucional ha determinado que los límites de la autonomía de las comunidades en materia normativa y jurisdiccional, tiene que ver con la violación de los bienes más preciados del hombre, como el derecho a la vida, prohibición a la tortura y la esclavitud. Esto encuentra respaldo en la

Constitución Política, de pactos y convenios ratificados por Colombia.

Principio de “mayor autonomía para la decisión de conflictos internos”. La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que el respeto por la autonomía de los pueblos indígenas es más amplio cuando se trata de conflictos que involucran únicamente a miembros de una comunidad, que cuando afectan a miembros de dos culturas diferentes (o autoridades de dos culturas diferentes). Pues en el segundo caso deben armonizarse principios esenciales de cada una de las culturas en tensión, como lo ha explicado la (Corte Constitucional, 2014).

Principio que hace referencia “a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía”. Este principio fue formulado por primera vez en la sentencia T-254 de 1994 (Corte Constitucional, 1994), en los siguientes términos: “La realidad colombiana muestra que las numerosas comunidades indígenas existentes en el territorio nacional han sufrido una mayor o menor destrucción de su cultura, por efecto del sometimiento al orden colonial y posterior integración a la “vida civilizada” -Ley 89 de 1890- (Congreso de Colombia, 1890), debilitándose la capacidad de coerción social de las autoridades de algunos pueblos indígenas sobre sus miembros.

La necesidad de un marco normativo objetivo que garantice seguridad jurídica y estabilidad social dentro de estas colectividades, hace indispensable distinguir entre los grupos que conservan sus usos y costumbres (los que deben ser, en principio, respetados), de aquellos que no los conservan, y deben, por lo tanto, regirse en mayor grado, por las leyes de la república, ya que

repugna al orden constitucional y legal, el que una persona pueda quedar relegada a los extramuros del derecho, por efecto de una imprecisa o inexistente delimitación de la normatividad llamada a regular sus derechos (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 9243- 47119, 2017; Corte constitucional, 2014).

¿CÓMO RESOLVIÓ LA CORTE EL CASO CONCRETO: CONFORME A LOS HECHOS, NORMAS Y PRINCIPIOS ANTES EXPUESTOS?

La Corte advierte la atipicidad de la conducta y expresa que es innecesario analizar las censuras del impugnante. La Corte Suprema de Justicia expresa que es garante del derecho de autodeterminación de las comunidades indígenas, consagrado en el artículo 1° y 7° de la Constitución Política (Presidencia de la Republica de Colombia, 1991) y el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales de países independientes (OIT, 2014), aprobado mediante la ley 21 de 1991 (Congreso de Colombia, 1991). Lo cual lleva a considerar que, al aplicar la legislación nacional, hay que tener en cuenta sus costumbres, usos y procedimientos, es decir, su derecho consuetudinario. Siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales consagrados en el derecho interno ni los Derechos Humanos reconocidos internacionalmente. Por supuesto, al verificar el delito se mira sus elementos objetivos y subjetivos. El elemento objetivo es la descripción del tipo, sus verbos, ingredientes y demás. Mientras que el elemento subjetivo es la modalidad de la conducta en la que se cometió el delito, es decir, el dolo, culpa o preterintención. En este caso, no hubo delito

porque al analizar objetivamente, solo se da la ubicación dentro del tipo penal cuando el sujeto indeterminado con propósito distinto al artículo 169° (delito siguiente – secuestro extorsivo) arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona. Además, tal conducta exige de la retención ilegal, el dolo del sujeto (parte subjetiva), y la retención de Chaparral Santiago fue un acto de jurisdicción de las comunidades indígenas (La Corte expone que hay que mirar los hechos conjuntamente, y no de manera aislada como lo hizo el tribunal al observar únicamente la presencia del señor Feliciano Valencia en la asamblea).

La conducta de Chaparral Santiago fue atentatoria de la tranquilidad y armonía del territorio (vereda “la María”) de la comunidad indígena nasa, ya que este lugar es considerado territorio de paz. El mencionado Chaparral Santiago llevaba elementos bélicos y no respondió a los señalamientos, también se le encontró una libreta con anotaciones de armas, y no le dijo el rango ni su vinculación con el ejército nacional. La Corte indica que el acto jurisdiccional que desarrolló la comunidad indígena tiene respaldo constitucional en los artículos 1°, 7° y 246° de la Constitución, en el Convenio N° 169 aprobado por la ley 21 de 1991, y en el artículo 12° de la ley 270 de 1996 (Ley estatutaria de la administración de justicia), en donde se dice que la función jurisdiccional la ejerce también la jurisdicción especial indígena. Cita, además, las sentencias T-349 de 1996 (Corte constitucional, 1996); T-030 de 2000 (Corte constitucional, 1996) para referirse a los elementos de la jurisdicción indígena, antes mencionados. Estos son algunos de los puntos a tener en cuenta para determinar la competencia. Luego se refiere a los principios

que fueron tratados anteriormente en esta investigación, al citar la sentencia C-463 de 2014 (Corte constitucional, 2014).

Aunque Chaparral Santiago no sea indígena; sin embargo, la Corte considera que el bien jurídico protegido es relevante para la jurisdicción indígena. El carácter pluralista de la Constitución implica dar cabida al derecho consuetudinario de las comunidades indígenas. De ahí que la afectación a la libertad de locomoción de Chaparral Santiago, obedeció al cumplimiento de las funciones de la jurisdicción indígena. Respecto a los latigazos, la sentencia T-523 de 1997 (Corte Constitucional Colombiana, 1997), estableció los fuetazos como remedio. Los indígenas le llaman “el rayo”, elemento para purificar al individuo. No tiene un carácter sancionatorio sino de remedio para que no se vuelva a repetir la conducta, y así mantener la armonía y el equilibrio de la comunidad. Aun así, sigue existiendo tensión entre el derecho a la diversidad cultural y étnica y, por ende, a la jurisdicción indígena, así como a otros derechos fundamentales.

La Corte resuelve de la siguiente manera: Casar sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Popayán donde se condenó al señor Feliciano Valencia. Confirmar la sentencia de primera instancia del juzgado primero penal del circuito especializado, donde se absolvió al señor Feliciano Valencia. Ordenar la libertad inmediata de Feliciano Valencia. Ordenar al juez de primera instancia que cancele los registros y anotaciones que contra el procesado se hayan generado. (Sentencia C-463 de 2014 y T-523 de 1997 de la Corte Constitucional. Sentencia Corte Suprema de

Justicia SP 9243, Rad 47119 - 28 de junio de 2017).

LA JURISDICCIÓN Y EL FUERO INDÍGENA

La expedición de la Constitución de 1991 trae consigo nuevos cambios, dentro de estos un nuevo Estado. Se pasa de un Estado de derecho a un Estado social de derecho donde el hombre es un fin en sí mismo. Es decir, que el sujeto en su integridad y dignidad humana es razón y fin último de las actuaciones y organización del Estado. La Constitución en su artículo 1° define a Colombia como un “Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”. Es esta pluralidad, la que le da vida a la protección y, por ende, a la jurisdicción especial indígena como reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana. La jurisdicción especial indígena habilita a las comunidades indígenas a que generen formas propias de organización social, que regulen el comportamiento de los miembros del grupo, a tener sus propios sistemas de parentesco y de trabajo, al igual que su propio régimen de propiedad comunitaria, su normatividad propia para el control social y sanciones correspondientes. Todo lo anterior será posible mientras no se atente contra la Constitución y leyes de la república.

Al analizar la norma constitucional (Presidencia de la República de Colombia, 1991) se aprecia que desde el artículo 1° se busca proteger, reconocer o darle visibilidad

a los grupos étnicos o grupos minoritarios del territorio colombiano. Entonces, la Constitución desde su artículo 1° expone que es pluralista. En el artículo 7° se “reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” (p. 2). Por su parte, el artículo 10° determina que “...las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe”. En el artículo 68° se expresa que “...los integrantes de grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural” (p.12). El artículo 246° manda que

las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarias a la Constitución y las leyes de la república. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional (Presidencia de la República de Colombia, 1991, p. 60).

Este artículo es el más importante porque les da capacidad de impartición propia de justicia a las comunidades indígenas conforme a su derecho, que en el caso de estas comunidades es consuetudinario. Respecto a la ley de coordinación, hasta la fecha no se ha expedido dicha ley. Es la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia las que han venido regulando el asunto. Es importante señalar que los artículos 286°, 329° y 330° definen los territorios indígenas como entidades

territoriales (Presidencia de la República de Colombia, 1991).

En cuanto a la finalidad de la jurisdicción indígena, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala Penal, sentencia con N° de Rad 12043 de 15 de junio de 1999, expresa que la jurisdicción indígena procura preservar la diversidad étnica y cultural a partir del respeto de las normas, valores, costumbres e instituciones pertenecientes a los grupos indígenas dentro de su órbita territorial, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico nacional. Así como la de proteger a quienes, siendo sus miembros, se vean comprometidos en actos delictivos externos al grupo, debido a su particular forma de entender el mundo, con miras a no procurar su desarraigo del seno de la comunidad a la que pertenecen, con todo lo que ello implica tanto para el colectivo como para el sujeto mismo. Esta definición se apoya en el artículo 246° de la Corte Superior (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP9243, 1999).

En relación a los elementos de la jurisdicción indígena y el fuero indígena, en la sentencia C-463 de 2014 (Corte Constitucional Colombiana, 2014) que estudió la constitucionalidad del artículo 11 de la Ley 89 de 1890 la cual señala: “Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada” (Congreso de Colombia, 1890, p.2). Ante esto se adoptó una definición de jurisdicción especial indígena y de fuero indígena, distinguiendo ambos conceptos y reiterando los elementos que componen a cada uno. Citando para el efecto la Sentencia T-552 de 2003

(Corte Constitucional Colombiana, 2003). Lo siguiente fue lo que se señaló sobre el particular: A partir de este fallo se evidencia también que la jurisdicción especial indígena y el fuero indígena tienen una profunda relación de complementariedad, pero no poseen el mismo alcance y significado. El fuero es, por una parte, un derecho subjetivo que tiene como finalidad proteger la conciencia étnica del individuo y garantizar la vigencia de un derecho penal culpabilista. Y, por otra, una garantía institucional para las comunidades indígenas, en tanto protege la diversidad cultural y valorativa, y permite el ejercicio de su autonomía jurisdiccional. El fuero tiene como factores claves el personal, territorial, institucional u orgánico y el objetivo. En la sentencia T-617 de 2010 (Corte Constitucional Colombiana, 2010), reiterada, entre otras, en la sentencia T-975 de 2014 (Corte Constitucional Colombiana, 2014), dichos elementos fueron desarrollados, de este modo:

- El elemento personal, en el que se hace necesario que el acusado de un hecho punible o socialmente nocivo haga parte de una comunidad indígena.
- El elemento territorial es el que permite a la comunidad la aplicación de sus propios usos y costumbres dentro de su ámbito territorial.
- El elemento institucional u orgánico permite la existencia de una institucionalidad dentro de la comunidad indígena, basada de acuerdo a un sistema de derecho propio constituido por los usos y costumbres tradicionales, sumado a los procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad.
- El elemento objetivo es aquel a través del cual se puede analizar si el bien

jurídico presuntamente afectado guarda relación con un interés de la comunidad indígena, o bien de la sociedad mayoritaria.

La jurisdicción especial indígena, entretanto, es un derecho autonómico de las comunidades indígenas de carácter fundamental. Por lo tanto, para su ejercicio deben atenderse los criterios que delimitan la competencia de las autoridades tradicionales de acuerdo con la jurisprudencia constitucional. Entre esos elementos, el fuero indígena ocupa un papel de especial relevancia. Aunque no es el único factor que determina la competencia de la jurisdicción indígena, puesto que ésta se define en función de autoridades tradicionales, sistemas de derecho propio, y procedimientos conocidos y aceptados por la comunidad. Es decir, en torno a una institucionalidad. La sentencia **T-364 de 2011** expresa que la jurisdicción indígena comporta:

- Un elemento humano, que consiste en la existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural.
- Un elemento orgánico, esto es la existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades.
- Un elemento normativo, conforme al cual la respectiva comunidad se rija por un sistema jurídico propio conformado a partir de las prácticas y usos tradicionales, tanto en materia sustantiva como procedimental.
- Un ámbito geográfico, por cuanto la norma que establece la jurisdicción indígena remite al territorio. El cual, según la propia Constitución, en su

artículo 329, deberá conformarse con sujeción a la ley y delimitarse por el gobierno con participación de las comunidades.

- Un factor de congruencia, en la medida en que el orden jurídico tradicional de estas comunidades no puede resultar contrario a la Constitución ni a la ley. (Corte Constitucional, 2014).

DERECHO INTERNO INDÍGENA

Respecto al derecho interno de las comunidades indígenas, es un derecho que no está codificado, sino que es consuetudinario basado en las costumbres, usos y procedimientos que regulan la convivencia dentro de la comunidad y los conflictos que se puedan presentar por fuera de ésta. Ese control social que se busca con la aplicación de estas normas ancestrales tiene como fin la armonía y el equilibrio en el seno de la comunidad. Los aspectos generales de este conjunto de normas son los siguientes:

- Normas generales de comportamiento público.
- Mantenimiento del orden interno.
- Definición de derechos y obligaciones de los miembros.
- Reglamentación sobre acceso al agua, la tierra, productos del bosque, etc. Y la distribución de recursos escasos.
- Reglamentación sobre transmisión e intercambio de bienes y servicios.
- Definición y tipificación de “delitos” o conductas contrarias a la armonía de la comunidad, distinguiéndose los delitos contra otros individuos y los que son contra la comunidad o el bien público.
- Sanción de las conductas “delictivas” de los individuos.

- Manejo, control y solución de conflictos y disputas.
- Definición de los cargos y las funciones de la autoridad pública.
- Procedimientos de administración de justicia, entre otras (Escobar y Salazar, 2004, pp.27-28)

Sobre el uso del término “derecho consuetudinario” Esther Sánchez Botero e Isabel Cristina Jaramillo (2000), afirman que:

no resulta adecuado para calificar los sistemas de derecho propio de los pueblos indígenas, dado que estos últimos no siguen invariablemente una misma pauta secular, sino que son sistemas con gran capacidad de adaptación y cambio. Sin embargo, el término es empleado tanto en convenios internacionales, como en normas internas para referirse a los sistemas de minorías distintos del derecho estatal, y se le utiliza de modo sinonímico a derecho indígena. (pp. 58-59)

Hacia el interior de las comunidades indígenas se pueden presentar diversos tipos de sistemas relativos a la aplicación de justicia:

- Sistema segmentario.
- Sistema de autoridades comunales permanentes.
- Sistema religioso.
- Sistema de compensación directa.

Según el profesor Carlos César Perafan Simmonds, los referidos sistemas poseen las siguientes características particulares: El segmentario tiene esta denominación por dos razones, la primera es porque las comunidades están organizadas socialmente en segmentos: de la familia nuclear a la extensa, del linaje

al clan, del clan a la tribu, correspondiéndole a cada uno de estos segmentos autoridades específicas. La segunda, porque este sistema se activa dependiendo de la localización de las partes dentro del conflicto. Hay un sistema de parentesco, es decir, que se mira la pertenencia al grupo y es ahí cuando se sabe cuál regla cultural aplicar. El de las autoridades comunales permanentes se refiere a los cabildos como autoridad central. Estas autoridades cumplen funciones jurisdiccionales, aunque su actuación está restringida por el funcionamiento del sistema político segmentario en la base y en su coordinación con el sistema nacional. El sistema religioso sirve como sistema probatorio en caso de que no haya consenso en la toma de decisiones y en el juzgamiento de una determinada conducta. Aquí se recurre a una persona o grupo de personas que tengan calidad de poseedores de conocimientos mágicos o que represente a una comunidad religiosa. Estas personas ejercen en el interior de las comunidades funciones jurisdiccionales. El sistema de compensación se da “cuando existen ofensas que posean un precio y que esto lleve a la posibilidad de compensar con bienes y servicios, logrando que se evite la pena personal” (Escobar y Salazar, 2004, pp.122-123).

OBSERVACIONES DEL CASO CONCRETO

En la sentencia anterior se puede observar que los pueblos indígenas gozan de una fuerte prevalencia de derechos frente a los derechos de los individuos. Por ejemplo, en la sentencia T-125 de 2017 la que, a su vez, cita a la sentencia T-257 de 1993 (Corte Constitucional Colombiana, 1993) en donde se precisó que el derecho fundamental a la libertad

de locomoción (derecho presuntamente violado a Chaparral Santiago) dispuesto en la Carta constitucional en su artículo 24°, no es absoluto, por verse limitado, cuando: “El orden público pueda verse alterado” o justificarse “por razones de planeación rural o urbana, por motivos culturales o para proteger zonas de reserva rural”. Entonces el derecho fundamental de la autonomía territorial y jurisdiccional indígena junto a la diversidad cultural, vence al derecho fundamental a la libertad de locomoción, por verse éste último limitado por las razones antes expuestas. Además, la Constitución Política colombiana, en su artículo 1° dice que el interés general prevalece sobre el particular.

Las comunidades indígenas tienen una cosmovisión distinta en comparación con la de la comunidad mayoritaria, y es por esta razón que se les protege para evitar su desarraigo de la comunidad. Logrando así la conservación de su cultura y la efectividad de la pluralidad promulgada por la Constitución Política. Su derecho, además de ser consuetudinario, es de apreciación o de práctica colectiva, ya que el individuo para las culturas indígenas no existe, porque el individuo es ante todo un ser solitario, que se concibe así mismo enfrentado a la naturaleza, y a los demás seres humanos. En tal sentido, reconocer los Derechos Humanos individuales de los indígenas conduce necesariamente a su desaparición como colectividades indias, definidas culturalmente, y restándoles o reduciendo su identidad cultural. Es por esto que “la defensa y el respeto a los derechos individuales de los indios pasa necesariamente por el respeto a sus derechos colectivos como indios” (Escobar y Salazar, 2004).

Ahora bien, respecto a los latigazos como método de castigo, la Corte Constitucional ha manifestado en la sentencia arriba expuesta (T-523 de 1997), que estos no constituyen tortura, sino que son un remedio para el individuo. Lo que busca la comunidad indígena con la imposición de estos castigos es que el individuo reconozca su falta, enmiende su error, y no lo vuelva a cometer en un futuro. Esta práctica es un claro ejemplo del ejercicio de la jurisdicción indígena. Es la autonomía que le ha sido dada por la Carta política nacional a las comunidades indígenas. Esa autonomía se restringe cuando se violan los bienes más preciados del hombre como es la vida, en la cual está prohibida la tortura y la esclavitud. Situación que en la sentencia del caso no se dio, primero porque la vida de Jairo Chaparral no estuvo en peligro, y no hubo tortura por no contemplarse los latigazos como tal, y tampoco sufrió esclavitud. Sólo hubo el despliegue constitucional y, por ende, la aplicación legítima del poder jurisdiccional indígena.

En la sentencia del caso se analizó los elementos de la jurisdicción, y se halló que el elemento territorial estuvo presente. Es decir, los hechos ocurrieron dentro de su territorio (“La María”, que es territorio de paz), y este fue uno de los tantos elementos que se activaron en la práctica de la jurisdicción indígena. De allí que ceda el principio de jurisdicción del Estado nacional para darle paso a la jurisdicción indígena sólo en su territorio específico. Y con sujeción a la Constitución y a la ley, por existir la necesidad de proteger el aspecto pluricultural propio de Colombia.

Como se dijo antes la constitución de 1991, le da y reconoce la participación del sector indígena, el cual se sentía olvidado y poco involucrado en las decisiones políticas y sociales del territorio colombiano (Sentencias de la Corte Constitucional T-125 de 2017; T-523 de 1997, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia SP 9243,2017).

Respecto a la ley de coordinación que debería expedirse entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, cabe señalar que son jurisdicciones que están en constantes tensiones por competencias, y por derechos consagrados en la Constitución, así como otras tensiones de otros tipos y alcances. Por lo tanto, es de suma importancia que para la presentación del proyecto de esta ley se reúna a las distintas comunidades indígenas del país, junto a todos los sectores sociales y políticos, para que exista consenso, porque de no ser así se empeoraría aún más las tensiones entre estas jurisdicciones que se presentan contrapuestas. El reconocimiento de la realidad como pluralidad de formas de vida y de lenguajes heterogéneos no sólo sugiere, sino que exige la necesidad del diálogo sin coacciones previas, en la búsqueda incesante de mejores argumentos de convivencia y respeto mutuo (Carrillo, 2010, p. 42).

CONCLUSIONES

La sociedad moderna se ha visto impulsada a manejar el principio de justicia junto con el de diversidad cultural. La existencia de estos dos principios viene logrando una justicia social con la inclusión de los diferentes sectores sociales y culturales de Colombia. Conocer, comprender y

propender al reconocimiento jurisdiccional indígena, no sólo el que ya está dado por la Constitución política, sino también aquel que surge de todos los residentes y nacionales colombianos. Esto ayudaría, sin duda, a una adecuada comunicación entre ambas culturas (mayoritaria y minoritaria) para así lograr el enriquecimiento del desarrollo social y jurídico de Colombia.

Luego de exponer la sentencia del caso concreto, en esta investigación se demostró que la jurisdicción especial indígena, la autonomía, la diversidad étnica y cultural que ella enmarca, tiene gran poder o prevalencia frente a los derechos fundamentales del individuo. Por ejemplo, el derecho a la libertad de locomoción, derecho limitado por el tema cultural. La jurisdicción indígena es definida en el artículo 246° de la Carta Magna como el poder jurisdiccional que ejercen las comunidades indígenas dentro de su territorio, de acuerdo a sus normas y procedimientos, siempre que estos no sean contrarios a la constitución y leyes de la república. La jurisdicción la componen los elementos humano, orgánico, normativo, geográfico y de congruencia, que indican cómo determinado asunto debe ser adelantado por esta jurisdicción. Pero si llegara a faltar un sólo elemento, la jurisdicción indígena pierde competencia, y de inmediato es enviado a la jurisdicción ordinaria. La competencia no solo está determinada por los elementos que integran la jurisdicción, sino también por los elementos del fuero indígena, que son el personal, territorial, institucional y objetivo. A lo cual hay que sumarle los principios que sirven de guía en determinados asuntos. Principios tales como el de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas

y minimización de las restricciones a la autonomía, principio de mayor autonomía frente a los conflictos internos, y el principio de mayor conservación de la identidad cultural.

La característica principal del derecho interno indígena es el consuetudinario, con una gran carga ancestral. Los latigazos por ser un remedio para el individuo infractor son parte de una práctica ancestral que busca la armonía y el equilibrio en la comunidad indígena, no son considerados como tortura, así lo expresó la Corte Constitucional en la Sentencia T- 523 de 1997.

No está demás decir que este derecho es aplicable dentro de sus territorios respetando los derechos y bienes preciados del hombre, como lo son la vida, prohibición de la tortura y la esclavitud.

REFERENCIAS

- Carrillo, Y. (2010). *Multiculturalismo, diferencias y derechos de las minorías étnicas en la jurisprudencia constitucional colombiana*. Editorial universitaria.
- Congreso de Colombia. (24 de julio de 2000). Ley 599 de 2000. Bogotá, Colombia. DO: 44.097/Recuperado de: <https://tinyurl.com/yzustpzo>
- Congreso de Colombia. (25 de marzo de 1890). Ley 89 de 1890. Bogotá, Colombia/ Recuperado de: <https://tinyurl.com/yen98qo4>
- Congreso de Colombia. (4 de marzo de 1991). Ley 21 de 1991. Bogotá, Colombia. DO: 39.720/Recuperado de: <https://tinyurl.com/yzg3oof8>
- Congreso de Colombia. (7 de marzo de 1996). Ley 270 de 1996. Bogotá, Colombia. DO: 42.745/Recuperado de: <https://tinyurl.com/y8et738f>
- Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.
- Corte Constitucional Colombiana. (1994). Sentencia T-254. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://tinyurl.com/yfbdeqch>
- Corte Constitucional Colombiana. (1996). Sentencia T-349. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://tinyurl.com/ygp27x2o>
- Corte Constitucional Colombiana. (1997). Sentencia T-496. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://tinyurl.com/yj5bbgmn>
- Corte Constitucional Colombiana. (1997). Sentencia T-523. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://tinyurl.com/yh4ngy87>
- Corte Constitucional Colombiana. (2000). Sentencia T-030. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://tinyurl.com/ydlpcocy>
- Corte Constitucional Colombiana. (2000). Sentencia T-257. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://tinyurl.com/yhvk4oay>
- Corte Constitucional Colombiana. (2003). Sentencia T-552. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://tinyurl.com/ygbvxh6r>
- Corte Constitucional Colombiana. (2010). Sentencia T-617. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://tinyurl.com/yjnfpezq>
- Corte Constitucional Colombiana. (2014). Sentencia C-463. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://tinyurl.com/ygmyvgvn>
- Corte Constitucional Colombiana. (2014). Sentencia T-975. Bogotá, Colombia.

Recuperado de <https://tinyurl.com/yeqhozkl>

Corte Constitucional Colombiana. (2017). Sentencia T-125. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://tinyurl.com/yhwe26v6>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (28 de junio 2017) Sentencia CJS SP 9243 – 47119. [MP Eugenio Fernández Carlier]

Escobar E. y Salazar F. (2004). La jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional. Editorial señal editora.

Justicia y pueblos indígenas (2017). Corte Suprema de Justicia. Bogotá D.C

Lecciones de derecho penal, parte especial. Segunda edición. Universidad Externado de Colombia.

Organización Internacional del Trabajo –OIT (2014). Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, convenio N° 169. Recuperado de <https://tinyurl.com/y2s8o3qu>

Presidencia de la República de Colombia. (4 de julio de 1991). Constitución Política de Colombia. Recuperado de: <https://tinyurl.com/yxsva848>

Sentencia Corte Suprema de Justicia SP 9243, rad 47119 (Aprobado en acta N° 204) 28 de junio de 2017. Sentencia Corte Suprema de Justicia N° 12043 de 15 de junio de 1999.

CAPÍTULO 6

EL CABILDO ABIERTO Y LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS

Jhon Jairo Díaz Carpio
Antonio Yesid Pedroza Estrada
Martha María Charris Balcázar



EL CABILDO ABIERTO Y LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS

Jhon Jairo Díaz Carpio¹, Antonio Yesid Pedroza Estrada², Martha María Charris Balcázar³

RESUMEN

Palabras clave

Democracia participativa, mecanismos de participación, participación ciudadana, decisiones administrativas, Cabildo Abierto, acción de cumplimiento.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y el Estado Social de Derecho, una nueva concepción de Estado y de Sociedad se institucionaliza, la democracia participativa empieza a jugar un papel preponderante y superior frente a la democracia representativa. El constituyente de 1991 establece una serie de mecanismos de participación ciudadana con el objetivo de materializar los postulados de la democracia participativa, dentro de los cuales se encuentra el Cabildo Abierto. Sin embargo, en los términos que fue desarrollado por el legislador, mediante la ley 134 de 1994, deja en duda su papel protagónico. Concretamente en aquellos casos en los cuales se vincula directamente a la Administración Pública y ésta en el ejercicio de sus funciones y competencias adquiere compromisos en el marco del desarrollo del Cabildo Abierto. Aunado a ello la Honorable Corte Constitucional, en su labor de revisión previa, no hizo reparos de orden constitucional al respecto. Al utilizar mecanismos del derecho administrativo, como lo son los actos administrativos y sus atributos, es posible mediante la acción de cumplimiento, reivindicar el carácter vinculante del Cabildo Abierto como mecanismo de materialización de la democracia participativa.

-
1. Abogado. Maestría en Derecho. Especialista en Derecho Administrativo. Docente de pregrado en la Universidad Popular del Cesar, Universidad de Santander y Fundación Universitaria del Área Andina. Es miembro del grupo de investigación Sierra Nevada de Santas Marta.
 2. Doctor en Ciencias Políticas. Docente investigador de la Universidad Popular del Cesar (UPC) y de la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), Colombia. Pertenece al grupo de investigación Sierra Nevada de Santas Marta. Email: yesithpedroza@hotmail.com
 3. Magíster en Gerencia de Empresas. Abogada. Administradora Pública. Directora del Centro de Investigaciones Socio jurídicas y Derecho (CEDISJ). Pertenece al grupo de investigación Sierra Nevada de Santas Marta. Email: marthacharrisacademico@hotmail.com

Keywords

Open Cabildo, administrative decisions, participatory democracy, participation mechanisms, citizen participation.

ABSTRACT

With the entry into force of the 1991 Constitution and the Social Status of Law, a new conception of State and Society is institutionalized, participatory democracy begins to play a preponderant and superior role to representative democracy. The 1991 constituent establishes a series of citizen participation mechanisms with the objective of materializing the postulates of participatory democracy, within which is the Open Town Hall; However, in the terms that was developed by the legislator, through Law 134 of 1994, he doubts his leading role, specifically in those cases in which he is directly linked to the Public Administration and this in the exercise of his functions and competencies acquires commitments in the framework of the development of the open council; In addition to this, the Honorable Constitutional Court in its previous review work did not make constitutional objections in this regard. Using mechanisms of administrative law, such as administrative acts and their attributes, it is possible through the enforcement action to claim the binding nature of the Open Cabildo as mechanisms for the materialization of participatory democracy.

INTRODUCCIÓN

“Que la gente pueda opinar no es suficiente, que pueda actuar es necesario, y que pueda actuar en aquello que le interesa, en su comunidad, en su barrio, en su municipio [...]”
(Zuleta, 1988, pág. 8)

Con la entrada en vigencia de la constitución de 1991, no sólo se presenta una simple reforma constitucional, sino que se implanta un nuevo sistema en la estructura del Estado y en la concepción epistemológica del mismo. Dentro de este nuevo sistema se establece la llamada “democracia participativa” Art. 103 de la Constitución Política de Colombia (Presidencia de la República, 1991), donde el esquema democrático no puede ser simplemente un valioso conjunto de valores e ideales, “es necesario establecer unas reglas claras que aseguren la eficacia de estos mecanismos de participación” (Congreso de la República de Colombia, 2014). Ante lo cual la Superintendencia de Servicios Públicos es severa:

Con la democracia participativa, retorna la soberanía al pueblo colombiano y se establecen espacios de participación para los muy diversos sectores de la vida social, política, económica y cultural de la nación colombiana; además de fijar en el Estado la obligación de promover la materialización de este modelo de democracia, y en el ciudadano el derecho y el deber de ser su actor principal (Superintendencia de servicios Públicos, 1999, pág. 7).

Uno de los mecanismos establecidos por la Constitución Política de Colombia

es el Cabildo Abierto como forma de materialización de la democracia participativa. Así fue consagrado en el artículo 103 de la Constitución Política, según los siguientes términos:

Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el Cabildo Abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará. El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan (Presidencia de la República, 1991, p. 20).

Ahora bien, como la Constitución no definió el concepto de Cabildo Abierto, le correspondió hacerlo al Congreso de la República mediante la ley estatutaria 134 de 1994 (Congreso de la República de Colombia, 1994). En esta ley se desarrollaron los aspectos relativos a la participación ciudadana y al Cabildo Abierto lo definió en su artículo 9° donde se indica que “el Cabildo abierto es la reunión pública de los Concejos Distritales, Municipales o de las Juntas Administradoras Locales, en la cual los habitantes pueden participar directamente con el fin de discutir asuntos de interés para

la comunidad”. (Congreso de la República de Colombia, 2014, p. 2). A pesar de todo lo anotado, la participación ciudadana ha tenido muchas dificultades como mecanismo de direccionamiento de las decisiones administrativas. No fue sino hasta el año de 1994 cuando se expidió la ley estatutaria de la participación ciudadana, que desarrolló los mecanismos de participación consagrados en la Constitución de 1991 y, sólo empezó a regir en el año de 1995 con múltiples dificultades. Ahora bien, si observamos la definición contenida en el artículo 9° de la ley 134 de 1994 (Congreso de la República de Colombia, 1994), pareciera que el Cabildo Abierto sólo posee un carácter deliberatorio, es decir, solamente de discusión. Por lo cual, cabe preguntarse sobre su incidencia directa en las decisiones administrativas o sobre el carácter vinculante de este mecanismo de participación en las decisiones administrativas de nuestras autoridades públicas. En particular, en aquellos casos en los cuales se permite el desarrollo de este mecanismo constitucional, de acuerdo a los compromisos adquiridos por parte de la administración.

Recientemente se expidió la ley 1757 de 2015 “Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática” (p. 1), con el fin de promover la participación ciudadana en la vida política, administrativa, social y cultural. Pese a que en el artículo 28, se establece un cierto efecto vinculante a las respuestas emitidas por la administración en el marco de la celebración del Cabildo Abierto, esta obligatoriedad solo se predica en el evento en que la administración unilateralmente adquiera compromisos decisorios. Lo que excluye, por supuesto, la posibilidad de efecto

vinculante en otra clase de manifestaciones y, además, esta normativa tampoco incluye alguna forma de instrumento procesal que permita hacer efectivas esas decisiones a las que la administración se ha comprometido. Teniendo en cuenta lo anterior, se afirma que la presente investigación ofrece una mirada en detalle y a profundidad sobre la eficacia del Cabildo Abierto, y su incidencia en las decisiones administrativas. Aquí es necesario hacer una observación en el sentido de que esta investigación es una aproximación a una nueva tesis – si se quiere - sobre la posibilidad de revestir al Cabildo Abierto de plenos efectos vinculantes haciendo uso de la teoría del acto administrativo. El análisis teórico y práctico de la conceptualización del Cabildo Abierto, su naturaleza, su adaptación en la democracia participativa implantada en Colombia desde 1991 y su desarrollo normativo y jurisprudencial, permitirá conocer el grado de influencia e incidencia que tiene este mecanismo de participación ciudadana sobre las decisiones administrativas, y su importancia como mecanismo idóneo para la materialización de la democracia participativa en el sistema jurídico colombiano.

EL CABILDO ABIERTO Y LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS

El Cabildo Abierto tiene su origen en la España del siglo XI, y surge como una expresión política de la vida municipal española. El historiador español Francisco Xavier Tapia, distingue dos formas de cabildos, el cerrado y el abierto:

El cabildo cerrado o mejor llamado Concejo Municipal, era una institución que para la época estaba compuesta por alcaldes, regidores y otros oficiales.

El cabildo abierto que derivado de su propio nombre comprometía la participación de las autoridades de la ciudad al mismo tiempo que la de los habitantes de la misma (Cogollos y Ramírez, 2004, p. 3).

“El Cabildo Abierto fue una de las instituciones más importantes que se trasladó desde España a América” (Cogollos y Ramírez, 2004, p. 9). La ley II, título X, libro IV de la Recopilación de las Leyes de Indias autorizaba la convocatoria del Cabildo Abierto en situaciones de gravedad extrema, que afectaban profundamente la existencia común, con el objeto de adoptar soluciones a la crisis. Teniendo en cuenta lo indicado por la Corte Constitucional en Sentencia C-180 (1994), se tiene que durante los siglos XVII y XVIII los Cabildos Abiertos se constituyeron en verdaderas reuniones populares, lideradas por tribunos elocuentes, en las cuales fue germinando el espíritu revolucionario que dio origen a la independencia. Se observa que esta institución jurídica ha sobrevivido hasta la actualidad, además fue históricamente una especie de manifestación del constituyente primario a nivel municipal. Sin embargo, y muy a pesar de su origen en la época medieval, hoy en día se concibe como una

clara expresión de la soberanía popular local y de la democracia participativa contemporánea, de ahí su adopción en el artículo 103 de la Constitución de 1991, como uno de los mecanismos de participación del pueblo en el ejercicio de su soberanía (Corte Constitucional, 1994, p. 154).

LA EFICACIA DEL CABILDO ABIERTO EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

“Si la persona es la titular del poder, en cambio, la participación es su escenario natural y propio y el lugar donde lo ejerce” (Gómez, 1999, p. 188). La única posibilidad en la que se pueda entender la materialización de la democracia participativa en un sistema democrático, es que los medios que la Constitución ha implementado para su desarrollo, tengan incidencia directa en las decisiones de la administración. Por aquello de que las decisiones de la administración en un sistema participativo no pueden ser ajenas a la voluntad general, ni constituirse de forma aislada de la ciudadanía. Ahora bien, de la lectura que se le da al artículo 9° de la ley 134 de 1994 (Congreso de la República de Colombia, 1994), se desprende que al Cabildo Abierto se le define como una reunión pública en la cual participa directamente el pueblo para “discutir” asuntos de interés general en beneficio de la comunidad. Para efectos de esta investigación, debe entenderse administración en sentido amplio, para ello se refiere siempre a la administración municipal en todos sus organismo centrales y descentralizados, incluyendo las empresas industriales y comerciales, las empresas de economía mixta, las empresas sociales del Estado, y demás entidades pertenecientes a la administración municipal de conformidad con la Ley 489 de 1998 (Congreso de la República de Colombia, 1998).

Cabe entonces preguntarse si una vez discutidos los asuntos de interés general por parte de la comunidad y llegadas a unas conclusiones acerca de lo que debe hacer la administración municipal ¿Estas conclusiones

direccionan o vinculan de alguna forma a la administración a la hora de tomar sus decisiones? O ¿Acaso existen medios legales para hacer exigible las decisiones tomadas por la comunidad cuando se celebran los Cabildos Abiertos? La ley estatutaria de la participación ciudadana le da un carácter meramente deliberatorio al Cabildo Abierto, pero no le brinda herramientas a los ciudadanos para hacer exigibles las conclusiones arrojadas en el desarrollo de estos medios de participación ciudadana. Sin duda, esto permite generar muchos cuestionamientos sobre la eficacia de los Cabildos Abiertos como forma de materialización de la democracia participativa.

De otro lado, es apenas lógico pensar que todos los mecanismos de participación deban servir como fin último para direccionar la actividad de la administración. De allí que, si se observa con detenimiento el desarrollo de los demás mecanismos de participación popular como el voto, la consulta popular, el referéndum y la revocatoria del mandato, etc., todos tienen su eficacia jurídica y vinculante, por lo que frente a ellos no cabe duda sobre su vocación de agentes directos en la materialización de la democracia participativa. Sin embargo, frente al Cabildo Abierto se presenta toda clase de interrogantes y de dudas sobre su eficacia. Lo que amerita el desarrollo en profundidad de esta institución necesariamente en relación con las decisiones administrativas, en particular de la administración municipal. En tal sentido, es innegable la reciente intención del legislador al expedir la ley 1757 (2015) en la cual se regula el Cabildo Abierto al dotarlo de cierta eficacia a la hora de que se adopten compromisos decisorios por parte de la administración municipal. En su artículo 28 consagra la

pretensión de revestir al Cabildo Abierto, de cierto efecto vinculante, a saber:

Obligatoriedad de la respuesta. Una semana después de la realización del cabildo se realizará una sesión a la cual serán invitados todos los que participaron en él, en la cual se expondrán las respuestas razonadas a los planteamientos y solicitudes presentadas por los ciudadanos, por parte del mandatario y de la corporación respectiva, según sea el caso. (Congreso de la República de Colombia, 2015, p. 9)

Sin embargo, tal como se aprecia en el anunciando, la legislación aún no reviste de total eficacia a este mecanismo de participación. Por lo menos, no de acuerdo a la naturaleza que implica este instrumento. Ahora bien, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en esta investigación, el planteamiento de la misma gira en torno a la propuesta de otorgar más eficacia al Cabildo Abierto a través del estudio de las decisiones administrativa, máxime cuando no existe norma adjetiva que inclusive permita hacer efectiva la eficacia que, hasta ahora, el legislador le ha otorgado a este mecanismo de participación popular.

EL CABILDO ABIERTO COMO MECANISMO DE MATERIALIZACIÓN DE LA DEMOCRACIA

“El Cabildo Abierto es uno de los mecanismos de participación consagrados en la constitución de 1991 como uno de los medios idóneos para lograr la materialización de la democracia participativa” (Zuleta, 1988, p.). Con base en ello, resulta de

vital importancia establecer cuál es el grado de eficacia y de efecto vinculante que tiene la celebración de este medio de participación ciudadana en las decisiones de la administración frente a los temas discutidos en estos espacios democráticos de participación. Lo anterior resulta lógico, toda vez que no tendría ningún sentido práctico la celebración de este mecanismo donde el pueblo, como titular de la soberanía, es quien además está llamado a participar directamente en nuestro sistema democrático, y, por lo tanto, resultara vinculante para la administración todas las conclusiones pertinentes derivadas de la celebración del Cabildo Abierto. La nueva Constitución diseñó una democracia diferente, en la cual los colombianos tienen la posibilidad de ser los orientadores de su destino. (Congreso de la República de Colombia, 2014).

Resulta imperioso determinar el grado de eficacia que pueden tener los mecanismos de participación, ya que estos son los medios que la Constitución colombiana instituyó como forma para materializar la democracia participativa. De “allí la importancia pedagógica de este proceso y el profundo impacto que la participación de la comunidad tendrá en la eficacia de la Constitución”. (Gaviria, 1990, p. 15).

La democracia participativa supone pues la información, consulta, control e incluso decisión de la comunidad en directo sobre aspectos de las políticas públicas. Lo importante no son los mecanismos sino el fondo de la propuesta que consiste en la influencia real de la sociedad civil sobre la sociedad política (Peraza, 2005, p. 6).

En este orden de ideas, no puede pensarse en la materialización de la democracia participativa sino efectivamente cuando la sociedad civil, los ciudadanos organizados, puedan influir efectivamente en las decisiones de la administración. De manera tal que la voluntad general y legítima sea el derrotero imperativo de quien administra los intereses de un pueblo.

La noción de democracia deliberativa subraya la idea de que, más allá y más acá del momento electoral, los ciudadanos y sus representantes pueden deliberar sobre problemas y temas públicos bajo condiciones que producirán una reflexión racional y argumentativa, instituyendo de este modo un proceso público de decisión colectiva (Buey, 2015, p. 6).

Así las cosas, cualquier mecanismo que desarrolle el constituyente en procura de hacer efectiva la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones de la administración, debe permitir la producción de efectos verdaderos y vinculantes bajo las condiciones que establezca la ley, siempre y cuando se evidencien como manifestación de la democracia participativa.

DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL CABILDO ABIERTO

La honorable Corte Constitucional en su labor de revisión previa de las leyes estatutarias, mediante la sentencia C-180 (1994) con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, revisó el proyecto de ley estatutaria No. 92/1992 Senado - 282/1993, “por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana.”, y

en lo referente al Cabildo Abierto, puntualizó en el artículo 3:

En este punto la Corte pone de presente que la connotación eminentemente deliberante del cabildo que figura en la definición, en modo alguno significa que el legislador haya circunscrito sus efectos. Por el contrario, puede en todo tiempo conferirle capacidad decisoria. Queda, pues, abierta la puerta para que, en el futuro, el Congreso por la vía estatutaria les reconozca fuerza vinculante a las deliberaciones populares en cabildo, en forma congruente con la potestad soberana del pueblo quien, como titular originario la ejerce por esta vía de manera directa. (Corte Constitucional, 1994, p. 1)

Del análisis concreto y detallado del pronunciamiento de la honorable Corte Constitucional, está claro que en estos términos y hasta este momento queda proscrito todo tipo de carácter vinculante del Cabildo Abierto, ya que el legislador de acuerdo a lo anotado, solo le otorgó carácter deliberante a este mecanismo de participación. La cual fue considerada ajustada a la Constitución mediante la sentencia referida en líneas anteriores. Al respecto, cabe estar en desacuerdo con la decisión del alto tribunal Constitucional, toda vez que, al realizar una revisión histórica del papel de esta figura cumplida a través del tiempo, no ha sido otra sino la de servir de mecanismo de materialización de la democracia participativa. Por lo tanto, es pertinente preguntarse para qué le sirve al pueblo ejercer este mecanismo, si sólo se le ofrece como un mero instrumento deliberante, sin ninguna fuerza vinculante con

las decisiones de la administración. Sin duda, pensando en ello, fue que los magistrados Eduardo Cifuentes, Carlos Gaviria, Alejandro Martínez y Vladimiro Naranjo, salvaron sus votos, y donde reflejan su igual desacuerdo con la posición mayoritaria, cuya postura se expresa en los siguientes términos:

Cabildo Abierto-Naturaleza (Salvamento De Voto) El cabildo abierto es hoy en día una clara expresión de la soberanía popular local y de la democracia participativa contemporánea. De ahí su adopción en el artículo 103 de la Constitución de 1991, como uno de los mecanismos de participación del pueblo en el ejercicio de su soberanía. La decisión mayoritaria de la Corte sobre este punto, acepta el sentido democrático y participativo de la institución, pero, de manera inexplicable, limita sus alcances hasta considerar que sólo tiene efectos deliberantes. En estas condiciones, el cabildo abierto se confunde con el derecho de petición consagrado por el constituyente en el artículo 23 de la Carta.

La voluntad popular de institucionalizar una vía de participación adicional, queda entonces desvirtuada por la decisión de la Corte de recortar sus alcances hasta confundir su operatividad con la de otra figura ya existente.

- Eliminados sus efectos jurídicos, la única consecuencia que subsiste del texto constitucional es la nominal y, con ella, la de un eventual efecto simbólico en beneficio de la participación ciudadana, cuya utilidad es dudosa si se tiene en cuenta la producción de otro efecto

simbólico paralelo al anterior, y esta vez en beneficio de la frustración y de la apatía, ocasionadas por la ineficacia de los enunciados constitucionales.

- Las dificultades de la puesta en marcha de una institución constitucional no pueden conducir al legislador a frustrar su sentido y alcance. Es cierto que la reglamentación del cabildo abierto - como la de la revocatoria del mandato- plantea problemas difíciles y delicados. Sin embargo, la dificultad no es una imposibilidad - como lo demuestran otras legislaciones que contemplan la figura- y debió ser asumida - al menos por la Corte- para respetar la voluntad constituyente”. (Sentencia C-180, 1994).

En Sentencia T-637 2001, la Corte Constitucional nuevamente toca el tema del Cabildo Abierto, en donde aclara que “el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios que incidirán en el rumbo de su vida. Esto se manifiesta en varios artículos de la Carta sobre participación en escenarios diferentes al electoral” (Corte Constitucional, 2001, p.1). Así mismo, indica los fines de la democracia participativa y el concepto de Cabildo Abierto. A pesar de que en esta reciente sentencia se indica la importancia de la participación directa de los ciudadanos en los asuntos que le conciernen como tal y que estos tienen derecho de tomar parte en las decisiones de las autoridades, nuevamente la Corte Constitucional limita este derecho indicando en otro aparte de la precitada sentencia que “el reconocimiento que se hace en la Constitución del derecho fundamental a la participación política, no significa que no existan límites para su ejercicio” (Corte Constitucional, 2001, p. 1).

Como bien se indicó en líneas anteriores en esta investigación no se comparte la decisión de la Corte. No obstante, es una realidad que el legislador mediante la Ley 134 de 1994 (Congreso de la República de Colombia, 1994), sólo le dio un efecto deliberante a este mecanismo de participación ciudadana. En este sentido, la Corte en la jurisprudencia citada -Sentencia C-180 de 1994-, asimiló el Cabildo Abierto a un mero derecho de petición. Situación que podría servir para buscar el cumplimiento de la respuesta expresada en el derecho de petición mediante la vía jurisdiccional. Lo que entonces podría generar una especie de verdadero efecto vinculante de este mecanismo de participación. Para ilustrar mejor lo expuesto, se requiere citar el siguiente aparte de la sentencia en mención:

Cabildo Abierto- Derecho de Petición Colectivo. El cabildo constituiría una modalidad del derecho de petición, en este caso, colectivo, en cuanto quienes formulan en ejercicio de este instrumento, solicitudes o peticiones ante las autoridades públicas, tienen derecho a que éstas sean respondidas dentro de un término breve, como así lo consagra la norma legal, por lo que se encuentra ajustada a la Constitución. (Corte Constitucional de Colombia, 1994, p.1)

Entendiendo desde este punto de vista el Cabildo Abierto, es decir, como un derecho de petición de interés general, en el cual la autoridad respectiva le da respuesta en forma breve. Esta respuesta entonces es, a la luz de nuestro ordenamiento legal, un acto administrativo con las presunciones, efecto y

eficacia de cualquier otro acto administrativo, lo que puede generar en consecuencia una especie de eficacia del Cabildo Abierto frente a las decisiones de la administración (Corte Constitucional de Colombia, 1994, 1994).

Con ocasión a la expedición de la ley 1757 de 2015, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse a través del control previo de constitucionalidad, lo cual hizo mediante la sentencia C – 150 (2015). Con este pronunciamiento la Corte hace algunas aproximaciones sobre la capacidad de que el legislador le otorgue capacidad de decisión a este mecanismo de participación. Sobre este aspecto la Corte precisó:

Cabildo Abierto-Posibilidad de que el legislador le atribuya capacidad de decisión. El cabildo es un mecanismo de democracia participativa que activa la relación de control del poder político en tanto hace posible el diálogo directo de la administración con la ciudadanía... En todo caso también puede manifestarse como una forma de ejercicio de dicho poder político cuando en las normas que lo regulan se contempla que los resultados de la discusión sean obligatorios. La posibilidad de asignarle tales efectos, fue expresamente reconocida por este Tribunal en la sentencia C-180 de 1994 (Sentencia C-150, 2015).

De este pronunciamiento es evidente que el Alto tribunal Constitucional, tal cual se ha sostenido en esta investigación, no le otorgó jurisprudencialmente ningún efecto decisorio a este mecanismo de participación. Reservando esa posibilidad al legislador, el cual con la expedición de la ley 1757 de 2015

que se analiza, sólo en un supuesto genera una especie de fuerza vinculante sin establecer - como se dijo - ninguna norma de carácter procedimental, que permita hacer efectiva las decisiones adoptadas de acuerdo al artículo 28 y, de contener mucho menos a las demás determinaciones que se encuentren por fuera de ese supuesto normativo.

Por último, la Corte no hizo mayores consideraciones al respecto de la naturaleza jurídica del Cabildo Abierto, y del escenario establecido en el marco de entender a este mecanismo de participación como un verdadero elemento de materialización de la democracia participativa. Y especialmente de que su celebración, conclusiones y respuestas deben configurarse en verdaderas decisiones obligatorias para la administración municipal en todos sus contextos. No basta con dejar exclusivamente esa connotación al legislador, quien no agota, por lo visto, esta posibilidad. Se requiere hacer uso del derecho administrativo y a la manifestación de voluntad de la administración, que conlleva la creación, modificación o extinción de una situación jurídica particular. En lo relativo al tratamiento jurisprudencial que el Honorable Consejo de Estado le ha dado al Cabildo Abierto, es claro que, tanto la ley como la jurisprudencia tradicionalmente, apenas le han otorgado un carácter deliberatorio. Solamente a partir de la expedición de la ley 1757 de 2015 (Congreso de la República de Colombia, 2015), se concedió obligatoriedad a decisiones que deliberadamente adopte la administración, asumiendo compromisos, con las reservas advertidas en lo relativo a la ausencia de medio procesal que permitan hacerlas efectivas. Todos los pronunciamientos del máximo tribunal de lo contencioso

administrativo, en relación con este mecanismo de participación, se relacionan con aspectos de carácter procedimental sobre la legalidad en el trámite de los mismos. Pero en ninguno caso aborda puntualmente el carácter vinculante o los eventuales efectos obligatorios que pueden tener este mecanismo de participación.

COMPROMISOS DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL MARCO DE LA CELEBRACIÓN DEL CABILDO ABIERTO

Como se vio anteriormente el Cabildo Abierto es un escenario propio de los Municipios y Distritos, en los cuales se discuten temas de interés general. En este sentido, entendiendo que es el Municipio o Distrito, a través de sus funcionarios, quienes tienen las competencias en el orden territorial. En la práctica son ellos los llamados a dar explicaciones y adquirir compromisos en el marco de las deliberaciones propias del Cabildo Abierto. Resulta preciso aclarar que no necesariamente la administración pública resulta vinculada al desarrollo del Cabildo Abierto. Por lo tanto, no siempre adquiere compromisos y responsabilidades en los mismos. Sin embargo, en la mayoría de los casos suele ser así, y es en estos donde se problematiza el margen de eficacia de este mecanismo de participación popular. En tal evento se evidencia de que la administración se abstenga de cumplir sus compromisos. Entonces ¿Cuál sería el mecanismo del que disponen los ciudadanos para hacer cumplir a la administración dichas responsabilidades? En este orden de ideas, resulta necesario indicar que tal y como quedó concebido el Cabildo Abierto en su desarrollo legal, no existía norma que precise o materialice

la posibilidad de darle cumplimiento a los compromisos adoptados por la administración, resultando estéril e ineficaz este mecanismo. No obstante, cabe la posibilidad de usar herramientas residuales propias del derecho administrativo que puedan revestir de cierta eficacia a este mecanismo, tal como se plantea en este trabajo de investigación.

Ahora bien, el Congreso expidió la ley 1757 de 2015 (Congreso de la República de Colombia, 2015), a través de la cual se dotó de una especie de efectos vinculantes al Cabildo Abierto. Especialmente, en lo consagrado en el artículo 28 de la citada norma, la cual precisa i) la obligación que tiene la administración municipal o distrital de dar respuesta a los planteamientos y solicitudes presentadas por los ciudadanos en el marco de la celebración de este mecanismo de participación, señalando el orden de prioridad en el evento en que esas conlleven esfuerzos fiscales; y ii) la obligación, por parte de las autoridades, de ejecutar los compromisos decisorios incluidos en las respuestas emitidas. Amén de lo anterior, resulta de vital importancia precisar que esta nueva legislación no reviste, desde el punto de vista de esta investigación, una connotación plena de materialización de la democracia participativa, que debe tener esta clase de mecanismos de participación ciudadana. Toda vez que deja a la administración la liberalidad de adoptar dichos compromisos, y sólo cuando existan esta clase de decisiones podrá hablarse de efecto vinculante. Por supuesto, sin dejar de lado el importantísimo hecho de que ni la legislación anterior ni la actual, consagran un mecanismo expedito para hacer efectivos los efectos vinculantes de las respuestas dadas por la administración. Ya que, si bien cierto que la nueva norma otorga desde el punto

de vista sustancial la vocación de exigibilidad de los compromisos decisorios adquiridos, no contempla ningún mecanismo adjetivo para su cumplimiento.

ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA Y ACTO ADMINISTRATIVO

La actuación administrativa es “comprendida como la concreción y, si se quiere, exteriorización de las actividades administrativas” (Montaña, 2010). En el derecho administrativo, como lo explica el Dr. Montaña (2010, p. 167) en su obra *Fundamentos de Derecho Administrativo*, lo que guarda más relevancia jurídica de las actividades administrativas, es la forma como éstas se concretan, toda vez que

son acciones u omisiones materiales, los fenómenos a través de los cuales se puede constatar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones administrativas, así como los que dan lugar a una eventual responsabilidad del sujeto que cumple una función administrativa. (p.167)

Es la etapa en que se gesta y nace el acto que decide un asunto propio del derecho administrativo, sea de interés general o de interés individual, que ha sido planteado a una autoridad o que ésta ha asumido oficiosamente. En ella, la autoridad se llena de razones y fundamentos para tomar tal decisión y la profiere. Es la etapa fundamental, necesaria y suficiente para que nazca todo acto administrativo cuya expedición está sujeta a un procedimiento administrativo” (Berrocal, 2009, p. 353).

Este procedimiento surge por diferentes causas contempladas en el artículo 4 del

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que en primer lugar tiene al ejercicio del derecho de petición en interés general, y tal como lo enunció la Corte Constitucional en la Sentencia C-180 (1994), el “Cabildo constituiría una modalidad del derecho de petición, en éste caso, colectivo” (p.1). Por ello, es de vital importancia todo el desarrollo de la audiencia de Cabildo Abierto y la decisión que se tome en la misma, así como también es la materialización de lo consignado en la respectiva acta. Y lo es porque, en tratándose de que el Cabildo Abierto, representa una modalidad del derecho de petición, donde el mismo tiene como principio rector el de la prontitud, en disposición del artículo 23 de la Constitución Política (Presidencia de la República de Colombia, 1991). Tal derecho comprende no sólo el poder hacer peticiones respetuosas a las autoridades, sino también el de obtener pronta resolución. Para el desarrollo del principio de prontitud, los funcionarios encargados de resolver las peticiones deben ceñirse a lo normado en los artículos 7 y 9 del CPACA (Congreso de la República de Colombia, 2011) el cual encontró garantías tanto en los mencionados artículos como en el 31, y que se encuentra en la actualidad consagrados en la Ley 1755 (2015), que después de 24 años fue expedida a través de una ley estatutaria de manera acorde con la Constitución.

Lo resuelto después de una actuación administrativa conlleva, por supuesto, a un acto administrativo. El cual

se considera nacido a la vida jurídica desde el momento mismo en que se adopta formalmente la decisión, es decir,

una vez elevada a escrito y debidamente firmada, o sea cuando se plasma en el instrumento o documento público respectivo (Berrocal, 2009, pp. 377-378).

Esta tesis encuentra asidero legal en la nueva Ley 1757 de 2015, cuando se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática, en cuyo artículo 28 se estipula la obligatoriedad de la respuesta al Cabildo Abierto. Al respecto, Bielsa (1980) encuentra la justificación del acto administrativo en la circunstancia de que la ejecución de toda actividad materia u operación administrativa debe ser precedida de una decisión, en la que la autoridad debe valorar los hechos, la oportunidad, la urgencia, los medios que han de emplearse, la eficacia, etc. De modo que si el estado procediera a ejecutar todo lo que entra en la órbita de su actividad (operación) sin previa decisión, esa actividad sería jurídicamente incierta o indefinida, y no se justificaría como función del poder estatal, que obra siempre de acuerdo con el derecho, salvo en la actividad práctica y puramente técnica. Otra razón que expone es la posibilidad de someter la decisión ejecutoria al juicio de los administrados, es decir, a aquellos a quienes la decisión ha de aplicarse, y cuyo derecho o interés legítimo puede ser lesionado por la ejecución. Por otra parte, el profesor Vidal, precisa al respecto:

La importancia que dentro del derecho administrativo ha tenido el acto administrativo es similar a la que en el derecho privado tuvo. Si bien muchas características del acto administrativo han salido a la superficie con ocasión del ejercicio del control de legalidad,

hoy se hace también el estudio con mayor autonomía doctrinaria como una de las nociones fundamentales; es decir, desde un ángulo de derecho sustantivo y no sólo de los vicios en el contencioso administrativo. Podría agregarse también que es uno de los temas favoritos de la literatura jurídica latinoamericana. (2008, p. 292)

Como bien se ha visto, el acto administrativo es una decisión “de cualquier órgano del Estado actuando en función administrativa conforme a la ley, lo cual consulta el espíritu de la Constitución Política, para lograr los fines del Estado, conforme lo dice el artículo 113” (Penagos, 2008, p. 185), que genera efectos jurídicos. En cuanto a los actos administrativos que se expresan en actos de órganos colegiados, el tratadista citado indica:

Si la ley no establece una forma determinada para declarar la voluntad administrativa, generalmente los órganos colegiados expresan su voluntad por medio de actas, y sus decisiones pueden ser impugnadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues no se trata de un simple relato de lo acontecido en una reunión, sino de verdaderos Actos Administrativos. (2008, p. 202)

En este sentido, el Dr. Penagos aporta el ejemplo de acto administrativo expresado en -actas de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, en donde se decidió adoptar el régimen de salario integral para unos funcionarios y reestructurar el esquema de la misma empresa-. El profesor José Roberto Dromi (1997), en su obra *El Acto Administrativo*

indica lo concerniente a los requisitos formales de las actas:

que en los órganos colegiados se elaborará un acta de cada sesión, que deberá contener: 1) tiempo y lugar de sesión; 2) indicación de las personas que hayan intervenido; 3) determinación de los puntos principales de la deliberación, y 4) forma y resultado de la votación.

El acta y los acuerdos se documentarán por separado, debiendo ser firmados por todos los miembros intervinientes (Dromi, 1997, p.)

Estos actos tienen una importancia en la vida social de la nación, pues el Estado social de derecho que se caracteriza por la participación, requiere la intervención de los ciudadanos, “bien sea en ejercicio del derecho de petición o bien para la producción de decisiones, por medio del plebiscito, referendo, consulta popular, cabildo abierto, etc., conforme el artículo 103 de la Constitución Política de 1991” (Penagos, 2008, p. 64). En tal sentido, las respuestas de la administración en el desarrollo del Cabildo Abierto constituyen un acto administrativo. De conformidad con lo anterior, se puede establecer que al momento de darle trámite a un Cabildo Abierto se inicia un procedimiento administrativo, y que culmina con las respuestas dadas por la administración, y éstas quedan consignadas en las respectivas actas del Concejo.

Ahora bien, estas respuestas en el evento que impliquen compromisos concretos de la administración a la hora de resolver las peticiones de carácter general, se convierten en verdaderos elementos de carácter vinculante para la administración, y en este sentido podría cualquier ciudadano intentar

entonces, por la vía jurisdiccional, buscar el cumplimiento de dicho acto administrativo. Indiscutiblemente, esto genera eficacia al Cabildo Abierto, y además lo convierte en un mecanismo idóneo y expedito para la materialización de la democracia participativa. Lo anterior encuentra respaldo legal, de acuerdo a lo establecido en el artículo 28 de la ley 1757 de 2015, cuando dispone

Una semana después de la realización del cabildo se realizará una sesión a la cual serán invitados todos los que participaron en él, en la cual se expondrán las respuestas razonadas a los planteamientos y solicitudes presentadas por los ciudadanos, por parte del mandatario y de la corporación respectiva, según sea el caso” (Congreso de la República de Colombia, 2015, p. 9).

Es claro entonces que teniendo en cuenta que las respuestas dadas por la administración corresponden a su manifestación unilateral de voluntad, creando, modificando o extinguiendo una situación jurídica en particular. Por lo tanto, se puede decir, sin mayor hesitación, que se está frente a un acto administrativo.

EFEECTO VINCULANTE DEL CABILDO ABIERTO EN COLOMBIA

De acuerdo al planteamiento sostenido en líneas anteriores, al considerar que en algunos casos el Cabildo Abierto puede tener efecto vinculante en contraposición de lo planteado por la Corte Constitucional. Es posible afirmar, por lo tanto, que en el evento en que la comunidad en ejercicio de este mecanismo de participación le plantee

a la administración inquietudes que generen compromisos concretos a la administración y que en consecuencia los adquiera, y además queden consignados en las respectivas actas de la corporación (Concejo Municipal y/o Distrital). Sin duda, el Cabildo Abierto puede generar entonces un verdadero efecto vinculante. Dicho procedimiento lo cubre de eficacia frente a la materialización de la democracia participativa. Por supuesto, toda vez que se entienda a la respuesta de la administración como un acto administrativo con los mismos efectos y fuerza jurídica de todos los actos administrativos, concretamente con la presunción de la legalidad y ejecutividad. Puede solicitarse su acatamiento a través de una acción de cumplimiento ante la jurisdicción contencioso – administrativa. Aunado a ello el artículo 89 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, declara que “salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento”. (Congreso de la República de Colombia, 2011).

Así las cosas, queda precisado entonces que, en virtud de estas consideraciones, el Cabildo Abierto puede estar revestido en ciertas circunstancias de efecto vinculante en las decisiones de la administración. Ahora bien, resulta importante resaltar que efectivamente la ley 1757 de 2015, representa un avance que se encuentra en armonía con respecta a la postura de esta investigación en algunos aspectos. Particularmente cuando dota de eficacia al Cabildo Abierto, sobre todo en lo establecido con el inciso final del artículo

28, en cual se indica: “Si las respuestas dadas por los funcionarios incluyen compromisos decisorios, estos serán obligatorios y las autoridades deberán proceder a su ejecución, previo cumplimiento de las normas constitucionales y legales” (Congreso de la República de Colombia, 2015, p. 9).

Aquí resulta innegable el avance que recientemente el legislador introdujo sobre el Cabildo Abierto; sin embargo, sólo se estableció en dos escenarios como ya se dijo. El primero tiene que ver con la obligatoriedad de la respuesta, que, dicho sea de paso, no implica necesariamente la adopción de compromisos concretos. El segundo guarda relación con lo que tiene que ver con la adopción de compromisos decisorios por parte de la administración, evento en el cual deberán ser ejecutados necesariamente.

No obstante, como ya se ha sostenido en esta investigación, la positivación de estos elementos no dotan de manera completa de la eficacia que merece este mecanismo de participación. Sobre todo, si se tiene en cuenta que este es un mecanismo de origen ciudadano. En primera medida hay que indicar que el hecho de que la administración deba obligatoriamente responder las peticiones y observaciones que hagan los ciudadanos, no reviste de eficacia al Cabildo Abierto por este sólo hecho. Por otro lado, está la posibilidad de que no siempre esas respuestas implican la adopción de compromisos decisorios, por parte de la administración que son los que eventualmente deberán ser ejecutados. En este orden cabe admitir que dentro de este mecanismo de participación puede llegarse a respuestas por parte de la administración que no tengan el carácter de decisorios, más bien,

pueden ser compromisos que impliquen una obligación de no hacer, o más claro aún, la de abstenerse de ejercer una política pública o programa en particular.

En este sentido, se plantea, a título de ejemplo, que los ciudadanos convoquen a un Cabildo Abierto con el fin de que la administración se abstenga de tercerizar o privatizar una empresa de servicios públicos del municipio. En este caso lo que se le solicita a la administración no es que tome una decisión y la ejecute – tal como lo establece la ley – sino más bien, se comprometa a no hacer tal ejecución. Este supuesto no se encuentra previsto por el legislador y, por lo tanto, podría generar un escenario de controversia frente a la eficacia de este mecanismo de participación.

Por otro lado, aun considerando que las disposiciones planteadas por el legislador resultan suficientes para entender y aceptar la eficacia del Cabildo Abierto desde el punto de vista sustancial, lo cierto es que estas normas no contemplan un mecanismo de protección de los intereses de los ciudadanos que resulten desconocidos por la administración. Es decir, no consagra un medio de control judicial específico que permita a los ciudadanos exigir de manera concreta el cumplimiento de los compromisos pactados que impliquen decisiones por parte de la administración, y muchos menos poder exigir otra clase de determinaciones adoptadas en la celebración del Cabildo Abierto. Por ello, la postura de esta investigación es hacer referencia a la utilización del acto administrativo y de la acción de cumplimiento que reviste de vital importancia para hacer efectivo y eficaz este mecanismo de participación, máxime en las

futuras discusiones judiciales que se presenten sobre este particular.

MECANISMO PARA DEMANDAR EL CUMPLIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO PRODUCTO DE LAS CONCLUSIONES DEL CABILDO ABIERTO

En esta investigación se ha sostenido que la única forma de revestir de efectos vinculantes al Cabildo Abierto es exclusivamente haciendo uso de un medio de control judicial, que, para el efecto, y tal como queda señalado en líneas anteriores, sería la acción de cumplimiento. Para efectos prácticos ahora se explicará ¿Cuál sería el procedimiento a seguir por cualquier ciudadano que pretenda hacer uno de esta herramienta? La acción de cumplimiento tiene su fundamento en el artículo 87 de la Constitución política que precisa:

Artículo 87. Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido. (Presidencia de la República de Colombia, 1991, p. 15)

Tal como lo indica el tratadista Arboleda (2011, p. 255):

Esta norma tipifica la llamada acción de cumplimiento, que como se deduce de su lectura tiene como titular a cualquier persona, lo que conlleva que no se requiera de un interés directo para presentar la demanda, y su finalidad es la de forzar el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo.

En este punto Solano (2014, p. 593) sostiene que: “En términos generales, la acción propende a la efectividad y aplicación material de las leyes y de los actos administrativos. Este es, para que se cumpla una norma legal o se ejecute un acto administrativo”. Por su parte, la Ley 393 (Congreso de la República de Colombia, 1997), desarrolló el artículo 87 del canon constitucional, precisando en su artículo 1 lo siguiente: “Artículo 1º.- Objeto. Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta Ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o Actos Administrativos” (p. 1). De otro lado, dentro los medios de control consagrados por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 (Congreso de la República de Colombia, 2011), también encuentra su desarrollo en el artículo 146, el cual reza:

Cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos. Toda persona podrá acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, previa constitución de renuencia, para hacer efectivo el cumplimiento de cualesquiera normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos. (p. 52)

Es claro que esta acción resulta la idónea para materializar el cumplimiento de los actos expedidos por la administración y, concretamente, para hacer efectivas las conclusiones del proceso del Cabildo Abierto. Consagrándose así no sólo como una mera enunciación sino como la real posibilidad de exigirle a la administración que cumpla las obligaciones – si se quiere – contenidas en

estas conclusiones. De inmediato es necesario precisar el procedimiento establecido para materializar la eficacia de este mecanismo de participación ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

REQUISITO PREVIO DE REQUERIMIENTO O RENUENCIA

Una vez que se haya acudido ante la justicia contenciosa a ejercer el medio de control del cumplimiento del acto administrativo que contiene las conclusiones y compromisos de la administración pública en el marco del Cabildo Abierto. Acto seguido, el peticionario debe solicitar el cumplimiento a la autoridad encargada de ejecutar el acto y si ésta se rehúsa a cumplir o no da respuesta a la correspondiente petición, dentro de los 10 días siguientes al recibo de la misma, se entenderá este hecho como prueba para demostrar la renuencia. Debe precisarse que este constituye un requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción contenciosa con ocasión a la acción de cumplimiento; muy a pesar de que este requerimiento o petición inicial no está revestida de ninguna formalidad especial.

La petición efectivamente debe ser clara y exponer su objeto. Además, deberá precisar con suficiente claridad cuál es el acto administrativo del que se solicita su cumplimiento y, si es del caso, aportar copia del mismo. Resulta oportuno reiterar que a pesar de que la ley posibilita el escenario de impetrar peticiones verbalmente, en tratándose del requerimiento al que se viene haciendo mención, éste debe estar expuesto necesariamente por escrito adicionando que dentro del contenido debe existir juramento del peticionario de no haberse presentado otra pretensión por los mismos hechos, por

la misma persona, contra las mismas leyes, normas o actos administrativos, y en el ámbito de competencia de la misma autoridad ni ante varios jueces administrativos.

Improcedibilidad

La acción de cumplimiento por expresa disposición del artículo 9 en su inciso primero, de la ley 393 de 1997 no procede para la protección de derechos que puedan ser amparados mediante la acción de tutela (Congreso de la República de Colombia, 1997). Tampoco procederá cuando el interesado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el cumplimiento del respectivo acto administrativo, salvo. eso sí, que de no proceder el juez le cause un daño o perjuicio irremediable. Por último, hay que señalar que mediante este mecanismo tampoco se podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos, circunstancia ésta que resulta oportuna respecto de la racionalidad del gasto público, y del derecho presupuestal en general.

Caducidad

Para esta clase de acción no existe caducidad, tal como lo establece la legislación y especialmente el artículo 164 de la ley 1437 de 2011 (Congreso de la República de Colombia, 2011). En tanto, eso sí, los actos administrativos objeto de la pretensión de cumplimiento no hayan perdido fuerza ejecutoria. Lo anterior es entendible ya que este atributo extrínseco del acto administrativo es el que le imprime la posibilidad de ser ejecutable y, de contera, exigir su cumplimiento.

La demanda

Luego de cumplidos los requisitos antes anotados, podrá presentarse la respectiva demanda, tal como lo dispone el artículo 10 de la Ley 393 de 1997 (Congreso de la República de Colombia, 1997), cuyo contenido debe compadecerse de los requisitos establecidos en esta norma. Pero, además, por ser éste un medio de control, deberá en todo caso cumplir los requisitos consagrados en el artículo 162 de la Ley 1437 de 2011 (Congreso de la República de Colombia, 2011) y el artículo 82 del Código General del Proceso –Ley 1564- (Congreso de la República de Colombia, 2012). Si la demanda cumple con los anteriores requisitos, deberá ser admitida por el juez administrativo, en caso contrario, el juez señalará al demandante los defectos de que adolezca para que en el término de dos días sea corregido. Si no se subsana la demanda dentro del plazo indicado, ésta se rechazará.

En todo caso, debe precisarse que en el evento donde el demandante no aporte la prueba del cumplimiento del requisito de procedibilidad, consagrado en el inciso segundo del artículo 8 ibídem, el juez rechazará de plano la demanda, y, por lo tanto, en este caso no se producirá orden de corrección. La norma especial que regula la acción de cumplimiento establece la posibilidad de que la demanda pueda presentarse verbalmente. Sin embargo, en la práctica de los juzgados administrativos, esta posibilidad resulta difícil dado que en la jurisdicción contenciosa no existe esta posibilidad para el trámite de cualquier medio de control.

Traslado de la demanda

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 13 de norma *ibídem*, el auto que admite la demanda se notificará. Procedimiento en el cual, además de entregarle a la entidad respectiva copia del libelo demandatorio y de sus anexos, se le hará saber el derecho que tiene de hacerse parte en el proceso, para ejercer su derecho a la defensa, mediante la contestación de la demanda, presentación de excepciones, allegar y solicitar pruebas, entre otros. Es este también el momento procesal para plantear la excepción de inconstitucionalidad, teniendo en cuenta que cualquiera de las actitudes procesales que quiera adoptar la entidad deberá hacerlo dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto admisorio de la demanda.

Inconstitucionalidad por vía de excepción

Dentro del término para descender traslado de la demanda, es la oportunidad procesal para plantear la inconstitucionalidad por vía de excepción, tal como lo consagra el artículo 20 de la norma en cita. Esta excepción puede ser presentada por la autoridad pública accionada como un mecanismo de defensa, que le impide darle cumplimiento al deber derivado de la ley o del acto administrativo. Téngase en cuenta que por el carácter sustancial y por los efectos que tienen relación con el ejercicio de la acción, se resuelve de fondo en la sentencia. Por otro lado, el mismo juez, de oficio, puede aplicar esta excepción tal como lo impone el artículo 4 de la Constitución Política.

Fallo

El plazo máximo para decidir será de 20 días siguientes a la admisión de la demanda, tal como lo establece el inciso final del artículo 12 y artículo 21. En caso del que el fallo sea afirmativo, que ordena el cumplimiento del acto administrativo, deberá contener, por lo menos: a) identificación del solicitante, b) la determinación de la obligación cumplida, c) la identificación de la autoridad de quien proviene el incumplimiento, d) la orden a la autoridad renuente de cumplir o hacer cumplir la norma o acto administrativo, e) el plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, el que en todo caso no podrá exceder de 10 días hábiles, contados a partir del día siguiente de la fecha en que queda ejecutoriado el fallo. De requerirse un término mayor, el juez lo otorgará, previa motivación en la sentencia; f) ordenar al órgano de control correspondiente el adelantamiento de la investigación para determinar responsabilidades penales, fiscales o disciplinarias, cuando la conducta del incumplimiento así lo exija; g) si hubiere lugar, la condena en costas. En caso de no prosperar las pretensiones de la demanda, el juez en la sentencia advertirá que no podrá volverse a intentar con la misma finalidad, siempre y cuando se trate de los mismos hechos. En otras palabras, se produce cosa juzgada material sobre el asunto.

Impugnación del fallo

Están facultados para impugnar la correspondiente sentencia, las partes que intervinieron en el proceso, es decir, los sujetos procesales y el Defensor del Pueblo. El recurso deberá interponerse dentro de los tres días siguientes a la notificación de la sentencia,

la cual deberá presentarse ante el juez que emitió la respectiva providencia. Valga decir, que el recurso deberá contener los motivos de inconformidad que lo fundamentan. El recurso se concederá en efecto suspensivo, es decir, la ejecutoria de la sentencia se suspende hasta tanto el superior resuelva la alzada. La única excepción que contempla la Ley 393 de 1997 relativa a la suspensión del cumplimiento del fallo es cuando la misma genere un perjuicio irremediable al demandante -Art. 26 inciso final- (Congreso de la república de Colombia, 1997).

Trámite en segunda instancia

En el caso en que se conceda la impugnación del fallo en primera instancia, el expediente se enviará al Tribunal Administrativo que corresponda. La impugnación le confiere competencia al juez de segundo grado para revisar integralmente la actuación procesal. Además, podrá solicitar informes y ordenar de oficio la práctica de las pruebas que resulten necesarias. Si no se solicitan informes ni la práctica de pruebas o en caso de decretadas y concluido el término probatorio, se resolverá de plano el recurso sin necesidad de auto que así lo declare. Proferida la sentencia de segundo grado, y si a juicio del superior el fallo carece de fundamento, procederá a revocarlo, comunicándolo de inmediato, o si lo encuentra ajustado a derecho, lo confirmará.

Una nueva mirada

Tal cual queda visto es posible que, a través de la utilización de elementos propios del derecho administrativo, específicamente del acto administrativo desde el punto de vista sustancial, y de la acción de cumplimiento

desde la perspectiva procedimental, se logre reivindicar la materialización de los efectos vinculantes del Cabildo Abierto. Es esta una herramienta práctica y una salida para revestir de eficacia las conclusiones del Cabildo Abierto, siempre y cuando estén relacionadas con compromisos adquiridos por la administración Municipal o Distrital en el desarrollo de este mecanismo de participación. Y así evitar que la administración, una vez haya comprometido su voluntad, pretenda posteriormente desconocer dichas obligaciones. Por lo cual podría intentarse una demanda en las condiciones descritas, para que la administración sea obligada a cumplir con sus compromisos por vía judicial.

CONCLUSIONES

La Constitución de 1991, creó varios mecanismos de participación de la democracia participativa entre los cuales se encuentra el Cabildo Abierto como elemento fundamental del desarrollo y materialización de la democracia participativa.

La ley 134 de 1994, por medio de la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación, no hizo un desarrollo del Cabildo Abierto de forma que se compadezca con la filosofía de esta institución, dándole en este sentido un mero carácter deliberatorio y no vinculante como debería ser. No obstante, pasados más de 22 años, se modificó la anterior legislación mediante la expedición de la ley 1757 de 2015, la que en su artículo 28 consagró la obligatoriedad de las respuestas de la administración y la posibilidad de adoptar compromisos decisorios por parte de ésta. Sin embargo, en ningún caso, consagró

la eventualidad de exigir, mediante control judicial, este relativo efecto vinculante introducido con la reforma.

En el sistema jurídico colombiano el Cabildo Abierto ha constituido, en principio, un elemento meramente deliberatorio sin posibilidad de constituirse en un mecanismo con vocación vinculante. Lo anterior ha sido tolerado por la honorable Corte Constitucional sin mayores reparos.

Con la reciente modificación de las normas sobre promoción del derecho a la participación democrática, expedida para regular de mejor manera el plebiscito con ocasión del proceso de paz que vive el país, se le dotó de cierto efecto vinculante al Cabildo Abierto; sin embargo, sólo en el entendido de que la administración adopte compromisos que impliquen decisiones ejecutables, pero sin existir herramientas adjetivas para exigir su efectivo cumplimiento.

El Cabildo Abierto puede constituirse, en cierta medida, en un mecanismo idóneo para la materialización de la democracia participativa y de eficacia frente a las decisiones de la administración, en el entendido de considerarlo con un derecho de petición de interés general. La administración, dentro de la celebración del mismo, le da las correspondientes respuestas, las cuales se convierten en verdaderos actos administrativos.

Debido a que las respuestas de la administración, en ocasión de la celebración del Cabildo Abierto, constituyen actos administrativos con presunción de legalidad y ejecutividad, cualquier ciudadano podría demandar su cumplimiento ante la jurisdicción contencioso – administrativa. Sin

duda, esto representaría un avance no sólo en la eficacia de las conclusiones del Cabildo Abierto, sino además un avance significativo en lo relativo al vacío legal frente a este escenario.

REFERENCIAS

- Arboleda, E. J. (2011). *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá D.C.: Legis.
- Berrocal, L. E. (2009). *Manual del Acto Administrativo* (5 ed.). Bogotá D.C.: Librería Ediciones El Profesional Ltda.
- Bielsa, R. (1980). *Derecho Administrativo* (Vol. II). Buenos Aires, La Argentina: La Ley. Bogotá D.C.
- Buey, F. (8 de enero de 2015). *Universitat Pompeu Fabra*. Obtenido de *Universitat Pompeu Fabra*. Recuperado de: http://www.upf.edu/materials/polietica/_img/demo1.pdf
- Cogollos, S. & Ramírez, J. (enero - junio de 2004). *Perspectiva histórica del Cabildo Abierto, Una forma de participación ciudadana*. (P. U. Javeriana, Ed.) *Memoria y Sociedad*, 8(16).
- Congreso de la República de Colombia (2011) *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [CPACA]*. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://tinyurl.com/yj9ft7uv>
- Congreso de la República de Colombia. (12 de Julio de 2012). *Ley 1564 de 2012. Código General del Proceso*. Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (18 de enero de 2011). *Ley 1437 de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá D.C.

- Congreso de la República de Colombia. (29 de Julio de 1997). Ley 393 de 1997. Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (30 de junio de 2015). Ley 1757 de 2015. Bogotá <https://tinyurl.com/yfljxyb9>
- Congreso de la República de Colombia. (31 de mayo de 1994). Ley 134 de 1994, Bogotá, Colombia. DO: 41. 373/ Recuperado de: <https://tinyurl.com/yfo6f5et>
- Corte Constitucional Colombiana. (1994). Sentencia C-180. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://tinyurl.com/ygx5my4s>
- Corte Constitucional Colombiana. (2015). Sentencia C-150. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://tinyurl.com/yeeofhz6>
- Dromi, J. R. (1997). El Acto Administrativo (3 ed.). Buenos Aires - La Argentina: Ediciones Ciudad Argentina.
- Gaviria, C. (1990). Documentos de la Escuela Superior de la Administración
- Gómez, E. (1999). Derecho Administrativo Social y Democrático (Vol. I). Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Montaña, A. (2010). Fundamentos del Derecho Administrativo. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Penagos, G. (2008). El Acto Administrativo (Vol. I). Bogotá D.C.: Doctrina y Ley Ltda. Penagos, G. (2009). Bases jurídico políticas del derecho administrativo (2° Ed. ed.). Bogotá D.C.: Doctrina y Ley Ltda.
- Peraza, A. (marzo de 2005). Universidad Andina Simón Bolívar. Recuperado de <http://www.uasb.edu.ec/padh/centro/pdfs13/arturo%20peraza.pdf>
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto 2241 del 15 de julio de 1986, por el cual se adopta el Código Electoral. Recuperado de <https://tinyurl.com/yejxuw2b>
- Solano, E. J. (2014). Derecho Procesal Contencioso-Administrativo. Bogotá D.C.: Doctrina y Ley.
- Superintendencia de Servicios Públicos. (1999). Manual de Participación Ciudadana. Universidad Externado de Colombia.
- Vidal, J. (2008). Derecho Administrativo (13 ed.). Bogotá D.C., Colombia: Legis.
- Zuleta, E. (1988). La Participación Democrática en Colombia. Revista Universidad de Antioquia

CAPÍTULO 7

CRITERIOS PARA CONCRECIÓN FÁCTICA DE CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS EN LA ESFERA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Jorge Mejía Turizo
Eliana Moreno Durán
Stephania Miranda Rodríguez



CRITERIOS PARA CONCRECIÓN FÁCTICA DE CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS EN LA ESFERA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA¹

Jorge Mejía Turizo², Eliana Moreno Durán³, Stephania Miranda Rodríguez⁴

RESUMEN

Palabras clave

Conceptos jurídicos indeterminados, administración pública, potestad reglada, potestad discrecional.

Esta investigación consiste en establecer unos criterios que sirvan de límite a la aplicación y concreción de conceptos jurídicos indeterminados de carácter constitucional o convencional utilizados como fundamento de medidas administrativas tendientes a solucionar problemáticas sociales, y para lograrlo se propone una metodología descriptiva – exploratoria, con un método inductivo y tomando como técnicas para la recolección de datos el análisis documental, encuestas y entrevistas. Al final se espera que los resultados de esta investigación tengan impacto en la disciplina, en particular la redefinición de la forma de concebir los mecanismos de concreción de los preceptos constitucionales por parte de la administración. Además, que de paso sea de utilidad para que los ciudadanos individualmente o a través de asociaciones, organizaciones o colectivos, puedan ejercer control social directo, más allá del simple control de la legalidad institucional.

-
1. La presente investigación forma parte del proyecto de investigación denominado “Actividad de la administración pública y su control jurisdiccional” desarrollada por el grupo de investigación Andrés Bello de la Corporación Universitaria Rafael Núñez, Campus Barranquilla.
 2. Abogado, Magíster en Derecho Administrativo. Doctorando en Derecho, Ciencia política y Criminología por la Universidad de Valencia, España. Docente investigador del grupo de investigación Andrés Bello de la Corporación Universitaria Rafael Núñez, Campus Barranquilla. Email: Jorge.mejia@curvirtual.edu.com
 3. Estudiante del Décimo semestre de Derecho e integrante del semillero de investigación del grupo de investigación Andrés Bello de la Corporación Universitaria Rafael Núñez, Campus Barranquilla.
 4. Estudiante del cuarto semestre de Derecho e integrante del semillero de investigación del grupo de investigación Andrés Bello de la Corporación Universitaria Rafael Núñez, Campus Barranquilla

Keywords

Indeterminate legal concepts, public administration, regulated power, discretionary power.

ABSTRACT

The main purpose of this research is to establish criteria that serve as a limit to the application and specification of indeterminate legal concepts of a constitutional or conventional nature used as a basis for administrative measures aimed at solving social problems, and to achieve this a descriptive methodology is proposed - exploratory, with an inductive method and taking as techniques for the data collection the documentary analysis and surveys or interviews. In the end it is expected that the results of this research have an impact on the discipline, a redefinition of the way of conceiving the mechanisms of concretion of the constitutional precepts by the administration, as well as serving the citizens individually or through associations, organizations or collectives may exercise social control, beyond simple control of legality.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación plantea un problema ciertamente recurrente en el contexto del funcionamiento de las administraciones públicas. El escollo se presenta en términos de realidad, cuando un funcionario investido de potestad reglamentaria o regulativa del orden administrativo, intenta la expedición de un acto administrativo a fin de adoptar una medida, tomar una decisión o establecer una solución frente a una situación concreta. Amparándose para la expedición de tal acto en un concepto amplio, abstracto, impreciso o ambiguo, que no permite contornos conceptuales definidos. Pues no admiten una cuantificación o determinación rigurosa, al decir de García y Fernández (2003), y la única forma de ser precisado, es mediante su aplicación material. A tales conceptos la doctrina le ha llamado conceptos jurídicos indeterminados (Martínez-Vares, 1994, Igartúa, 2000, Brewer-Carías, 2009 etc.), conceptos esclusas (Böckenfördel, 2000) o normas de textura abierta (Hart, 1980). Pero es justamente en su aplicación, en donde emerge el problema, debido a que, gracias a la ductilidad de su margen de apreciación, es factible incurrir en desviaciones de poder en la toma de decisiones, con abusos, arbitrariedades y carencia de objetividad, racionalidad, razonabilidad y educación de medios.

En ese sentido, esta investigación resulta pertinente puesto que es un intento por establecer teóricamente unos criterios que se puedan llevar a la práctica, para limitar la actividad administrativa que se pone en marcha mediante la motivación de la

pseudo-concreción de conceptos jurídicos indeterminados, verbigracia, utilidad pública y orden público. Así pues, con estos parámetros o criterios podría ser posible acertar en la única solución correcta, planteada por García de Enterría, al señalar que “la indeterminación del enunciado no se debe de traducir en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una única solución en cada caso” (García y Fernández, 2003, p. 1).

Teóricamente los conceptos jurídicos indeterminados han sido abordados por doctrinantes especializados como Serrano (2007, p. 1), para quien estos conceptos son “elementos huecos que hay que llenar: no basta con decir que hay interés público, hay que concretar en qué consiste, en ese caso, el interés público. Los conceptos jurídicos indeterminados han de ser llenados de contenido en cada caso concreto”. Asimismo, Muñoz (2009) siguiendo la teoría alemana, distingue que estos conceptos están conformados por un núcleo fijo (certeza), un halo o zona de penumbra (mayor margen de apreciación) y una zona de certeza negativa. Pues bien, García de Enterría ha sido uno de los propulsores de estas teorías en el habla hispana, partiendo de su obra “la lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo”, basándose en la técnica de los conceptos indeterminados. En términos de objetos concretos esta investigación se planteó como objetivo general el de “establecer criterios que sirvan de límite a la aplicación y concreción de conceptos jurídicos indeterminados utilizados en la actividad administrativa”. Y como objetivos específicos, en primer lugar, precisar las características y estructura de un

concepto jurídico indeterminado. En segundo término, será menester definir los elementos de distinción entre las potestades derivadas de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados y de potestades emanadas de la discrecionalidad administrativa. Y, por último, identificar las reglas establecidas en la jurisprudencia contenciosa administrativa y constitucional colombiana, que limiten la aplicación y concreción de conceptos jurídicos indeterminados, así como la doctrina sobre los presupuestos de control en la aplicación y concreción de CJI utilizados en la actividad administrativa.

METODOLOGÍA

La metodología elegida para el presente proyecto de investigación corresponde al enfoque de naturaleza cualitativa. El nivel de la investigación es de carácter descriptivo-exploratorio, cuyo método de investigación es el inductivo, ya que a partir de datos particulares en grado de certidumbre, se establecen conclusiones generales. (Suárez, 2006). En ese sentido, a partir de un análisis profuso y prolijo de la jurisprudencia contenciosa administrativa y constitucional colombiana en que los alcances de la legalidad o constitucionalidad de actos administrativos que hayan aplicado, interpretado y concretizado un concepto jurídico indeterminado (como datos particulares), se extraerá una serie de presupuestos, directrices, principios, reglas o criterios con cierta vocación de precedente que permitan distinguir unos límites precisos de la administración a la hora de formular medidas o tomar decisiones que se amparen en la supuesta materialización fáctica de un

concepto jurídico indeterminado. Por lo tanto, esta investigación es de carácter descriptiva, teniendo en consideración que se pretende caracterizar y establecer una estructura conceptual lógica del concepto jurídico indeterminado, asimismo se intenta describir sus elementos de distinción con la teoría de la discrecionalidad administrativa o de margen de apreciación. También hay que señalar que esta investigación se circunscribirá a un nivel de investigación exploratorio, teniendo en cuenta el examen, revisión e indagación de la jurisprudencia contenciosa administrativa y constitucional colombiana, de acuerdo a la doctrina especializada sobre la técnica y teoría de los conceptos jurídicos indeterminados.

Así pues, se tiene que los dos primeros objetivos específicos presuponen un nivel de investigación descriptiva. Para alcanzar el primero de ellos, se analizará cuáles son los conceptos jurídicos indeterminados más recurrentes o de mayor utilización para adoptar decisiones administrativas, pudiendo centrarse en los actos administrativos del nivel central, escogiendo para tal fin algunos ministerios específicos. Teniendo pues una lista definida de algunos conceptos jurídicos indeterminados de bastante recurrencia, se puede colegir algunas características que los hace comunes, características que por demás la misma doctrina (Zamora, 2013) ayuda a su identificación respectiva. Para el logro del objetivo específico número dos, se realizará una descripción conceptual de la discrecionalidad administrativa, sus elementos esenciales y sus características, para luego proceder a establecer si la aplicación de un concepto jurídico indeterminado se enmarca en los presupuestos de la labor discrecional no reglada o si, por el contrario, esa aplicación se

atribuye a una potestad reglada, muy a pesar de la abstracción, imprecisión y vaguedad del concepto. Los objetivos específicos tres y cuatro, como se ha dicho, son de contenido más exploratorio, aunque no se excluye su naturaleza descriptiva. Para la realización del tercero es preciso hacer un rastreo en la jurisprudencia contenciosa administrativa y constitucional de providencias que decidan la legalidad y constitucionalidad de decisiones administrativas interpretadoras de conceptos jurídicos indeterminados. Con lo cual se permitirá ir construyendo los criterios que se proponen alcanzar en el objetivo general, y la obtención del objetivo específico número cuatro que consiste en realizar un abordaje amplio y detallado de la literatura disponible sobre la teoría ius administrativista de los conceptos jurídicos indeterminados, que permitan establecer los presupuestos o limitaciones más asiduos que se usan en el control de los actos administrativos que concretan normas de textura abierta.

En cuanto a la población y muestra de la investigación, se fundamenta en Tamayo y Tamayo (2005) cuando afirma que población se encuentra compuesta por el conjunto integral de individuos, sujetos, fenómenos o cosas que están estrechamente vinculados al problema en estudio, en donde las unidades poseen una característica común, la cual se analiza para dar origen a los datos de trascendencia para la investigación. Bajo esas precisiones, la población en la presente investigación se encuentra constituida por elementos documentales, en primer lugar, la jurisprudencia contenciosa administrativa y constitucional, que será objeto de análisis, además de la doctrina especializada en la materia de conceptos jurídicos

indeterminados, sumándose a todo esto los postulados sobre su correcta determinación. Ahora bien, una vez establecida claramente la población que es objeto de estudio, se hace menester indicar cuál es la muestra, entendiendo a ésta “como una parte o proporción de la población, que de acuerdo con la selección que se haga, representa la población y es la suficiente y necesaria para obtener información requerida. La muestra es siempre una parte representativa de la población dada y de ella se obtiene efectivamente la información” (Suárez, 2006, pp. 138). Las muestras en las poblaciones de contenido documental pueden corresponder a la misma población, si ese objeto de estudio no es muy vasto. Para el caso de esta investigación se intentará tomar la jurisprudencia mencionada de 10 años hacia atrás, para hacer una delimitación precisa del contenido de lo que se pretende estudiar. Aunque el gran cúmulo de esta investigación se puede obtener a través del análisis documental, eso no obsta para que también se incluya algunas entrevistas a expertos, como otra forma de recaudar información sobre la materia de conceptos jurídicos indeterminados.

En cuanto a los datos de investigación, estos constituyen la información objetiva que se obtiene de la realidad en cada individuo de la muestra o de la población en relación con la variable planteada. ya que “El dato es una información susceptible de ser observada y contada” (Suárez, 2006. p. 146). Por lo tanto, para extraer los datos de la realidad es necesario utilizar unas técnicas, que estén en consonancia con los objetivos propuestos, que permitan analizar, medir u observar el comportamiento de los elementos que se constituyen como muestra de la investigación.

El análisis documental se apoya en la recopilación de antecedentes a través de documentos gráficos, formales e informales, donde el investigador fundamenta y completa su investigación con los aportes de los diferentes autores. La entrevista es un contacto personal o telemático que se hace con un experto, el cual va a resolver un cuestionario de tipo abierto y cerrado (Cook y Reichardt, 1996).

En cuanto a la descripción de los resultados es preciso establecer en forma concreta la naturaleza y alcance de lo que se ha dado en denominar “conceptos jurídicos indeterminados”. En primer lugar, García y Fernández (2003, pp. 448-449) enseñan que estos conceptos se refieren a una “esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante, lo cual es claro que se intenta delimitar un supuesto concreto. La ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante, la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación”. De esa tesitura, se puede sustraer que un concepto jurídico indeterminado es una expresión jurídica que ofrece cierta vaguedad en su contenido, por lo que de ella es posible extraer una pluralidad de interpretaciones o soluciones frente a un caso planteado.

Otros autores, Rodríguez, (2011) y Mozo, (1985) prefieren la expresión “concepto normativo indeterminado”, por considerarla de mayor precisión semántica y exactitud,

pues sostienen que son nociones que pueden proceder de cualquier área de conocimiento, se insertan dentro de una norma y adquieren una funcionalidad, finalidad y sentido al interior de ésta. De otra parte, haciendo alusión a la misma idea Bôckenfôrdel (2000) los denomina “conceptos esclusa”, pretendiendo dar a entender metafóricamente la amplitud de su cauce conceptual. tanto es así, que Hart (1980), acuña una expresión que también tiene cabida en relación a los conceptos jurídicos indeterminados, identificándolos como “normas de textura abierta” porque son normas con un margen de discrecionalidad de aparente flexibilidad. La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados tiene sus orígenes en Alemania, y fue penetrando lentamente en la doctrina española hasta consolidarse como un bien universal. García y Fernández (2003) precisa que esta teoría se encuentra intrínsecamente ligada al tópico de la discrecionalidad administrativa, aunque poseen elementos de valoración conceptual perfectamente diferenciados.

Ahora bien, en la amplia gama de disposiciones normativas pertenecientes a la carta constitucional y al derecho administrativo en especial, pululan preceptos normativos que contienen dentro de sí proposiciones formuladas con elementos de imprecisión, que pueden considerarse como conceptos jurídicos indeterminados. Entre las que se puede mencionar el orden público, el interés general o interés público, el justo precio, la necesidad del servicio, las buenas costumbres, la moral pública, el interés superior, la convivencia pacífica, la urgencia manifiesta, la idoneidad, entre muchas otras. Precisamente, el problema que suscita

esta investigación estriba en el marco de la actividad administrativa, donde los servidores públicos encargados de interpretar, aplicar y dar concreción a las normas para cumplir los cometidos del estado, pueden llegar a incurrir en un empleo abusivo al momento de completar el cuadro regulativo que deja abierto los conceptos jurídicos indeterminados. Por supuesto, tales aplicaciones o concreciones de estos conceptos pueden derivar muchas veces en arbitrariedades o en desviaciones de poder.

Frente a lo anterior y en relación con estos conceptos, Brewer- Carías (2009, p. 99) expresa, “la administración no dispone en su aplicación, de poder discrecional alguno, por lo que la actividad administrativa que se realice utilizándoselos, puede y debe estar efectivamente sujeta a control judicial contencioso administrativo”. Los criterios que se usen para ese control judicial, además de los que doctrinariamente se aporten para precisar cuando existe desbordamiento en la concreción del concepto indeterminado, pueden precisarse como límites a la actividad administrativa interpretadoras de esas normas de textura abierta. De allí que esta investigación se justifica teniendo en cuenta la necesidad de establecer unos límites precisos sobre la administración pública cuando pretende tomar medidas que soporta con el argumento o la motivación de aplicar un concepto jurídico indeterminado, como en el muy recurrente caso de ‘conservar el orden público’. Abordar esta problemática es pertinente además porque permite establecer unos presupuestos o directrices básicas que definan el margen de discrecionalidad administrativa permitido, desde parámetros de razonabilidad, racionalidad, adecuación

de medios, bajo la conservación esencial de los derechos fundamentales y de los principios generales del derecho.

Se pretende con esta investigación aportar a la disciplina del derecho administrativo en particular y a la ciencia de la administración pública en general, una serie de insumos teóricos que permitan generar solución a la aplicación de un concepto jurídico indeterminado, o bien que ayude a escoger la medida más objetiva, razonable y acertada en un contexto de imprecisión normativa. Asimismo, se aportarán bases para la técnica judicial, en el escenario del ejercicio de control a la administración, cuando sea necesario revisar las decisiones de ésta, que impliquen llevar a la práctica o al mundo real una norma abstracta de contenido abierto. Frente al problema que se plantea existe una literatura consolidada que de acuerdo al punto situacional o geográfico en que se ubique, posee una diversidad de matices. Así, en Alemania los conceptos jurídicos indeterminados se les ha querido reglar de la forma más detallada posible, al punto que se busca reducir a su más mínima expresión la discrecionalidad administrativa, indicando con esto que la motivación prácticamente no tiene excepciones en ninguna actuación de la administración. A este respecto Bôckenfôrdel (2000) sostiene que en tal país existe la pretensión de delimitar y conceptuar técnicamente el enlace norma-hecho-consecuencia jurídica.

En el caso de España, el ya nombrado García (1983), en su clásica obra *La “lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo”*, plantea una búsqueda para la reducción de la

discrecionalidad de la administración. En ese cometido sostiene que en todo acto discrecional hay elementos reglados suficientes como para no justificar, bajo ninguna circunstancia, una abdicación total del control sobre los mismos, proponiendo que el concepto indeterminado no es un boquete abierto para la arbitrariedad. El mismo autor conceptúa que la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la ley, ya que lo que se busca es subsumir una categoría legal (no obstante, su imprecisión de límites, con la intención de acotar un supuesto concreto) a unas circunstancias reales determinadas (Brewer-Carías, 2009). Puesto que la concreción de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación e interpretación de la ley que ha creado el concepto, el juez puede revisar la forma en que se da tal aplicación, produciendo una valoración sobre si la solución a que ella ha llegado sea la única solución justa, o para decirlo con Aarnio (1990) la única respuesta correcta.

Por tanto, para García (1989) no es lo mismo discrecionalidad administrativa que aplicación de conceptos jurídicos indeterminados. En la primera el administrador va tener la capacidad de elegir entre varias soluciones posibles frente a un caso, es decir, hay libertad de elección, y las soluciones las determina el mismo administrador. Pero cuando haya lugar a aplicar un concepto indeterminado la solución no debe ser más que una, “o hay utilidad pública o no la hay, o se da en efecto, una perturbación al orden público o no se da, o el precio que se señala es justo, o no lo es” (Rodríguez, 2011, p. 210). Otro enfoque en la doctrina española de los conceptos jurídicos indeterminados la esboza Sainz (1976),

para quien la discrecionalidad emerge de la potestad no reglada de la administración, que la concreción de conceptos indeterminados de por sí se encuentra reglada, ya que a pesar de que estos conceptos presentan un contenido que ha de ser precisado ante las circunstancias del caso concreto, también en abstracto son susceptibles de determinación objetiva.

En Francia se ha visto incrementado el control jurisdiccional de la administración, en el campo específico de la revisión de decisiones administrativas que intentan dar sustrato material a conceptos jurídicos indeterminados. Lo cual se ha realizado a través de la apreciación de los motivos de los actos de la administración. Una especial forma de este control se basa en la aplicación que el juez hace del principio de “balance – costo – beneficio”. Esta aplicación fue adoptada por el consejo de Estado francés el 28 de mayo de 1971, en el que se impugnó por ilegalidad el acto administrativo del Ministro de Vivienda que declaró de utilidad pública un proyecto de desarrollo y renovación urbana en la ciudad de Lille destinado a construir una ciudad universitaria. En este caso se denunció que la destrucción de ciertas viviendas que implicaba la obra, era un costo demasiado elevado que podría evitarse planteando remedios urbanísticos distintos. Al final, el Consejo de Estado al considerar la “utilidad pública” de la operación, estimó que una obra no podría ser declarada de utilidad pública sino cuando los atentados contra la propiedad, el costo financiero, y determinados inconvenientes de naturaleza social que se le derivan, son excesivos en relación con el interés y la utilidad que se persigue. (Brewer-carías, 2009).

En Colombia, se dispone de la doctrina de Ospina (2009) quien sostiene que en la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados la ley no señala la forma en que deben ser entendidos; de modo que éstos deben ser concretizados acudiendo a criterios de valor o de experiencia, según sea la naturaleza del concepto. En cualquiera de estas situaciones es factible hallar un núcleo fijo del concepto que lo identifica y otro que generalmente se ha denominado zona de penumbra, y que genera la indeterminación a la hora de su aplicabilidad. Según Ospina, en cierto aspecto de la doctrina que tiene que ver con la zona de penumbra del concepto jurídico indeterminado, es posible reconocer algún margen de apreciación sobre el funcionario que va adoptar una medida; no obstante, las diferencias se generan a la hora de determinar los efectos justiciables de ese margen de apreciación y por supuesto que sí, en cualquier evento, es posible siempre identificar una única respuesta correcta para su adecuada concreción material. Finalmente, Ospina (2009) sostiene que el concepto jurídico indeterminado, al no ser aplicado en las condiciones que dispone la norma que lo contiene, entraña una violación al ordenamiento jurídico, que deviene en ilegal y es pasible de ser anulado. Todos estos aportes de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, contribuyen a solventar el problema planteado inicialmente, puesto que proponen una serie de postulados que permiten dilucidar elementos de delimitación de la actuación administrativa en función de aplicación e interpretación de los también denominados conceptos esclusas.

CONCLUSIONES

En esta investigación se plantean como conclusiones los posibles criterios que se han formulado teóricamente a partir de este estudio. Los mismos podrían servir de parámetros de control o limitación de la actividad administrativa, en la búsqueda de solucionar una situación o adoptar una medida que se soporta en unos conceptos jurídicos indeterminados. Esos posibles criterios planteados derivados de una fundamentación teórica o jurisprudencial, son los siguientes:

- *Necesidad de la medida*: Se tiene en cuenta si en las condiciones coyunturales la medida amerita su aplicación para poder solventar una problemática social.
- *Racionalidad de la medida*: Que sea conforme a las reglas de la lógica, la razón, sin fundarse en elementos políticos, religiosos, morales o prejuiciosos.
- *Razonabilidad de la medida*: Tiene que ver con el respeto a las expectativas mayormente esperadas, donde se haga un juicio valorativo de las convicciones sociales. Está ligado al concepto de legitimidad de decisión en términos de aceptabilidad.
- *Proporcionalidad de la medida*: Es la condición o exigencia en que la medida administrativa si impone una limitación o restricción a un derecho o libertad, se realice en la medida que sea estrictamente necesario e imprescindible para salvaguardar un interés público o general. Por ejemplo, entre menos episodios sucedan en una determinada población que contravengan el orden

público, menor deben ser las medidas restrictivas en ese lugar.

- *Legitimidad de la medida:* Como se dijo en esta investigación, la legitimidad puede estar intrínsecamente ligada con la razonabilidad en términos de expectativas mayormente esperadas por un grupo o conglomerado social frente a las eventuales decisiones que pueda adoptar un administrador para solventar una situación concreta. Pero, además de las expectativas, la legitimidad también pasa por el riguroso tamiz de la aceptación generalizada de la decisión, en términos de democratización valorativa por parte del conglomerado social que directa o indirectamente se vea afectado con la medida.

Se espera que con la proposición de estos criterios se aporte una guía o directriz conceptual que sirva a las administraciones públicas al momento de adoptar medidas y expedir actos administrativos que apliquen, interpreten o concreten un concepto jurídico indeterminados. Con la finalidad de que tal actuación administrativa la desarrollen de tal forma que no se quebranten principios y garantías constitucionales y legales. Se brinda, así pues, una herramienta metodológica que tecnifique la expedición de actos administrativos que dan aplicación y concreción a conceptos jurídicos indeterminados. Y de esa manera cualificar la actuación administrativa hacia el uso adecuado de normas de textura abierta. Con lo cual se benefician, además de los servidores públicos que intervienen en la producción de actos administrativos, los ciudadanos en general como agentes de control. Los cuales conociendo los límites en

la aplicación y concreción de los conceptos jurídicos indeterminados, están en capacidad de solicitar técnicamente la revisión de legalidad o constitucionalidad de los actos que adolezcan de incorrecta o abusiva materialización del concepto. Asimismo, resultan beneficiados los órganos investidos de jurisdicción, ya que poseerán insumos teóricos y conceptuales para ejercer control de esos actos, teniendo en cuenta criterios definitorios precisos, para no incurrir en subjetividades vagas, que es el riesgo siempre latente que entrañan los conceptos jurídicos indeterminados.

REFERENCIAS

- Aarnio, A. (1990). La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. DOXA número 8. Cuadernos de Filosofía del Derecho. www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA.1990
- Böckenfördel, E. W. (2000). Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia, Valencia: Trotta.
- Brewer-Carías, A. (2009) la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados como mecanismo de control judicial en la actividad administrativa. Colección Bibliotecas Unam, descargado desde <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2396/12.pdf>
- Consejo de Estado Francés, (1971) caso Ville Nouvelle, Sentencia adoptada el 28 de mayo 1971.
- Cook, T.D. y Reichardt, CH. (1996) Métodos cualitativos y cuantitativos en la investigación evaluativa, Madrid: Ed. Morata.
- García, E. (1983). La lucha contra las inmunidades del poder. Editorial Civitas S.A., Madrid. págs. 25 y 26

- García, E. y Fernández, T. R. (2003), *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, España.
- Hart, H. (1980). *El Concepto de Derecho*. Traducido por G. Garrido. México, Editorial Nacional.
- Igartúa, J. (2000). El indeterminado concepto de los conceptos indeterminados. *Revista Vasca de administración pública* No 56. pp. 145-162.
- Martínez-Vares, S. (1994). Eficacia, discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados. En *cuadernos de derecho judicial*, Madrid.
- Mozo, A. (1985). *La discrecionalidad de la Administración pública en España*, Madrid, Montecorvo.
- Muñoz, S. (2009). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, III. La organización territorial del Estado. Las administraciones públicas. Civitas, Madrid, España.
- Ospina, R. (2009). Límites jurídicos y políticos de la decisión de la administración pública en nuestro sistema constitucional. En revista *Diálogos de derecho y política*, Numero 2, Año 1, Septiembre – diciembre. Ed. Universidad de Antioquia.
- Rodríguez, J. (2011). Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo, en *derecho PUCP*, *Revista de la facultad de derecho* No 67, pp. 207 -229.
- Sainz, F. (1976). *conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid.
- Serrano, E. (2007). *Motivación de Conceptos Jurídicos Indeterminados: o es Interés Público o es Autonomía Local*. Recuperado de <https://tinyurl.com/yjoltol2>
- Suárez, P. A. (2006) *Metodología de la investigación. Diseño y técnicas*. Bogotá D.C.: Orión Editores Ltda.
- Tamayo & Tamayo, M. (2005). *El proceso de la investigación científica*. México: Limusa.
- Zamora, V. (2013) *conceptos jurídicos indeterminados: justiprecio o precio justo*. *Revista electrónica de la facultad de derecho ULACIT – Costa Rica, Derecho en sociedad* No, julio de 2013.



Edición digital

Apuntes del Derecho Público. Una mirada a la Administración de Justicia en Colombia

2020

Sincelejo, Sucre, Colombia

APUNTES DE DERECHO PÚBLICO

Una mirada a la Administración de Justicia en Colombia

Es un espacio para la divulgación de conocimiento resultado de investigación de estudios socio jurídicos, como los retos del derecho para el desarrollo sostenible, la construcción de la paz territorial y modelo de desarrollo, el impacto en los derechos de tercera generación y la construcción sostenible desde de la gobernanza, partiendo del alcance jurídico de la responsabilidad social empresarial y ambiental en cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Asimismo, incluye la mirada a la administración de la justicia frente a la correlación en los Derechos Humanos como derechos fundamentales y la visión del Derecho Internacional y derecho comparado.

Berónica Narvárez Mercado
Editora