

Boletín N° 30

del

Instituto de Estudios Constitucionales

Escuela de Derecho

DIRECTOR: LUIS JAVIER MORENO ORTIZ

LA FILIACIÓN POLÍTICA DEL MINISTRO DELEGATARIO

Fernando Gómez Mejía

LA IGUALDAD ANTE LA LEY EN EL CASO BROWN V.

BOARD OF EDUCATION (1954).

Juan Antonio Barrero Berardinelli

EL DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL:

¿Una nueva causal de nulidad de los actos administrativos en Colombia?

Gabriel René Cera Cantillo

CONSIDERACIONES ACERCA DE LA LEY 1437 DE 2011, POR MEDIO DE LA CUAL SE
EXPIDE Y SE ADOPTA EL NUEVO "CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y
DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO"

Juan Pablo Duque Arbeláez

LEY DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL

Fernando Galvis Gaitán



**UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA**

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales

LA FILIACIÓN POLÍTICA DEL MINISTRO DELEGATARIO

© *Fernando Gómez Mejía*

LA IGUALDAD ANTE LA LEY EN EL CASO BROWN V.

BOARD OF EDUCATION (1954).

© *Juan Antonio Barrero Berardinelli*

EL DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL:

¿Una nueva causal de nulidad de los actos administrativos en Colombia?

© *Gabriel René Cera Cantillo*

CONSIDERACIONES ACERCA DE LA LEY 1437 DE 2011, POR MEDIO DE LA CUAL SE EXPIDE Y SE ADOPTA EL NUEVO “CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”

© *Juan Pablo Duque Arbeláez*

LEY DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL

© *Fernando Galvis Gaitán*

Primera edición: abril a junio de 2012.

Queda prohibida toda reproducción por cualquier medio sin
previa autorización escrita del editor.

Edición realizada por el Fondo de Publicaciones

Universidad Sergio Arboleda.

Carrera 15 No. 74-40

Teléfonos: 3 25 75 00 Ext. 2131.

www.usa.edu.co

Fax: 3 17 75 29.

Bogotá D.C.

Diseño Carátula y Diagramación: Maruja Esther Flórez Jiménez.

Corrección de Estilo: Luis Felipe Téllez Rodríguez.

Bogotá, D.C.

ISSN: 1909-3977

*Hay veces que un hombre tiene que luchar tanto
por la vida que ni tiempo tiene de vivirla.*

Charles Bukowski

CONTENIDO

LA FILIACIÓN POLÍTICA DEL MINISTRO DELEGATARIO <i>Fernando Gómez Mejía</i>	7
LA IGUALDAD ANTE LA LEY EN EL CASO BROWN V. BOARD OF EDUCATION (1954). <i>Juan Antonio Barrero Berardinelli</i>	27
EL DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL: ¿Una nueva causal de nulidad de los actos administrativos en Colombia? <i>Gabriel René Cera Cantillo</i>	47
CONSIDERACIONES ACERCA DE LA LEY 1437 DE 2011, POR MEDIO DE LA CUAL SE EXPIDE Y SE ADOPTA EL NUEVO “CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO” <i>Juan Pablo Duque Arbeláez</i>	59
LEY DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL <i>Fernando Galvis Gaitán</i>	67

LA FILIACIÓN POLÍTICA DEL MINISTRO DELEGATARIO

The political affiliation of the Delegated Minister

*Fernando Gómez Mejía**

RESUMEN

Este artículo pretende mostrar, con fundamento en sus orígenes históricos, cómo el artículo 196 de la Constitución Política, no puede interpretarse en términos estrictamente literales como lo hizo el Consejo de Estado en la sentencia de 11 de julio de 2011 de su Sección Quinta. El artículo establece que cuando el Presidente de la República se traslade a territorio extranjero en ejercicio de su cargo, el Ministro Delegatario en quien el Presidente delegue funciones constitucionales debe pertenecer al mismo partido o movimiento político del Presidente.

Palabras clave

Ministro Delegatario, segunda vuelta

ABSTRACT

The aim of this article is to show that according to the historical origins of the 196 article of the Colombian Constitution the literal interpretation of this provision as made by the Consejo de Estado in the judgement of July 11th 2011 is not justified. The aforementioned article states that when the President of the Republic travels abroad as part of his duties, the appropriate minister will exercise under his own responsibility the constitutional functions that the President should delegate to him, and that the Delegated Minister will belong to the same party or political movement as the President.

Key words

Delegated Minister, run-off election

* Abogado de la Universidad Javeriana, Master of Science en Economía de Wichita State University (Estados Unidos), Investigador de la Universidad Sergio Arboleda.

Introducción

El artículo 196 de la Constitución Política establece que el Ministro Delegatario, encargado de ejercer las funciones constitucionales que le delegue el Presidente de la República cuando éste se desplace a territorio extranjero en ejercicio de su cargo, debe pertenecer al mismo partido o movimiento político al que pertenece el Presidente. ¿Qué sucede cuando el Presidente no es elegido en la primera vuelta y obtiene adhesiones y apoyos de otros partidos y candidatos, con miras a la votación en la segunda vuelta? Con base en la interpretación literal del texto constitucional indicado, el Consejo de Estado, en sentencia de 11 de julio de 2011 de la Sección Quinta¹, declaró la nulidad de los Decretos 3327 de 8 de septiembre de 2010 y 3415 de 16 de septiembre de 2010, por medio de los cuales el Presidente Juan Manuel Santos Calderón, del Partido de la U, designó como Ministro Delegatario a Germán Vargas Lleras, del Partido Cambio Radical, partido que había apoyado la candidatura de Santos después de la primera vuelta en las elecciones de 2010.

En la sentencia, el Consejo de Estado consideró que

“la condición legal de candidato a la presidencia de la República surge **a partir de la inscripción**, y que el proceso de elección es uno solo aunque eventualmente pueda estar compuesto de dos vueltas.”

De acuerdo con la sentencia, en el expediente apareció demostrado que

“los candidatos a la Presidencia de la República período 2010-2014, doctores Santos Calderón y Vargas Lleras, fueron inscritos, respectivamente, el primero por el partido político Unidad Nacional-Partido de la U; y, el segundo, por Cambio Radical”.

También se dio por demostrado que el doctor Vargas Lleras conservó el respaldo de su partido después de la primera vuelta; que fue ratificado como presidente de la colectividad; y que esta acordó apoyar la candidatura del doctor Santos para la segunda vuelta.

¹ Radicado número 11001-03-28-000-2010-00118-00; Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia; Actor: Lenin Francisco Saavedra Saavedra.

En la sentencia se concluyó que al doctor Vargas Lleras no se le podía tener “**como perteneciente al mismo** partido o movimiento político que inscribió la candidatura del Presidente de la República”. Pues, se dijo, “[...] no se puede confundir el partido o movimiento político del Presidente de la República con la coalición que concurre al programa de gobierno”.

En cuanto al sentido de lo dispuesto por el artículo 196 de la Constitución, en lo atinente a la filiación política del Ministro Delegatario, el Consejo de Estado razonó de la siguiente forma:

“Ahora bien, la razón de ser de la exigencia constitucional de que la designación de Ministro Delegatario recaiga en un Ministro ‘con pertenencia’ al mismo partido o movimiento político del Presidente tiene el claro sentido de contribuir a fortalecer a estas agrupaciones, en el entendido de que los Ministros pertenecientes al partido que otorgó el aval al Presidente electo, son quienes mejor pueden asegurar el compromiso político presidencial de realización del programa de gobierno.

“Significa una especie de premio en voto de confianza a la certeza de lealtad a los principios filosóficos y a la ideología que identifica al partido o movimiento político del Presidente, el mismo al que pertenece el Ministro, puesto que se trata de quien, pro tempore, resulta elevado a la dignidad presidencial de la República como Jefe de Gobierno durante las estadias del titular en el exterior, respecto de las funciones que se le asignan.

“De la misma manera esta exigencia constitucional garantiza que la voluntad popular de los electores pertenecientes al partido inscriptor del Presidente se mantenga incólume incluso durante los viajes de éste al exterior, asegurándose la continuidad de los postulados ideológicos y políticos del partido ganador.”

Esta justificación de la prohibición constitucional aparece construida a partir de una interpretación estrictamente literal de lo dispuesto en el inciso final del artículo 196 de la Constitución. En la teoría del Derecho se sabe que, ni aun en el caso de la interpretación de la ley, el método gramatical basta. En la sección final de consideraciones adicionales se ahondará un poco sobre este asunto. Por ahora, tomando como base el origen histórico del artículo 196 de la Constitución, se mostrará que este elemento histórico es una de las razones de la insuficiencia de tal interpretación.

1. El origen histórico del artículo 196 de la Constitución: la filiación política del Ministro Delegatario antes de 1991

1.1. La novedad de los Actos Legislativos Nos. 1 de 1959 y 1 de 1977

Hasta la expedición del Acto Legislativo No. 1 de 1959, sobre alteración de los partidos en el poder, en la Constitución no se había establecido una filiación política específica de quien, bien fuera como Designado, ministro o gobernador, reemplazara al Presidente en sus faltas absolutas o temporales.

Debe observarse, además, que sólo con el Acto Legislativo No. 1 de 1977 aparece en Colombia la figura del Ministro Delegatario con funciones presidenciales.

1.2. El contenido de los Actos Legislativos Nos. 1 de 1959 y 1 de 1977

El Acto Legislativo No. 1 de 1959, después de establecer en su artículo 1 la alternación en el poder de los dos partidos tradicionales -el Conservador y el Liberal- hasta el 7 de agosto de 1974, dispuso en el artículo 2 que

“La persona que, de conformidad con los artículos 124 y 125 de la Constitución, reemplace al presidente en caso de falta de éste, será de su misma filiación política.”

Sobre estos artículos 124 y 125, citados en esta disposición, puede señalarse: cómo el artículo 124² (artículo 8° del Acto Legislativo No. 1 de 1945) de la Constitución entonces vigente, establecía que el Congreso elegiría cada dos años un Designado, quien reemplazaría al Presidente en caso de falta de éste.

Por su parte, el artículo 125³ (artículo 26 del Acto Legislativo No. 3 de 1910) disponía que, a falta de designado, entrarían a ejercer el Poder Ejecutivo los Ministros, en el orden establecido por la ley, y en su defecto, los Gobernadores, siguiendo éstos el orden de proximidad de su residencia a la capital de la República.

² Según la numeración resultante de la codificación de las disposiciones constitucionales vigentes hecha por el Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado, según lo dispuesto por el artículo e) de las Disposiciones transitorias del Acto Legislativo No. 1 de 1945.

³ Véase nota anterior.

El artículo 5 del Acto Legislativo No. 1 de 1977, que reformó el artículo 128⁴ de la Constitución, consagraba reglas sobre la salida del Presidente del territorio de la Nación. Dispuso al respecto, en su cuarto inciso, que cuando el Presidente de la República se trasladara a territorio extranjero en ejercicio del cargo, el Ministro a quien correspondiera, según el orden de precedencia legal, ejercería bajo su propia responsabilidad las funciones constitucionales que el Presidente le delegara; y que el Ministro Delegatario debía pertenecer al mismo partido político del Presidente.

El artículo 128, reformado por este Acto Legislativo de 1977, provenía del Acto Legislativo No. 1 de 1968 que en su artículo 44, había establecido que el Presidente de la República no podía trasladarse a territorio extranjero durante el ejercicio de su cargo sin permiso del Senado y que, cuando previo permiso del Senado, el Presidente de la República se trasladara a territorio extranjero en ejercicio de su cargo, el Designado cumpliría las funciones constitucionales del Presidente de la República. Norma ésta, la de la Reforma de 1968, que dio lugar a una anomalía teórica y práctica, señalada por el Consejo de Estado en sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 16 de octubre de 1985⁵, y por la Fiscal que rindió concepto dentro de este proceso; pues permitía que el Presidente se trasladara a territorio extranjero en ejercicio de sus funciones; pero al establecer que el Designado ejercería en el territorio colombiano las funciones constitucionales de Presidente de la República durante la ausencia de éste, creaba la figura de dos Presidentes ejerciendo simultáneamente las funciones del cargo, es decir, consagraba la dualidad presidencial.

A la solución de esta anomalía apuntó el Acto Legislativo No.1 de 1977: Como consecuencia de la reforma, el Ministro Delegatario ejercía algunas funciones presidenciales que se le delegaban, pero no era Presidente⁶, sin que, además, fuera necesaria la posesión del

⁴ Véase nota 3.

⁵ Referencia: Expedientes Nos. 1134 y 1142, acumulados; Consejero ponente: Miguel Betancourt Rey; Actor: Héctor Rodríguez Cruz y José Ignacio Vives Echeverría.

⁶ *Ibíd.* En sentido similar, véanse las sentencias de la Sección Primera del Consejo de Estado: i) de 14 de febrero de 1990; radicación número 722; Consejero ponente: Simón Rodríguez Rodríguez; Actor: José Ignacio Vives Echeverría; y ii) de 23 de octubre de 1990; radicación número 729-730; Consejera ponente: Myriam Guerrero de Escobar; Actor: Hugo Escobar Sierra y José Ignacio Vives Echeverría.

Designado, pues no existía en tal caso ni falta absoluta ni falta temporal del Presidente.

1.3. La influencia de los Actos Legislativos de 1959 y 1977 en la Constitución de 1991

En la Constitución de 1991 existe dos normas que tienen su origen en las disposiciones que se han citado: las contenidas en los artículos 196 y 203.

1.3.1. En el artículo 196 de la Cons. Pol. se regula, en términos prácticamente iguales a los utilizados en el artículo 5° del Acto Legislativo No. 1 de 1977, el traslado del Presidente a territorio extranjero durante el ejercicio de su cargo, así como la salida del país dentro del año siguiente a la fecha en que cesa en el ejercicio de sus funciones. El único cambio significativo se encuentra en la adición de la expresión “tanto aquéllas que le son propias como las que ejerce en su calidad de Jefe del Gobierno”, en relación con las funciones que el Presidente le puede delegar al Ministro Delegatario, cuando se traslada al exterior, y en el agregado de “movimiento” político a la expresión “partido político”, atinente a la afiliación política del Ministro Delegatario.

1.3.2. Por su parte, el artículo 203 de la Constitución establece que a falta del Vicepresidente cuando estuviera ejerciendo la Presidencia, ésta será asumida por un ministro en el orden que establezca la ley, y que la persona que de conformidad con ese artículo reemplace al Presidente, pertenecerá a su partido o movimiento. Este artículo retoma, en relación con la falta del Vicepresidente –figura restablecida en la Constitución de 1991-, algunas reglas que, sobre la falta de Designado, se hallaban previstas en los artículos 124, incisos cuarto y quinto, y 127, inciso segundo, correspondientes a los artículos 2° y 4° del Acto Legislativo No. 1 de 1977.

1.4. El contexto histórico de los Actos Legislativos Nos. 1 de 1959 y 1 de 1977

Para una cabal determinación del alcance del artículo 196 de la Constitución debe considerarse qué significación tenía la exigencia de la misma filiación política en 1959, cuando fue introducida mediante el Acto Legislativo No. 1 de este año, y en 1977, cuando se creó la figura del Ministro Delegatario con funciones presidenciales.

1.4.1. Mediante Decreto legislativo No. 0247 de 1957 -como resultado de los Pactos de Benidorm y Sitges-, se convocó a un Plebiscito para restablecer el orden constitucional, el cual fue votado el 1° de diciembre de 1957, en virtud del cual el pueblo colombiano decretó que la Constitución Política de Colombia era la de 1886, con las reformas de carácter permanente, introducidas hasta el Acto legislativo número 1 de 1945, y con varias modificaciones, entre ellas, las que se estatuyeron en los artículos 2° y 4° del Plebiscito, relativas a la paridad de los partidos tradicionales en las ramas del Poder público:

a) Por medio del artículo 2° se dispuso que en las elecciones populares para elegir corporaciones públicas, hasta el año de 1968, los puestos correspondientes a cada circunscripción electoral se adjudicarían por mitad entre los partidos tradicionales, el Conservador y el Liberal.

b) En el artículo 4° se estableció que los ministros del despacho serían de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República, quien, sin embargo, estaría obligado a dar participación en el Ministerio a los partidos políticos, en la misma proporción en que estuvieran representados en las cámaras legislativas (vale decir, por mitad).

1.4.2. Como complemento de la paridad dispuesta en el Plebiscito, y de la elección del Presidente Alberto Lleras Camargo, del Partido liberal, para el período 1958-1962, el Congreso expidió el Acto Legislativo No. 1 de 1959, sobre alternación de los Partidos en el poder.

El artículo 1 de dicho Acto legislativo prescribió que en los tres períodos constitucionales comprendidos entre el 7 de agosto de 1962 y el 7 de agosto de 1974, el cargo de Presidente de la República sería desempeñado, alternativamente, por ciudadanos pertenecientes a los dos partidos tradicionales, el Conservador y el Liberal, de modo que el presidente elegido para uno cualquiera de dichos períodos perteneciera al partido distinto del de su antecesor.

Para guardar la debida consonancia con esta figura de la alternación, el artículo 2 del mismo Acto legislativo dispuso –como ya antes se señaló- que la persona que de conformidad con los artículos 124 y

125 de la Constitución (según la numeración de la codificación hecha por el Gobierno), reemplazara al presidente en caso de falta de éste, sería de su misma filiación política.

No sobra agregar que el artículo 6° extendió la paridad en las corporaciones públicas hasta el año de 1974.

1.5. Los fines perseguidos con la exigencia sobre filiación política en el Acto Legislativo No. 1 de 1959

Como puede observarse, y como lo acreditan los respectivos antecedentes, el fin perseguido con la previsión de que quien reemplazara al Presidente de la República fuera de su misma filiación política, no era otro que el de asegurar la plena efectividad de los pactos de los partidos Conservador y Liberal sobre alternación en el ejercicio de la presidencia y sobre paridad en el ejercicio del Poder en las diversas ramas.

Previsión que resultaba necesaria en cuanto el Designado, quien debía reemplazar al Presidente en sus faltas, era elegido por el Congreso y, en la medida en que, por tanto, en ausencia de la norma contenida en el artículo 2 del Acto Legislativo No. 1 de 1959, la elección podría recaer, eventualmente, en persona de partido distinto al del Presidente.

De manera similar, si el Presidente estaba obligado a dar representación en el Ministerio no sólo a su propio partido, sino también al partido distinto al suyo, la previsión del nombrado artículo 2° garantizaba, con el mismo fin ya señalado de asegurar la plena efectividad de las normas sobre alternación de los Partidos en la Presidencia de la República, que sólo los ministros del mismo partido del Presidente podrían reemplazarlo en caso de falta de éste.

1.6. La innovación de la Reforma constitucional de 1968

El artículo 41 de la Reforma constitucional de 1968 (Acto legislativo No. 1 de 1968), que reformó el artículo 120 de la Constitución, extendió hasta el 7 de agosto de 1978 la paridad de los partidos Conservador y Liberal en los ministerios, gobernaciones, alcaldías, y demás cargos de la administración, no pertenecientes a la carrera administrativa. Y dispuso, además, en relación con el nombramiento de los ministros del despacho (en general, el nombramiento de funcionarios en la rama ejecutiva y en la Administración pública en cargos no pertenecientes a la carrera administrativa), que

“Para preservar, después de la fecha indicada, con carácter permanente el espíritu nacional en la rama ejecutiva y en la administración pública, el nombramiento de los citados funcionarios se hará en forma tal que se dé participación adecuada y equitativa al partido mayoritario distinto al del presidente de la república.

“Si dicho partido decide no participar en el ejecutivo, el presidente de la república constituirá libremente el gobierno en la forma que considere procedente.

“Lo anterior no obsta para que otros partidos o miembros de las fuerzas armadas puedan ser llamados simultáneamente a desempeñar cargos en la administración pública.

“La reforma de lo establecido en este párrafo requerirá los dos tercios de los votos de los asistentes de una y otra cámara.” (Incisos segundo y siguientes del párrafo del ordinal 1° del artículo 120 de la Cons. Nal.)

En otras palabras, con esta disposición se estableció, de manera permanente, la obligación del Presidente de la República de dar participación adecuada y equitativa en el Ejecutivo al partido mayoritario distinto al propio.

1.7. El alcance de la exigencia sobre filiación política en el Acto Legislativo No 1 de 1977

La mencionada reforma constitucional forma parte del contexto histórico que es necesario tener en cuenta para determinar el alcance del artículo 5° del Acto Legislativo No. 1 de 1977, que modificó el artículo 128 de la Constitución Nacional entonces vigente, introduciendo en el Derecho constitucional colombiano la figura del Ministro Delegatario con funciones presidenciales, así como del artículo 2 del mismo Acto legislativo, que modificó el régimen de elección del Designado y determinó reglas sobre reemplazo del Presidente en caso de falta absoluta o temporal, y que reiteró la exigencia, proveniente del Acto Legislativo No. 1 de 1959, en el sentido de que la persona que reemplazara al Presidente –designado, ministro o gobernador- debía pertenecer al mismo partido político de éste.

El artículo 128, sobre traslado del Presidente a territorio extranjero, estableció que si el traslado lo hacía el Presidente en ejercicio del cargo, el ministro a quien correspondiera, según el orden de precedencia legal, ejercería bajo su propia responsabilidad las funciones

constitucionales que el Presidente le delegara, y estableció, así mismo, que el Ministro Delegatario debía pertenecer al mismo partido político del Presidente.

Los fines perseguidos por el artículo 2 del Acto Legislativo No. 1 de 1959, perseguidos también en 1968, con la reforma del ordinal 1º del artículo 120 (artículo 41 del Acto Legislativo No. 1 de 1968), se mantienen, con modificaciones menores, en la reforma constitucional de 1977.

En efecto; en 1977 todavía existía la obligación del Presidente de integrar paritariamente, con los partidos Conservador y Liberal, su gabinete ministerial, obligación que se extendía hasta el 7 de agosto de 1978. Y con carácter permanente, se establecía, hacia el futuro, la obligación de Presidente, al nombrar ministros del despacho, de dar participación adecuada y equitativa al partido mayoritario distinto al del Presidente de la República.

En tales condiciones, la exigencia de que el Ministro Delegatario de funciones presidenciales perteneciera al mismo partido político del Presidente cumplía el fin de evitar que la obligación de dar participación adecuada y equitativa al partido distinto al suyo, cuando el Presidente ejercía su facultad constitucional de nombrar libremente sus ministros, pudiera traducirse eventualmente, por el juego de las circunstancias, en situaciones en que, por vía indirecta, pudiera llegar a la Presidencia, o ejercer funciones propias del Presidente, una persona de un partido distinto al que había ganado las elecciones.

1.8. La nueva situación: el Ministro Delegatario de funciones presidenciales en la Constitución Política de 1991

El análisis de la historia de la aparición y del desenvolvimiento de la exigencia constitucional sobre identidad de filiación política del Presidente de la República y de la persona que lo reemplace en el cargo o a quien le corresponda ejercer funciones constitucionales propias de aquél, muestra el cambio fundamental que se produjo en esta materia con la expedición de la Constitución de 1991.

En una primera aproximación comparativa de la Constitución de 1886 con la Constitución de 1991, salta a la vista cómo que en ésta desaparece todo vestigio de bipartidismo y de paridad entre los Partidos tradicionales, como desaparece la obligación del Presidente de

dar representación a otros partidos diferentes al suyo al nombrar los ministros del despacho. Además, se restablece la antigua figura de la Vicepresidencia y se consagra la segunda vuelta para la elección del Presidente de la República, cuando ningún candidato obtenga la mitad más uno de los votos en la primera vuelta.

Ahora bien, el artículo 196 de la Carta de 1991 no fue objeto de debates prolijos ni significativos en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente:

a) En el informe de ponencia para primer debate en plenaria, sobre Estructura del Estado y Rama Ejecutiva, se incorporaba, sin modificaciones, el artículo 128 de la entonces vigente Constitución de 1886 (Gaceta Constitucional No. 78 de 21 de mayo de 1991, pág. 9).

b) En el primer debate en plenaria, el 27 de mayo de 1991, el Constituyente Palacio pidió que se votara por partes el último inciso del artículo 33 (que correspondía al ya citado artículo 128), en lo atiente a la última parte del artículo (“El ministro delegatario pertenecerá al mismo partido político del presidente”), pues consideraba que “esto es un vestigio del Frente Nacional”⁷. Esta última parte fue negada: 37 votos por la negativa, 25 por la afirmativa, 3 abstenciones, según se recoge en el acta de la sesión plenaria de 27 de mayo de 1991 (Gaceta Constitucional No. 120 de 21 de agosto de 1991, pág. 9).

c) Sin embargo, en el informe de la Relatoría sobre artículos de la Constitución Política de Colombia aprobados en primer debate, el texto del artículo 33 (es decir, el equivalente al artículo 128 de la Constitución de 1886), aparece con el último inciso completo y con un agregado sobre movimiento político. Es decir, la última parte del último inciso, que había sido negada, aparece aprobada con el siguiente texto: “El ministro delegatario pertenecerá al mismo partido o movimiento político del presidente” (Gaceta Constitucional No. 109 de 27 de junio de 1991).

d) Con este texto, la última parte del último inciso del artículo, ahora con el número 205, se incluyó en la codificación del articulado de la Constitución de Colombia presentado para segundo debate por

⁷ Colombia, Asamblea Nacional Constituyente (1991), [Artículo 195 de la Constitución de 1991: *sesiones de las comisiones*] / *Asamblea Nacional Constituyente*, Bogotá: Presidencia de la República, Consejería para el desarrollo de la Constitución, pág. 5.

la Comisión Codificadora (Gaceta Constitucional No. 113 de 5 de julio de 1991, págs. 13 y 14) y fue aprobado, sin objeciones, en segundo debate, según consta en el acta de la sesión plenaria del 30 de junio de 1991 (Gaceta Constitucional No. 142 de 21 de diciembre de 1991, pág. 36).

En resumen, en lo atinente a la filiación política del Ministro Delegatario, al artículo 128 de la Constitución de 1886 (que procedía del artículo 5° del Acto Legislativo No. 1 de 1977), se le agregó la expresión “movimiento político”. Y aunque en el momento en que se le prestó atención específica, la exigencia sobre filiación política del Ministro Delegatario fue negada, después, probablemente por inadvertencia, se aprobó sin que se articulara ningún argumento específico para ello.

Debe tenerse en cuenta, no sobra reiterarlo, que la exigencia de que el Ministro Delegatario tuviera la misma filiación política del Presidente obedecía a una lógica peculiar -la del Frente Nacional, la de la alternación de los partidos Conservador y Liberal en el poder, la de la paridad y, por último, la de la participación adecuada y equitativa- que desapareció en la Constitución Política de 1991. En eso tenía razón el constituyente Palacio Rudas cuando afirmaba que esa exigencia era un vestigio del Frente Nacional. Y puede agregarse que ella es difícilmente conciliable con el espíritu de diversas normas consagradas en la Constitución de 1991, en especial, con el de la que estableció la segunda vuelta para la elección de Presidente de la República. Sobre este asunto se expresó así el constituyente Hernando Yepes Arcila en la ponencia para segundo debate:

“Dentro del ánimo de fortalecer la democracia multipartidista es aconsejable [...] modificar el actual sistema de elección presidencial estableciendo la mayoría absoluta o doble vuelta, propiciando así el multipartidismo, la participación política de diversos sectores y un ambiente coalicionista en el Gobierno”⁸.

Pero no sólo se presentan dificultades para conciliar el aparte final del artículo 196 de la Constitución con otros textos originales de

⁸ Informe de la Comisión Especial Codificadora a la Plenaria, documento inédito que reposa en el archivo del constituyente Carlos Lleras de la Fuente. Véase, C. Lleras de la Fuente y M. Tangarife Torres (1996), *Constitución Política de Colombia: origen evolución vigencia, tomo II*, Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, pág. 752.

la misma. Las dificultades crecen si se tienen en cuenta reformas posteriores de la Carta, entre las que deben mencionarse los Actos legislativos Nos. 2 de 2002 y 1 de 2009 y la Ley 996 de 2005, todas ellas vigentes cuando se expidieron los Decretos 3327 y 3415 de 2010, cuya nulidad declaró el Consejo de Estado.

El alcance de estas reformas, para los efectos que aquí interesan, se especifican a continuación:

a) Los artículos 1, 3 y 5 del Acto legislativo No. 2 de 2002 reformaron, en su orden, los artículos 303, 314 y 323 de la Constitución, en el sentido de que, dentro del nivel territorial, deben designarse como gobernadores o alcaldes personas del mismo partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el gobernador o alcalde elegido, cuando se produzca falta absoluta de estos y falten menos de 18 meses para la terminación del mandato.

b) El artículo 7° de la Ley 996 de 2005 estableció que pueden inscribir candidatos a la Presidencia de la República los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, individualmente o en alianzas.

c) Por último, el artículo 1° del Acto legislativo No. 1 de 2009 establece normas sobre la escogencia de candidatos, propios o por coalición, por parte de los partidos o movimientos políticos.

Todas estas reformas se orientan a institucionalizar las alianzas y coaliciones en materia electoral.

Los elementos analizados apuntan a la necesidad de buscar un nuevo sentido para la exigencia constitucional respecto a la filiación política de quienes reemplacen al Presidente, pues, es obvio, según se desprende del recorrido histórico efectuado, que los fines perseguidos con esa exigencia bajo la Constitución de 1886 no son los mismos en el marco de la nueva Constitución.

Con esta perspectiva, puede afirmarse, sin exageración, que no es afortunada la manera como el Consejo de Estado resolvió la demanda contra los Decretos por medio de los cuales el Presidente de la República delegó unas funciones presidenciales en un Ministro Delegatario que, si bien no pertenecía al mismo Partido por el cual fue inscrito el Presidente, sí pertenecía a un partido que lo había apoyado cuando éste

afrontó la segunda vuelta, pues no resulta afortunada la pretensión del Consejo de Estado de restarle significación a la segunda vuelta y a los acuerdos previos a su realización como elementos configuradores del programa de gobierno, el que, según la sentencia, quedaría completamente definido en el momento de inscripción del candidato que resulte elegido Presidente.

Todas estas conclusiones de la sentencia son la consecuencia de una interpretación marcadamente literal, que el Consejo de Estado no se tomó el trabajo de confrontar y validar con los resultados que habría podido obtener mediante el uso de otros elementos (métodos, si se prefiere) necesarios en la determinación del sentido de una disposición.

2. Consideraciones adicionales

Y es que, en efecto, las consideraciones expuestas abren el camino para un ejercicio cuidadoso, más elaborado, de interpretación constitucional, que no es el objeto de este escrito. Empero, no pueden eludirse, sin embargo, algunas observaciones complementarias.

Debe señalarse, ante todo, que el alcance histórico de una disposición constitucional no es, desde luego, un elemento suficiente para establecer su sentido. Pero sí es pertinente para determinar si como resultado de la interpretación literal, se obtiene una norma clara que no admite dudas.

Las formulaciones expuestas a lo largo de este escrito muestran que en el caso del artículo 196 de la Constitución a pesar de su sentido *-prima facie*, claro-, suscita interrogantes que quedan sin resolver con la estricta interpretación literal del texto constitucional, cuando media el hecho de una segunda vuelta en las elecciones presidenciales.

La interpretación literal de una disposición no es, tampoco, un criterio suficiente para determinar su sentido, ni aun en el caso de las disposiciones legales. Insuficiencia que es mucho mayor cuando se trata de la Constitución, que debe ser entendida como unidad (de todos sus elementos, cuya interacción produce “la conformación concreta de la Comunidad”) si se la quiere comprender e interpretar correctamente⁹.

⁹ K. Hesse (1992), Concepto y cualidad de la Constitución, en *Escritos de Derecho Constitucional* (2^a. ed.), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pág. 17.

Hace ya algunos años, anotaba Rubio Llorente que “la doctrina de interpretación es en la actualidad [...] el núcleo mismo de la Teoría de la Constitución y del Derecho Constitucional.”¹⁰ Pero podría precisarse que, finalmente, la interpretación constitucional es un problema de teoría del Derecho y, de acuerdo con las teorías predominantes sobre las características de esta especie de interpretación, entre las que se encuentra la que subyace a las prácticas interpretativas de la Corte Constitucional, la interpretación constitucional, aunque tenga sus puntos de contacto con la interpretación legal, es una interpretación *sui generis* que obedece a sus propios principios¹¹.

De todos modos, y en parte como consecuencia de lo expuesto, el tradicional método de interpretación savigniano, en cuya formulación más simplificada la interpretación se descompone en cuatro elementos constitutivos -el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático-, no es suficiente para interpretar las disposiciones constitucionales¹². Pero recuérdese que esta formulación simplificada sólo es válida cuando se trata de leyes aisladas en su estado normal, que no parecen ofrecer defectos en cuanto a la expresión de su pensamiento, entendido como el del legislador histórico. Y no debe olvidarse, tampoco, que este método es una construcción científica originada en la labor doctrinaria de los juristas. Debe observarse, por último, que se trata de un método ideado para la interpretación de la ley y no para la interpretación de la Constitución.

Pero, más importante aún, los métodos de interpretación no son procedimientos efectivos, entendidos en el sentido de un conjunto de pasos finitos que lleven a la obtención de la solución buscada. Los métodos de interpretación son, en realidad, métodos heurísticos de

¹⁰ F. Rubio Llorente (1997), Problemas de la interpretación constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, en *La forma del poder: estudios sobre la Constitución (2ª ed.)*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pág. 588.

¹¹ Cf., por vía de ejemplo, Rubio Llorente, op. cit.; J. Pérez Royo (2007), *Curso de Derecho Constitucional (11ª ed.)*, Madrid: Marcial Pons, págs. 122 y ss.; K. Hesse (1992), *La interpretación constitucional*, en *Escritos de Derecho Constitucional (2ª ed.)*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pág. 31 y ss.; D. E. López Medina (2002), *Interpretación Constitucional*, Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura y Universidad Nacional de Colombia, págs. 41 y ss.; M. G. Monroy Cabra (2005), *La interpretación constitucional (2ª ed.)*, Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, págs. 51 y ss.

¹² Para lo que sigue, y, en general, para un análisis detallado del método savigniano, cfr. F. Gómez Mejía (1979), *La interpretación del derecho*, Bogotá: Ediciones Ananké, págs. 145 y ss. De allí se toma la caracterización hecha en el texto.

los que sólo puede afirmarse, a ciencia cierta, que ayudan a obtener la respuesta correcta¹³.

No es materia de este estudio discutir la mayor o menor validez de la teoría de la interpretación constitucional que aplica la Corte Constitucional en su práctica, pero no puede desconocerse que ella huye de cualquier interpretación puramente literal.

Considérese, por ejemplo, la sentencia T-116 de 2004¹⁴, que tiene el interés de versar sobre el alcance del inciso segundo del artículo 314 de la Cons. Pol., en cuanto dispone que en caso de falta absoluta del alcalde municipal, cuando faltan menos de 18 meses para la terminación del período, “el gobernador designará un alcalde para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el alcalde elegido”. Es decir, un asunto que guarda alguna analogía con el de la filiación del Ministro Delegatario.

Para resolver el asunto, la Corte, recurriendo en forma amplia a su propia jurisprudencia, señaló los criterios y parámetros de interpretación que debe tener en cuenta, no sólo la Administración, sino cualquier operador jurídico.

A la sentencia pertenecen las siguientes consideraciones:

“Al momento de interpretar la Constitución [...] ha de garantizarse que el ejercicio hermenéutico no conduzca a la ruptura de la unidad de la Constitución, ni al desconocimiento de los fines constitucionales, sean globales para todo el Estado o los precisos definidos en las normas que regulan las distintas instituciones jurídico-constitucionales.

“Lo anterior implica que no basta la interpretación literal de la Carta, si con ello se desconoce el sistema axiológico de la Constitución y los parámetros que el juez constitucional, guardián de la supremacía e integridad de la Constitución, ha fijado. [...]

“[...] El respeto por criterios sistemáticos es, en materia constitucional, de obligatoria observancia. La garantía de la unidad de la Constitución se soporta sobre esta premisa [...]”.

¹³ F. Gómez Mejía, op. cit., págs. 154 y ss.

¹⁴ Sentencia de la Corte Constitucional T-116 de 12 de febrero de 2004, Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynnett.

Al referirse al problema conexo de la irrazonabilidad de la interpretación realizada por la Administración (y, puede indicarse, por el resto de los operadores jurídicos), la Corte agregó:

“En el nivel concreto, la interpretación ha de respetar la integridad y finalidad de la norma constitucional. La finalidad de las reglas y principios constitucionales no se definen exclusivamente a partir de sí mismas, sino que se articulan a partir de otros mandatos constitucionales, que les confiere un pleno sentido [...]”.

Y al analizar el problema específico del alcance del artículo 314 de la Constitución en cuanto al procedimiento para suplir la vacante por falta absoluta del alcalde y la relación de este procedimiento con otras normas constitucionales (en especial, la atinente a programas de gobierno), la Corte concluyó en forma tajante:

“Una interpretación literal del artículo 314 de la Constitución [...] lleva al traste el diseño constitucional”.

Si se regresa a la sentencia del Consejo de Estado objeto de este escrito, parece claro que, por razones puramente procesales, el Consejo de Estado decidió configurar la delegación de funciones presidenciales, realizada por el Presidente Santos, en un acto de designación -de investidura presidencial- en virtud del cual, a partir de su expedición, el Ministro Delegatario actúa transitoriamente como Presidente de la República con atribuciones de Jefe de Gobierno y de primera autoridad administrativa. Una interpretación que va en contravía de las razones que dieron nacimiento a la figura del Ministro Delegatario, en la reforma constitucional de 1977, orientada a suprimir la necesidad de posesionar como Presidente de la República al Designado, cuando reemplazaba al Presidente durante sus desplazamientos al exterior.

Y esta interpretación que se realiza en la sentencia, asistemática y ahistórica, está en la base de la consideración del Ministro Delegatario como Presidente y en la importancia desmedida que se le atribuye a las funciones que aquel desempeña mientras el Presidente se encuentra en territorio extranjero, en ejercicio de su cargo.

Así pues, la interpretación literal de la parte final del artículo 196 de la Constitución (“El Ministro Delegatario pertenecerá al mismo partido o movimiento político del Presidente”), en los casos en que

ha existido segunda vuelta para la elección del Presidente, no es, a la luz de los argumentos expuestos por el Consejo de Estado, una interpretación válida; y muestra la razón que le asistía al constituyente Palacio cuando consideraba que dicha exigencia era un vestigio del Frente Nacional. O, con otras palabras, una pieza de museo.

Referencias generales

- Gómez Mejía, F. (1979). *La interpretación del derecho*. Bogotá: Ediciones Ananké.
- Hesse, K. (1992). Concepto y cualidad de la Constitución. En *Escritos de Derecho Constitucional (2ª ed., págs. 1-29)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Hesse, K. (1992). La interpretación constitucional. En *Escritos de Derecho Constitucional (2ª ed., págs. 31-54)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales
- Lleras de la Fuente, C. y Tangarife Torres, M. (1996). *Constitución Política de Colombia: origen evolución vigencia (tomo II)*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké.
- López Medina, D. E. (2002). *Interpretación Constitucional*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura y Universidad Nacional de Colombia.
- Monroy Cabra, M. G. (2005). *La interpretación constitucional (2ª ed.)*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Pérez Royo, J. (2007). *Curso de Derecho Constitucional (11ª ed.)*, Madrid: Marcial Pons.
- Rubio Llorente, F. (1997). Problemas de la interpretación constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español. En *La forma del poder: estudios sobre la Constitución (2ª ed., págs. 589-595)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Referencias jurisprudenciales colombianas

- Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 16 de octubre de 1985; referencia: Expedientes Nos. 1134 y 1142, acumulados; Consejero ponente: Miguel Betancourt Rey; Actor: Héctor Rodríguez Cruz y José Ignacio Vives Echeverría.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 14 de febrero de 1990; radicación número 722; Con-

sejero ponente: Simón Rodríguez Rodríguez; Actor: José Ignacio Vives Echeverría.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 23 de octubre de 1990; radicación número 729-730; Consejera ponente: Myriam Guerrero de Escobar; Actor: Hugo Escobar Sierra y José Ignacio Vives Echeverría.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia de 11 de julio de 2011, radicado número 11001-03-28-000-2010-00118-00; Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia; Actor: Lenin Francisco Saavedra Saavedra.

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-116 de 12 de febrero de 2004; Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett; Actor: Jaime Escrucería Gutiérrez.

Referencias normativas colombianas

Acto legislativo No. 3 de 1910.

Acto legislativo No. 1 de 1945.

Acto legislativo No. 1 de 1959.

Acto legislativo No. 1 de 1968.

Acto legislativo No. 1 de 1977.

Acto legislativo No. 2 de 2002.

Acto legislativo No. 1 de 2009.

Colombia, Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *[Artículo 195 de la Constitución de 1991: sesiones de las comisiones] / Asamblea Nacional Constituyente*. Bogotá: Presidencia de la República, Consejería para el desarrollo de la Constitución.

Colombia, Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Gacetas Constitucionales Nos. 78 de 21 de mayo, 109 de 27 de junio, 113 de 5 de julio, 120 de 21 de agosto, 142 de 21 de diciembre.

Decreto No. 0247 de 1957.

Ley 996 de 2005.

LA IGUALDAD ANTE LA LEY EN EL CASO BROWN V. BOARD OF EDUCATION (1954).

*Juan Antonio Barrero Berardinelli**

El infame caso Dred Scott v. Sandford de 1857¹, por virtud del cual la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos prohibió a toda persona de origen africano el derecho a la ciudadanía y restringió la libertad de configuración normativa al Congreso de la Unión para prohibir la esclavitud en los Estados federados, presagió que la reivindicación de los derechos civiles de las personas afrodescendientes sería uno de los capítulos más indignos de la historia la humanidad.

Los hechos fueron los siguientes: Dred Scott, un esclavo negro que vivía en la ciudad de San Luis, ubicada en el Estado esclavista de Missouri, fue llevado por su “amo” a residir, durante varios años, primero a Rock Island en el Estado de Illinois y luego al territorio de Wisconsin, donde la esclavitud quedó abolida desde el Pacto de Misouri de 1820. En 1846, ante la muerte de su “propietario”, el cirujano John Emmerson, Dred Scott demandó su libertad y la de su familia ante el Tribunal de San Luis (Missouri), alegando que se había manumitido por haber residido en un Estado y un territorio libres. El Tribunal de Missouri dictó sentencia a favor de Dred Scott con base en la doctrina “once free, always free²”, según la cual, una

* Abogado, Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en Derecho Público, Universidad Sergio Arboleda. Master en Administración Pública y Derechos Fundamentales, Universidad de Roma La Sapienza. Profesor de Derecho Público, universidades de los Andes, Javeriana, Libre y Sergio Arboleda. Profesor invitado por la Universidad de Roma. Actualmente, Magistrado Auxiliar del Consejo Superior de la Judicatura.

¹ La ponencia fue del Chief Justice Roger Taney.

² Miguel Carbonell. La Peor Sentencia a 150 años de Dred Scott contra Stanford. uexternado.edu.co/econstitucional/index.php/derest/article/.../670.

vez un esclavo hubiera sido libre, siempre lo sería. Pero, al desatarse la segunda instancia, la Corte Suprema del Estado de Missouri revocó la decisión desechando el precedente invocado por el tribunal de inferior jerarquía. Dicha providencia fue recurrida ante la Corte Suprema de Justicia, autoridad judicial que, como ya se dijo, dispuso que ningún afroamericano estaba facultado para ejercer derechos civiles en los Estados Unidos, pues al no ser considerados personas, no les asistía el derecho de acceder a un juicio federal.

Poco después, durante la Guerra de Secesión (1861-1865), Abraham Lincoln ofreció la manumisión a los esclavos de los Estados del Sur a cambio de que prestaran servicio militar en la causa de la Federación. Por ese ofrecimiento, Lincoln es considerado en la historia norteamericana el adalid de los derechos civiles.

Sin embargo, permítaseme discernir este punto, pues no creo que a Lincoln ni a los políticos de su tiempo se les hubiese cruzado alguna vez por la cabeza que un blanco y un negro pudieran ser iguales³ o siquiera parecerse. Muy por el contrario, los verdaderos móviles de la abolición se debieron a que el proyecto político de la Federación constituida por los Estados del Norte dependía de debilitar la mano de obra gratuita en las plantaciones del sur, con la única finalidad de combatir el predominante poderío económico de los estados sureños que apoyaban la causa de la Confederación liderada por el General virginiano Robert E. Lee. Es así que la propuesta de abolición —disfrazada de humanismo— surgió en el transcurso de la guerra, momentos en los que la Federación era derrotada militarmente y requería más soldados para su ejército, es decir, que lo que la Federación realmente perseguía era, de una parte, aumentar su pie de fuerza y, de otra, remplazar la mano esclava del Sur por las maquinarias introducidas por los Estados del Norte en plena Revolución Industrial. De esta manera, mediante la expansión de la industrialización, el poder económico se concentraría en la Federación (Estados del Norte).

Así, pues, la causa que impulsó la abolición de la esclavitud no tuvo por finalidad reconocer la igualdad racial. Muy por el contrario, al ser promovida con base en intereses estrictamente económicos, los

³ Frederick Douglas, Harriet Tubman, Harriet Stowe, Jhon Brown, son algunos de los verdaderos líderes abolicionistas en los Estados Unidos.

próximos cien años se caracterizaron por la más infame discriminación racial. Si alguna duda quedara sobre la veracidad de este planteamiento y alguien quisiera rebatirlo al insinuar la bondad de las medidas raciales adoptadas en los Estados Unidos, bastaría con detenerse en el último cuarto del siglo XIX, cuando inició el proceso de expansión hacia al Oeste con la determinación abiertamente adoptada por el Gobierno de los Estados Unidos⁴ de exterminar los pueblos aborígenes Navajos, Cherokees, Sioux, Apaches, Comanches, Cheyennes, entre otras tribus que también fueron sistemáticamente exterminadas. Pero, además, ello contrasta notoriamente con la historia de algunos países de América Latina, como México y Colombia, que hoy están en posición de resguardar centenares de pueblos indígenas que aún preservan sus usos y costumbres. En México, gozan de protección desde la Constitución Yucateca de 1841 y su posterior ensamblaje en el texto de Querétaro de 1917. En el caso colombiano, cuentan con protección constitucional, no sólo porque los territorios indígenas por virtud de los artículos 286 y 329 de la Constitución de 1991 fueron erigidos en entidades territoriales que gozan de las mismas atribuciones que los departamentos, distritos y municipios, sino que, además, el Constituyente de 1991, en una de las previsiones más bellas de la Carta Política, los dotó de una jurisdicción propia que les permite juzgar conforme a sus propias normas y procedimientos (Art. 246, Cons. Pol.). Estas medidas tienen por antecedente, de una parte, el acto Reformatorio de la Constitución No. 8 de 1905⁵, impulsado por el General Rafael Reyes Prieto que reconoció derechos a las minorías y, de otra, la abolición de la esclavitud originada en la condición impuesta por el General haitiano Alexander Petion.

Cuando Bolívar partió de Jamaica en 1815 y antes de llegar a Angostura (Ciudad Bolívar en Venezuela) para iniciar la última campaña libertadora se detuvo en Haití, segundo país en independizarse en el hemisferio (1803), donde obtuvo el apoyo del General Petion, quien nos ahorró al menos un siglo de discriminación racial al condicionar

⁴ El General Philip Henry Sheridan, lo sentenció afirmando: “un buen indio es un indio muerto”.

⁵ Artículo 4.- En toda elección popular que tenga por objeto constituir corporaciones públicas y en el nombramiento de Senadores, se reconoce el derecho de representación de las minorías, y la ley determinará la manera y términos de llevarlo a efecto.

su apoyo económico y militar a la causa del Libertador a que una vez se lograra la independencia de la Gran Colombia, inmediatamente, se debía proceder a la abolición definitiva de la esclavitud. Esta condición permitió que, en esta parte del hemisferio y, sobre todo, en la Nueva Granada, desde muy temprano se aboliera la esclavitud con fundamento en principios de orden humanístico. Lo anterior, no significa que se haya logrado que esta importante parte de nuestro pueblo compuesta por afrodescendientes goce materialmente de los mismos estándares de desarrollo que el resto de la población; es un objetivo que todavía está lejos de cumplirse y por el cual se debe luchar de manera incansable e inaplazable.

En todo caso, regresando a la Guerra de Secesión en el plano de la discusión política trazada por los bandos en conflicto, la Confederación justificó la confrontación militar en que los Estados del Sur aspiraban preservar su soberanía frente a la Unión, para entonces eran: Alabama, Arkansas, Carolina del Sur, Carolina del Norte, Florida, Georgia, Kentucky, Luisiana, Misisipi, Misuri, Tennessee, Texas y Virginia. Y conformaban la Federación o eran los Estados de la Unión: California, Connecticut, Delaware, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Maine, Maryland, Massachusetts, Míchigan, Minnesota, New Hampshire, Nevada, New Jersey, New York, Ohio, Oregón, Pensilvania, Rhode Island, Vermont y Wisconsin; los que proponían que la soberanía residiera únicamente en la Nación.

Frente a esta cuestión es importante recordar que por iniciativa de los constituyentes James Madison y John Jay, desde el momento de la independencia, los Estados Unidos se asociaron en torno a una federación de Estados; la diferencia entre el régimen unitario, también llamado centralizado, y el federal, está dada porque en éste último, la presencia de una cláusula residual de competencias distribuye las funciones que le corresponden a los distintos niveles estatales, al disponer de manera taxativa lo que le incumbe a la nación; lo que resulta en un amplio margen de autonomía a las fracciones del territorio, ya que las demás competencias por residuo le conciernen a los Estados federados. Dicho de manera más simple, todo aquello que no esté expresamente asignado a la Nación le atañe a los Estados partes (función legislativa, judicial y administrativa).

Por el contrario, en el régimen centralizado no existe tal cláusula y, en consecuencia, hay un único centro de impulsión de la autoridad pública y tienen las partes del territorio a su cargo elementales funciones administrativas.

Pues bien, efectuada esta precisión, durante la Guerra de Secesión, contrario a lo ocurrido en casi toda América Latina, donde la confrontación históricamente fue entre federalistas y centralistas, en los Estados Unidos el conflicto surgió entre federalistas y confederalistas. Es dable afirmar que la confederación es un paso más avanzado del sistema federal, pero, debido a que la diferencia entre estas singulares formas de Estado es bastante sutil, para una mejor comprensión, es útil acudir a las diferencias denunciadas por Jellinek⁶ entre estas formas de organización territorial, que a simple vista son muy parecidas.

En primer lugar, en las confederaciones la soberanía se ejerce por los Estados parte de la Unión y no por la nación exclusivamente, es decir, hay tantas soberanías como estados miembros, lo que conduce al segundo rasgo diferenciador que está dado por el “derecho de secesión”, por el cual se faculta a los estados de la confederación a separarse en cualquier momento de la unión (Ej. La Unión Europea en relación con la Eurozona); derecho inexistente en los Estados federales en los que, como ya se dijo, las funciones están asignadas a los distintos niveles por medio de una cláusula residual de competencias que taxativamente señala lo que le corresponde a la Nación y, de manera residual, radica todo aquello que no esté consignado de manera expresa en los Estados federados. Así, en la Federación, a pesar de la presencia de un altísimo grado de autonomía, las decisiones de los Estados federados siempre deben ser acordes con la Constitución de la Unión y, por tanto, éstos deben respetar la soberanía nacional. Esta regla fue fundada por el Chief Justice Marshall desde el caso *McCulloch v. Maryland* de 1819, veamos:

“El Gobierno federal es reconocido por todos como un gobierno con poderes numerados y tasados. El que sólo puede ejercitar aquellos poderes que le han sido asignados es en la actualidad un principio universalmente admitido. Sin embargo, la cuestión respecto a la extensión de los poderes actualmente garantizados está siempre abierta y

⁶ Jellinek George. Teoría General del Estado. Centro de Estudios Políticos, Madrid.

probablemente seguirá estando así, mientras exista nuestro sistema de gobierno”.

Esta jurisprudencia ha sido constante y está conformada por una cadena en espiral de sentencias confirmatorias con tal grado de proyección en el tiempo que, en *López v. United States* de 1995, al discutirse la constitucionalidad de la Ley Federal 1990 relativa a la posesión de armas en las escuelas públicas, la Corte Suprema en aplicación del principio “*stare decisis*” se pronunció así:

“Es verdad que determinar si una actividad intraestatal tiene o no naturaleza comercial puede ser en ciertos casos una tarea muy difícil e incierta. Pero, desde el momento en que la autoridad del Congreso está limitada a los poderes enumerados en la Constitución, y desde el momento en que son los jueces quienes interpretan esos poderes limitados y quienes pueden obligar a mantener su ejercicio dentro de los límites, todas las normas emanadas por el Congreso amparándose en la cláusula de comercio engendran una <<incertidumbre jurídica>>”.

Este orden evolutivo de la jurisprudencia norteamericana sirve para entender que si se analizan con detenimiento los móviles de la Guerra de Secesión se infiere con nitidez que lejos de una aplicación residual de competencias regulada por una cláusula constitucional o de una Nación en la que cupieran las personas de raza negra, las verdaderas causas que impulsaron a los Estados del Norte liderados por Lincoln para abolir la esclavitud fueron puramente económicas pues, desde un inicio tuvieron por base exportar la Revolución Industrial a los Estados del Sur; para lo cual un paso determinante era liberar a los esclavos, no porque fuera justo ni humano, sino, como atrás se dijo, con el fin oculto de sustituir la mano de obra gratuita que permitía la riqueza agrícola en los Estados esclavistas que propugnaban por la Confederación.

Prueba categórica de esta aseveración es que una vez finalizada la guerra, aún habiéndose abolido la esclavitud por virtud de la Decimotercera Enmienda Constitucional aprobada en 1865⁷, en la extensa zona del Misisipi, “*deep south*”, se conservaron intactas

⁷ Decimotercera Enmienda a la Constitución aprobada el 6 de diciembre de 1865: “Ni la esclavitud ni la servidumbre involuntaria existirán en los Estados Unidos o en cualquier lugar sujeto a su jurisdicción, salvo como castigo por un delito del cual la persona haya sido debidamente convicta”.

las leyes “*Jim Crow*”⁸ o de segregación racial, que mantuvieron a blancos, negros e indígenas, viviendo bajo un sistema de “*separate but equal*”, únicamente comparable con el temible experimento del “*apartheid*” sudafricano, en el que la segregación también se hizo efectiva en todas las esferas públicas, sin que ninguna autoridad se hubiera preocupado, al menos por un siglo, en hacer la más mínima consideración de carácter humano en torno a la segregación; muy seguramente porque no había móviles económicos para ello.

Entonces, ¿para qué sirvió abolir la esclavitud, si en adelante las decisiones de los Poderes públicos fomentaron la segregación, el odio, la opresión racial y guardaron silencio frente a movimientos tan radicales e inhumanos, como el Ku Klux Klan, sin permitirle a los afrodescendientes vivir en condiciones dignas? Preguntado de otra manera, ¿Para qué sirve la libertad si no se reconoce la dignidad? The land of the free without dignity?

En *Plessy contra Ferguson* de 1896, la Corte Suprema de los Estados Unidos, declaró la constitucionalidad de la segregación racial en instalaciones públicas separadas pero iguales, “*separate but equal*”. Este caso tuvo origen el 7 de junio de 1892 cuando Homer Plessy, un fabricante de zapatos de treinta años de edad, abordó un tren en el Estado de la Luisiana y, al sentarse en uno de los vagones asignados para personas de raza blanca, se le solicitó que se trasladara a los vagones destinados para personas negras. Homer Plessy nació libre porque era hijo de padre afroamericano y madre blanca -“mulato” en la expresión Caribe-, no obstante, la Ley de Luisiana de 1890 lo clasificó como afroamericano, razón por la cual, uno de los empleados ferroviarios le pidió que se trasladara al vagón para la “gente de color”. En un acto de desobediencia frente a las leyes de los Estados

⁸ Las normas denominadas como *Jim Crow*, fueron una serie de leyes de rango estatal promulgadas entre 1876 y 1954 que permitieron la segregación racial en todas las instalaciones públicas bajo el principio: “separados pero iguales”. El origen de la frase “*Jim Crow*” se atribuye al espectáculo musical “*Jump Jim Crow*” interpretado por el actor blanco Thomas D. Rice, quien durante el desarrollo de la obra musical se pintaba la cara de negro, lo que aludía a un afroamericano, la obra fue estrenada en 1832 y se utilizó para satirizar las políticas populistas del entonces Presidente Andrew Jackson. Como resultado de la fama del personaje protagonizado por el actor Thomas Rice, “*Jim Crow*” se convirtió en una expresión en su momento peyorativa que significaba “afroamericano”, por eso las leyes de segregación racial comenzaron a ser conocidas como las leyes de *Jim Crow*. Véase, Klarman, Michael J. 2004. *From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality*. New York: Oxford University Press.

del Sur y de defensa de la dignidad de la humanidad, Plessy se resistió a abandonar el vagón, por lo que fue arrestado sin que se surtiera un debido proceso.

Estos hechos fueron objeto de un proceso judicial decidido en última instancia por la Corte Suprema de los Estados Unidos y en el que la decisión se basó en que la Decimocuarta⁹ Enmienda Constitucional no era aplicable a asuntos de carácter social. Con fundamento en dicha consideración, los nueve jueces de entonces fallaron de la siguiente manera: siete a favor de las leyes de segregación, una abstención del Juez David Josua Brewer y un voto en contra de la decisión mayoritaria presentado por el Juez John Marshall Harlan, quien a través de salvamento de voto (“dissent”) sostuvo que la Constitución de los Estados Unidos “es ciega en cuanto a colores” (“is color blind”).

De esta manera, la Corte Suprema dio vía libre a las leyes de segregación racial de los Estados del Sur y se necesitó más de medio siglo para que el salvamento de voto presentado por el Juez Marshall Harlan, se convirtiera en lo que los norteamericanos denominan “overruling”¹⁰, que no es otra cosa que un cambio de línea jurisprudencial.

Si bien a principios de siglo en *Buchanan v. Warley* de 1917 la Corte Suprema declaró inconstitucional una ordenanza local de Louisville (Kentucky) que prohibía a personas de una determinada raza ocupar inmuebles en zonas residenciales mayormente habitadas por personas de otra raza y, posteriormente, la Corte Suprema, con base en la doctrina constitucional “preferred position”¹¹ -según la cual ciertos derechos fundamentales gozan de una posición privilegiada en el ordenamiento- profirió decisiones en procura de los derechos de las personas afrodescendientes, aún así, esto fue de manera superficial,

⁹ Decimocuarta Enmienda aprobada el 9 de julio de 1868: “Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos y sujeta a su jurisdicción, será ciudadana de los Estados Unidos y del Estado en que resida. Ningún Estado aprobará o hará cumplir ninguna ley que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni ningún Estado privará a persona alguna de su vida, de su libertad o de su propiedad, sin el debido procedimiento de ley, ni negará a nadie, dentro de su jurisdicción, la igual protección de las leyes”.

¹⁰ Cambio de línea jurisprudencial, lo que se denomina “holging” en Inglaterra.

¹¹ Página 288, *Las Sentencias Básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos*. Miguel Beltrán de Felipe y Julio V. González García. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2006.

como en efecto ocurrió en el caso *Mitchell v. United States* de 1941. Los hechos que dieron lugar a la sentencia ocurrieron en 1937 cuando el congresista de raza negra Arthur Wergs Mitchell viajaba en servicio de primera clase de Chicago a Hot Springs. En el momento en que el tren ingresó al Estado de Arkansas donde regía la ley “Separate Coach Law (1891)”, que prohibía proporcionar servicios en los trenes a pasajeros de raza negra, un funcionario ferroviario hizo trasladar al Congresista Mitchell a los vagones previstos para personas de raza negra. Esto condujo a que Mitchell demandara la norma y a que la Corte Suprema de Justicia presidida por el Chief Justice Charles Evans Hughes (Corte Hughes 1930-1941) unánimemente la revocara.

No obstante, el verdadero cambio de línea jurisprudencial se produjo a raíz de que, en el año 1951, a Linda Brown, una menor de siete años de raza negra que cursaba tercero de primaria y residía en la ciudad de Topeka ubicada en el estado de Kansas —y quien, para llegar a su escuela para niños negros debía caminar varios kilómetros, cruzar las líneas ferroviarias y, finalmente tomar un bus—, le negaron la admisión a una escuela para niños blancos (Monroe Elementary School) que estaba ubicada a pocas cuadras de su hogar. Estos hechos motivaron a Oliver Brown (padre de Linda) y otros trece padres de familia a presentar una demanda (“suit”) en la que estuvieron representados por el jurista Thurgood Marshall, quien argumentó, ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, como no era coherente que los soldados norteamericanos blancos y negros hubieran luchado en contra de la xenofobia racial nazista impuesta por Hitler pero que en su propio territorio existieran normas de segregación como las de “separados pero iguales”.

Un aspecto exógeno a los hechos del caso, pero determinante en cuanto a la decisión de fondo, está dado porque en 1953 falleció de manera repentina el Chief Justice Vincent, razón por la cual el Presidente Eisenhower nominó a la Corte Suprema al ex gobernador de California Earl Warren, quien recibió el beneplácito del senado ese mismo año. Paradójicamente, la Corte Suprema presidida por un conservador republicano como lo fue Warren (Corte Warren 1953-1969) adoptó la histórica decisión, con votación unánime de nueve a cero y en la que, además, participaron los jueces: Douglas, Black,

Reed, Frankfurter, Jackson, Burton, Minton y Clark y, por virtud de la cual fueron desestimados de pleno los argumentos presentados por el abogado John W. Devis según los cuales: *“estar separados no necesariamente es desigual y las personas de raza negra deberían estar felices de que las cosas estén en su estado actual (...)”*.

Muy por el contrario, la Corte Suprema produjo un cambio de línea al reconocer que las normas de segregación racial quebrantan el derecho a la igualdad garantizado por la Decimocuarta Enmienda Constitucional de los Estados Unidos y, por tanto, *“they have no place in the Constitution”*.

“Sea cual fuere el alcance y el estado de los conocimientos de psicología en la época de Plessy v. Ferguson (1896), cuanto decimos está ampliamente confirmado por los estudios científicos modernos. Debemos rechazar todo aquello que provenga de Plessy v. Ferguson y que sea contrario a la idea que estamos defendiendo.

Concluimos que en el campo de la enseñanza pública no tiene cabida la doctrina “separados pero iguales”. Un sistema con escuelas separadas es intrínsecamente desigualitario. Por lo cual afirmamos que a los demandantes, y a todos aquellos que se encuentran en una situación similar, la segregación de la que se quejan les ha privado de la protección equitativa de las leyes garantizada por la 14.ª enmienda. Es pues inútil continuar la argumentación y plantearse si tal segregación viola además la cláusula del proceso debido de la 14ª enmienda” (Consideración jurídica tomada del fallo).

Para dar este ingente paso la Corte desechó la concepción estrictamente normativa y formalista del Derecho desarrollada durante el siglo XIX y se fundamentó en el pragmatismo instrumental que supone estudiar el Derecho desde una perspectiva interdisciplinaria que atiende la realidad social. Esta doctrina se sintetiza muy bien en una afirmación de Pound: *“El derecho de los libros no es lo mismo que el derecho en acción¹²”*, lo que en términos prácticos significa que no es posible separar las normas de la realidad que éstas pretenden regular.

¹² Law in Books and Law in Action, American Law Review, Vol.44, 1910. Al respecto, ver también autores como Cohen, Holmes, Llewellym, Frank, entre otros.

“Separarlos de otros estudiantes de similar edad y cualidades por razón de la raza genera un sentimiento de inferioridad sobre su lugar en la sociedad, lo que puede afectar a su corazón y a sus sentimientos de forma tal vez irremediable. El efecto de esta separación sobre sus capacidades escolares ha sido bien formulado en el asunto proveniente de Kansas, por un juez que, sin embargo, rechazó las pretensiones de los recurrentes negros:

«La segregación de niños blancos y de color en escuelas públicas perjudica a éstos. Este efecto nocivo es aún mayor cuando la segregación recibe los parabienes del Derecho, porque la política de separación de razas se interpreta en general como un indicio o una sugerencia de inferioridad de los negros. Este sentimiento de inferioridad afecta a la motivación del alumno para aprender. La segregación establecida por el Derecho tiende, de este modo, a retrasar el desarrollo escolar y mental de los niños negros y a privarles de ciertas ventajas que un sistema escolar integrado podría ofrecerles» (Consideración jurídica tomada del fallo).

Así, cuando se tuvo conciencia de esta óptica, el Derecho norteamericano pasó de una disciplina constituida por estáticos y ficticios presupuestos teóricos provenientes del positivismo a una disciplina fáctica estudiada y aplicada desde una dimensión anti formalista y dinámica de acuerdo con la cual, el Derecho nunca está terminado, sino que se encuentra en permanente construcción y se edifica a partir de los hechos que le dan vida. Uno de los logros más significativos de esta postura del Derecho norteamericano formulada desde principios del siglo XX por la Escuela Filosófica del Pragmatismo Instrumental y cuyo ideal doctrinario es integrar la realidad al derecho, es precisamente el cambio de línea jurisprudencial ocurrido con el fallo Brown de 1954: **“a Court is not and should not be inexorably bound by its own precedents, but in the interest of uniformity of treatment to litigants, and of stability and certainty in the law will follow the rule of law which it has established in earlier cases unless clearly convinced that a rule was originally erroneous or is no longer sound because of changed conditions and that more good than harm would come by departing from precedent¹³”**.

¹³ J.W. Morre & Oglebey, the Supreme Court, Stare Decisis and Law of the Case, 21 Tex. L. Rev. 514,539-40(1943; accord Justice William Douglas, Stare Decisis, 49 Colum. L. Rev.735

Entonces, según se desprende de todo lo dicho, en su momento el precedente judicial objeto de estudio significó un punto de no retorno en favor de los derechos civiles de los afroamericanos, con lo cual tomó impulso la pacífica y perseverante revolución a partir de la cual grandes activistas de los derechos civiles, como lo fueron Martin Luther King Jr., Malcolm X, Rosa Parks, Robert Moses, entre otros, construyeron una ejemplar dimensión de humanismo que, como toda gran gesta produce frutos a largo plazo, a tal punto que hoy en día esa nación es presidida por un afrodescendiente.

Infelizmente, como lo demostró Freud a través de sus estudios, el ego individual hace que en el inconsciente colectivo de las sociedades surja el odio, lo que en otra época sufrieron los afroamericanos, hoy en día afecta a los inmigrantes latinos, con muros y medidas que tipifican la inmigración como un hecho punible. Ante lo cual, la Corte Suprema, en respeto de precedentes como el sentado con el fallo Brown y haciendo valer la vocación humanista del Derecho, recientemente en el caso Arizona v. United States, en el que se juzgó la constitucionalidad de la Ley SB1070 de 2010 regulatoria de la inmigración en el Estado de Arizona, hizo consideraciones jurídicas tan formidables como las que me permito transcribir a continuación:

“La historia de los Estados Unidos es en parte hecha de historias, talentos y contribuciones duraderas de quienes cruzaron océanos y desiertos para venir aquí.

El Gobierno Nacional tiene significativos poderes para regular la inmigración. El poder conlleva la responsabilidad, y el ejercicio sonoro del Poder nacional sobre la inmigración depende del acuerdo nacional para fundamentar sus leyes a través de una voluntad orientada a buscar pensados, racionales discursos civiles. Arizona puede tener comprensibles frustraciones con los problemas causados por la inmigración ilegal mientras ese proceso continúa, pero el Estado no puede perseguir políticas que desconozcan las leyes federales¹⁴.”

(1949). Citado por Estridge William N, Frickey Philip. Cases And Materials on Legislation Statutes And The Creation of Public Policy. Second Edition, American Casebook Series West Group, 1995, Pag. 425.

¹⁴ “The history of the United States is in part made of the stories, talents, and lasting contributions of those who crossed oceans and deserts to come here.

The National Government has significant power to regulate immigration. With power comes responsibility, and the sound exercise of national power over immigration depends on the

SENTENCIA¹⁵ BROWN V. BOARD OF EDUCATION OF TOPEKA (1954)¹⁶

[...] En cada uno de los casos que ahora examinamos, menores de raza negra, a través de sus representantes legales, reclaman la tutela de los Tribunales para obtener la admisión en escuelas públicas de su comunidad, pidiendo que ello se lleve a cabo bajo el presupuesto de la no segregación racial. Todos estos alumnos han visto rechazada su solicitud en escuelas para alumnos de raza blanca, en aplicación de normas que prevén o permiten la segregación por razón de raza. Los recurrentes combaten la segregación porque a su juicio debe prevalecer el principio de protección equitativa, reconocido en la 14.^a enmienda. En todos estos casos, salvo en Delaware, el Tribunal Federal de Distrito, compuesto por tres jueces, rechazó la demanda aplicando la doctrina «separados pero iguales», sentada por este Tribunal en la sentencia *Plessy v. Ferguson* (1896). Conforme a ella, existe igual tratamiento y protección ante la ley cuando se provee a los individuos de razas distintas iguales servicios, aunque tales prestaciones se otorguen de manera separada. En el caso de Delaware, el Tribunal Supremo del Estado, pese a reafirmar tal doctrina, ordenó la admisión de los recurrentes en las escuelas para alumnos de raza blanca, debido a que eran mejores que las escuelas para alumnos de raza negra.

Los demandantes pretenden que se declare que las escuelas públicas reservadas a los negros no son iguales y no pueden transformarse en iguales y, por consiguiente, se vulnera su

Nation's meeting its responsibility to base its laws on a political will informed by searching, thoughtful, rational civic discourse. Arizona may have understandable frustrations with the problems caused by illegal immigration while that process continues, but the State may not pursue policies that undermine federal law.” (Certiorari, *Arizona v. United States*, decidido el 25 de junio de 2012).

¹⁵ Traducción transcrita de la obra: “Las Sentencias Básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”. Miguel Beltrán de Felipe y Julio V. González García. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2006.

¹⁶ Un breve fragmento de la sentencia está traducido en *Documentos constitucionales y textos políticos* (L. Sánchez Agesta ed.), Editora Nacional, Madrid, 1982, pp. 101-102.

derecho a la protección equitativa por las leyes. Teniendo en cuenta la obvia importancia que tiene la cuestión planteada, este Tribunal conocerá del asunto. Un primer turno de intervenciones tuvo lugar durante el año judicial de 1952 y un turno de réplica se desarrolló este año, en respuesta a una serie de cuestiones planteadas por el Tribunal.¹⁷

El nuevo turno de argumentaciones dedicó largo tiempo a las circunstancias que concurrieron en la adopción de la 14.^a enmienda en 1868 (su elaboración por el Congreso, su ratificación por los Estados, las prácticas de segregación racial que existían en la época, y los puntos de vista de defensores y detractores de la enmienda). Este debate y nuestra propia investigación nos convencieron de que estas fuentes, aunque aportan cierta luz, no son suficientes para resolver la cuestión que tenemos planteada. En el mejor de los casos, no son concluyentes. Los más entusiastas promotores o defensores de las enmiendas posteriores a la guerra sin duda tenían en mente acabar con cualquier distinción legal entre «todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos». Sus oponentes, con toda certeza, combatían tanto la letra como el espíritu de las enmiendas, y pretendían darles un efecto más limitado. En cuanto a los restantes miembros del Congreso y de las Asambleas de los Estados, no puede determinarse con un mínimo grado de certeza cuál era su opinión al respecto.

Una razón adicional que abona la imposibilidad de obtener conclusiones definitivas de la historia de las enmiendas es la situación de la educación pública en dicha época¹⁸. En el Sur

¹⁷ (Nota 3 de la sentencia.) 345 US 972. El Fiscal General de los Estados Unidos participó en ambos casos como *amicus curiae*.

¹⁸ (Nota 4 de la sentencia.) Para un estudio general del desarrollo de a educación pública con anterioridad a la aprobación de la enmienda, véase BUTTS Y CREMIN, *A History of Education in American Culture* (1953), partes I,II; CUBBERLEY, *Public Education in the United States* (1934), cc. II-XII. Las prácticas escolares habituales en el momento de la adopción de la 14.^a enmienda han sido descritas en BUTTS Y CREMIN, *supra*, pp. 269-275; CUBBERLEY, *supra*, pp. 288-339, 408-431; KNIGHT, *Public Education in the South* (1922), cc VIII, IX. Vid., además, H. Ex. Doc. No. 315, 41.^o Congress, 2.^a sesión (1871). A pesar de que la demanda de educación pública tiene el mismo planteamiento en el Norte y en el Sur, en el Sur no comenzó ha desarrollarse hasta 1850, veinte años después de lo que ocurrió en el Norte. Las razones de este desarrollo más lento en el Sur (entre otras causas por carácter

no había triunfado el movimiento hacia las escuelas públicas gratuitas, financiadas a través de los impuestos. La educación de los blancos estaba en manos de grupos privados. La educación de los negros era casi inexistente y prácticamente todos los individuos de raza negra eran analfabetos. Más aún, en algunos Estados la ley prohibía incluso la educación de los negros. Por el contrario, en la actualidad muchos negros han obtenido éxito en el ámbito de las ciencias y las artes e incluso en el de los negocios y en el mundo profesional. Es cierto que la instrucción pública en el momento de aprobarse la 14.^a enmienda estaba más desarrollada en el Norte, pero sus efectos en los Estados del Norte fueron en general ignorados en los debates del Congreso. Incluso en el Norte, las condiciones de la educación pública no se aproximaban a las existentes en la actualidad. Los contenidos de los programas eran habitualmente rudimentarios, era frecuente que en las zonas rurales las escuelas no tuviesen división en niveles, los años académicos duraban en muchos Estados únicamente tres meses, y la asistencia obligatoria a la escuela era virtualmente desconocida. En consecuencia, no es sorprendente que la historia de la 14.^a enmienda contenga muy pocos datos sobre los efectos que se pretendían obtener en la enseñanza pública.

En las primeras sentencias dictadas por este Tribunal relativas a la 14.^a enmienda, poco después de su aprobación, se interpretó de forma que prohibía todas las discriminaciones de los poderes públicos estatales hacia la raza negra¹⁹. La doctrina

rural del Sur, y las diferentes actitudes regionales frente a la asistencia estatal) han sido bien explicadas en CUBBERLEY, *supra*, pp. 408-422. En todo el país, pero particularmente en el Sur, la Guerra paralizó todo el progreso en la educación pública; id, pp. 427-428. El bajo nivel educativo de los negros en todos los sectores tanto ante como inmediatamente después de la guerra ha sido descrito en BEALE, *A History of Freedom of Teaching in American Schools* (1941), pp. 112-132, 175-195.

¹⁹ (Nota 5 de la sentencia.) *Slaughter-House cases*, 16 Wall. 36, 67-72 (1873); *Strauder v. West Virginia*, 100 US 303, 307-308 (1880), en donde se afirma: «Se ordena que ningún Estado pueda privar a una persona de la vida, la libertad o la propiedad sin un proceso debido en derecho, o denegar a alguien, dentro de su jurisdicción, la protección equitativa de las leyes. Esto es lo que es, aunque se plantea lo siguiente: declarar que el derecho de los Estados sea el mismo para negros que para blancos, que todas las personas, sean de color o blancos, dispongan de la misma protección de las leyes de los Estados, y, en atención al color de la raza, para la que la protección de la enmienda ha sido primariamente diseñada, ¿supone que

«separados pero iguales» no apareció en este Tribunal hasta 1896, en el caso *Plessy v. Ferguson*, que no se refería a la educación sino a los transportes públicos²⁰. Desde este momento, los Tribunales estadounidenses han aplicado la doctrina «separados pero iguales» durante más de medio siglo. Este Tribunal ha dictado seis sentencias aplicando la regla «separados pero iguales» en el campo de la educación pública²¹. En *Cumming v. County Board of Education*, 175 US 528, y en *Gong Lum v. Rice*, 275 US 78, ni siquiera se cuestionó su validez²². En casos más recientes, todos referidos al nivel de la enseñanza superior, la desigualdad se manifestaba en que ciertos beneficios específicos de los que disfrutaban los estudiantes blancos eran negados a los estudiantes negros con similares méritos y calificaciones (*Missouri ex rel. Gaines v. Canada* 305 US 337; *Sipuel v. Oklahoma State Regents*, 339 US 637). En ninguno de estos casos fue necesario replantearse la validez de la regla «separados pero iguales» para dar una respuesta satisfactoria al recurrente de raza negra. Y en *Sweatt v. Painter* (1950) el Tribunal dijo expresamente que no se pronunciaba acerca de si *Plessy v. Ferguson* (1896) debía aplicarse o no a la educación pública.

no se pueda establecer ninguna discriminación por ley como consecuencia de su color? Las palabras de la enmienda, es cierto, son prohibitorias, pero contienen una necesaria implicación de inmunidad positiva, o derecho, más valorada para las personas de raza de color: el derecho a que no se les apliquen leyes que les son claramente hostiles por razón del color de su piel, la exención de discriminaciones legales que impliquen inferioridad en la sociedad civil [...]». Vid., además, *Virginia v. Raves*, 100 US 313, 318 (1880), *Ex parte Virginia*, 100 US 339, 344-345 (1880).

²⁰ (Nota 6 de la sentencia.) La doctrina, aparentemente, se originó en la sentencia *Roberts v. City of Boston*, 59 Massachusetts 198, 206 (1850), en donde se declara que la segregación vulnera la garantía de la igualdad de la Constitución del Estado. La segregación en las escuelas públicas de Boston desapareció en 1855, Mass. Acts 1855, c 256. Pero en cualquier lugar del Norte, la segregación en la educación pública ha persistido en algunas comunidades hasta años recientes. Parece claro que tal segregación ha sido un problema nacional, y no meramente regional.

²¹ (Nota 7 de la sentencia.) Véase, asimismo, *Berea College v. Kentucky*, 211 US 45 (1908).

²² (Nota 8 de la sentencia.) En el caso *Cumming*, un contribuyente negro exigió la paralización del funcionamiento de las escuelas secundarias para blancos hasta el momento en que se hiciera una para negros. De forma similar, en el caso *Gong Lum* el reclamante, un niño de origen chino, pleiteaba porque las autoridades estatales habían aplicado mal la doctrina «separados pero iguales» y le habían clasificado como negro, obligándole, a acudir a un colegio para negros.

En los casos aquí examinados, la cuestión se ha planteado frontalmente. Aquí, a diferencia de *Sweatt v. Painter*, existen pronunciamientos de los Tribunales inferiores en el sentido de que las escuelas negras y blancas estaban igualadas, o estaban igualándose, en relación con las instalaciones, programas, cualificación y salarios de los profesores y otros factores tangibles²³. Nuestra decisión, no puede, por tanto, ser una comparación punto por punto entre las escuelas para blancos y negros afectadas por cada supuesto. Tenemos que examinar los efectos de la segregación, en sí misma considerada, sobre la enseñanza pública.

No podemos retrasar el reloj al año 1868, cuando se aprobó la 14.^a enmienda, ni siquiera a 1896, cuando se dictó la sentencia *Plessy v. Ferguson*. Debemos considerar la enseñanza pública a la luz de toda su evolución y del lugar que ocupa en todos los rincones de nuestro país, en el conjunto de la vida americana. Sólo de este modo se puede determinar si la segregación en las escuelas públicas priva a los demandantes de la protección equitativa de las leyes.

Posiblemente la educación sea hoy la función más importante de las Administraciones federales y locales. Las leyes que declaren obligatoria la escolarización, y el gran presupuesto que se destina a la educación, demuestran la importancia que se da a la educación en la sociedad democrática. Está incluida entre los requisitos para poder cumplir los deberes públicos más elementales, incluso para servir en las fuerzas armadas. Es el fundamento básico de una auténtica ciudadanía. Representa el principal instrumento para despertar los valores culturales en los niños, para prepararles para el aprendizaje profesional

²³ (Nota 9 de la sentencia.) En el caso de las escuelas de Kansas, el Tribunal inferior encontró igualdad sustancial entre todos estos factores (98 F. Supp. 797,498). En el caso de Carolina del Sur, el Tribunal entendió que los demandados estaban actuando «con prontitud y de buena fe para cumplir las órdenes del Tribunal» (103 E Supp. 920, 921). En el caso de Virginia, el Tribunal señaló que el programa de igualdad estaba «en marcha y progresando» (103 E Supp. 337, 341). Desde entonces, hemos conocido a través de las alegaciones del Fiscal General que el programa ha sido ahora completado. En el caso de Delaware, el Tribunal inferior señaló que el programa de igualdad estatal estaba yendo por buen camino (91 A. 2d 137, 149).

y para ayudarles a adaptarse con normalidad a su medio. En estos días, no es razonable afirmar que un niño puede tener expectativas de éxito en la vida si se le niega la oportunidad de una educación. Tal oportunidad, allí donde el Estado ha asumido tal prestación, es un derecho que debe ser facilitado a todos en iguales condiciones.

Llegamos así a la cuestión planteada: segregar a los niños en las escuelas con el único criterio de la raza, incluso cuando los medios materiales y otros factores tangibles son equivalentes ¿priva a los niños pertenecientes al grupo minoritario de la igualdad de oportunidades en materia educativa? Creemos que sí.

En la sentencia *Sweatt v. Painter* (1950), que ya hemos citado, constatamos que una Facultad de Derecho segregada para negros podía no proporcionar iguales oportunidades educacionales, basándonos en «esas cualidades que no pueden ser medidas de forma objetiva, pero que determinan el valor de una Facultad de Derecho». En *McLaurin v. Oklahoma State Regents* (1950) el Tribunal, exigiendo que un negro admitido en un centro de enseñanza superior para blancos tenía que ser tratado de la misma forma que aquellos, se basó de nuevo en factores intangibles, entre otros, en «su capacidad para el estudio, para entablar discusiones e intercambios de puntos de vista con otros estudiantes y, en general, para aprender su profesión». Tales consideraciones se aplican, con mayor motivo, a los alumnos de enseñanza primaria y secundaria. Separarles de otros estudiantes de similar edad y cualidades por razón de la raza genera un sentimiento de inferioridad sobre su lugar en la sociedad, lo que puede afectar a su corazón y a sus sentimientos de forma tal vez irremediable. El efecto de esta separación sobre sus capacidades escolares ha sido bien formulado en el asunto proveniente de Kansas, por un juez que, sin embargo, rechazó las pretensiones de los recurrentes negros:

«La segregación de niños blancos y de color en escuelas públicas perjudica a estos. Este efecto nocivo es aún mayor cuando la segregación recibe los parabienes del Derecho, por-

que la política de separación de razas se interpreta en general como un indicio o una sugerencia de inferioridad de los negros. Este sentimiento de inferioridad afecta a la motivación del alumno para aprender. La segregación establecida por el Derecho tiende, de este modo, a retrasar el desarrollo escolar y mental de los niños negros y a privarles de ciertas ventajas que un sistema escolar integrado podría ofrecerles»²⁴

Sea cual fuere el alcance y el estado de los conocimientos de psicología en la época de *Plessy v. Ferguson (1896)*, cuanto decimos está ampliamente confirmado por los estudios científicos modernos²⁵. Debemos rechazar todo aquello que provenga de *Plessy v. Ferguson* y que sea contrario a la idea que estamos defendiendo.

Concluimos que en el campo de la enseñanza pública no tiene cabida la doctrina «separados pero iguales». Un sistema con escuelas separadas es intrínsecamente desigualitario. Por lo cual afirmamos que a los demandantes, y a todos aquellos que se encuentran en una situación similar, la segregación de la que se quejan les ha privado de la protección equitativa de las leyes garantizada por la 14.^a enmienda. Es pues inútil continuar la argumentación y plantearse si tal segregación viola además la cláusula del proceso debido de la 14.^a enmienda²⁶

²⁴ (Nota 10 de la sentencia.) En el caso del Estado de Delaware la solución fue similar: «De los testimonios deduzco que en nuestra sociedad de Delaware la segregación escolar de los niños negros implica que estos, en conjunto tiene menos oportunidades educativas y vitales que los niños blancos cuyos resultados y situación son similar»

²⁵ (Nota 11 de la sentencia.) K. B. CLARK, *Effect of Prejudice and Discrimination on Personality Development* (Midcentury White House Conference on Children and Youth, 1950); WITMER y KOTINSKY, *Personality in the Making* (1952), c. VI; DEUTSCHER y CHEIN, «The Psychological Effects of Enforced Segregation: A Survey of Social Science Opinion», 26 *J. Psychol.* 259 (1948); CHEIN, «What are the Psychological Effects of Equal Facilities?» *Int. Journal Opinion and Attitudes Res.* 229 (1949); BRAMELD, «Educational Costs», in *Discrimination and National Welfare* (Maclver, ed., (1949), 44-48); FRAZIER, *The Negro in the United States* (1949), 674-681. Véase de forma general MYRDAL, *An American Dilemma* (1944).

²⁶ (Nota 12 de la sentencia.) *Bolling v. Sharpe*, p. 497, en lo relativo a la cláusula del proceso debido de la 5.^a enmienda.

Bibliografía

- Beltrán de Felipe Miguel y González García Julio V. Las Sentencias Básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2006.
- Brewer Carias Allan. Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), La Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830 y sus aportes al Constitucionalismo Moderno, Universidad Externado 2008.
- Estridge William N, Frickey Philip. Cases And Materials on Legislation Statutes Ande The Creation of Public Policy. Second Edition, American Casebook Series West Group,1995.
- H. Tribe Lawrence. The Invisible Constitution. Oxford University Press (2008).
- Lambert Edouard. El Gobierno de los Jueces, Editorial Tecnos 2010.
- Morris Richard B. Documentos Fundamentales de la Historia de los Estados Unidos 1962.
- Strauss David A. The Living Constitution, Oxford University Press, 2010.
- Weaver L. Rusell L., Hancock Catherine, Lively DonAld, Friedland Steven I., Scott Wendy B. Inside Constitutional Law, Wolters Klower 2009.
- Tascon Tulio Enrique. Historia del Derecho Constitucional Colombiano, Bogotá, Editorial Minerva, 1953.

EL DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL:

¿Una nueva causal de nulidad de los actos
administrativos en Colombia?

*Gabriel René Cera Cantillo**

PRESENTACIÓN

Estas líneas surgen con motivo de la discusión que se dio al final de la primera sesión de las XIII Jornadas de Derecho Administrativo, llevadas a cabo los días 12, 13 y 14 de septiembre de 2012, en la ciudad de Bogotá —Universidad Externado de Colombia—; en la cual se consideró, por parte de alguno de los expositores, que el desconocimiento del precedente jurisprudencial debería ser considerada una nueva causal de nulidad de los actos administrativos; mientras que otro, sostuvo la improcedencia de dicha afirmación, sin, a mi modo de ver, el mayor análisis a la interesante propuesta académica.

Tal discusión, a mi juicio, de la mayor transcendencia para la Jurisdicción contencioso administrativa, me generó en el autor el interés de expresarme al respecto en este trabajo con fines académicos; el cual no pretende, de ninguna manera, ser la respuesta a dicha controversia creada.

En esa medida, el propósito de este escrito no será otro que mantener vigente la discusión suscitada y, naturalmente, proveer algunos conceptos o elementos que permitan determinar si el desconocimiento del precedente jurisprudencial, con ocasión de la expedición de un acto administrativo, constituye una nueva causal de nulidad o, si por el contrario, al desconocimiento del precedente jurisprudencial por parte de la Administración al momento de proferir un acto administrativo no debe dársele ese alcance jurídico.

*Abogado, especialista en Derecho Administrativo.

Para ello, en el primer capítulo de este trabajo, se abordará el tema de las causales de nulidad de los actos administrativos en Colombia y cuál ha sido su desarrollo a través del tiempo; en el segundo capítulo, se expondrán algunas reflexiones sobre el precedente jurisprudencial; y, en el tercer y último capítulo, trataremos de fijar nuestra posición y, en ese orden, dar respuesta al interrogante planteado en el título de este trabajo.

CAPÍTULO I

Sobre las causales de nulidad de los actos administrativos

El acto administrativo es considerado como el principal instrumento de aplicación administrativa del ordenamiento y de determinación estable de situaciones jurídicas con que la Administración se interrelaciona con los administrados¹. De allí, la preocupación justa y legítima de legisladores y jueces por crear mecanismos que permitan proteger, de manera efectiva, los derechos de los administrados involucrados en esa forma de expresión de la voluntad administrativa.

Las causales de nulidad, entendidas como los hechos que invalidan la actuación de la Administración cuando profiere actos administrativos o los motivos que permiten su impugnación², han sido tratadas por el legislador desde la instauración de la Jurisdicción contencioso administrativa en nuestro Ordenamiento jurídico, prevista, inicialmente, sólo para controlar la legalidad de ciertos tipos de actos.

Así, en el primer Código Administrativo, expedido en el año 1913 —mediante la Ley 130— se reguló la materia de la siguiente manera, artículo 52: “Todo ciudadano tiene derecho de pedir al respectivo Tribunal Seccional Administrativo que se declare la nulidad de una ordenanza u otro acto de una Asamblea Departamental **que se considere contrario a la Constitución o a la ley**”.

Posteriormente, la Ley 167 de 1941 —segundo Código Administrativo—, además de la causal de nulidad traída desde el anterior Estatuto, previó, en su artículo 66, inciso segundo, las siguientes: “Esta

¹ DROMI, Roberto. El Acto Administrativo. Ediciones Ciudad Argentina. Tercera edición. 2000.

² PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. Derecho Procesal Administrativo. Librería jurídica Sánchez R. Séptima edición. 2010. Página 258.

acción se llama de nulidad y procede contra los actos administrativos, no sólo por estos motivos, **sino también cuando han sido expedidos en forma irregular, o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere**”.

Por su parte, el Decreto 01 de 1984 —tercer Código Contencioso Administrativo—, en su texto original, artículo 84, segundo inciso, tuvo a bien desarrollar la lista de las causales de nulidad y estatuyó como tales: (i) infracción de las normas a las que debían estar sujetos los actos; (ii) cuando fueran expedidos por funcionarios u organismos incompetentes; (iii) cuando hubieran sido expedidos en forma irregular; (iv) cuando hubieran sido falsamente motivados; o (v) cuando hubieran sido expedidos con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió. Disposición que luego fue modificada por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989, la cual agregó a las anteriores causales de nulidad, aquella que se presenta cuando el acto haya sido expedido con desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa.

El reciente Código —Ley 1437 de 2011— mantuvo en su artículo 137, segundo inciso, las mismas causales consagradas desde la reforma de 1989. Señala esa disposición:

“Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió”.

Todas estas causales, hasta hoy contempladas, buscan siempre mayores garantías al administrado, sujeto pasivo del acto administrativo, quien en su relación con la Administración es la parte débil.

Hoy se plantea, entonces, si la Administración cuando profiere un acto administrativo y desconoce el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional o del Consejo de Estado debe ser considerada una nueva causal de nulidad autónoma o, si por el contrario, a dicho planteamiento no se le puede dar ese alcance jurídico.

Es necesario precisar que el sustento de cada causal de nulidad establecida por el legislador se halla en la relación de éstas con los distintos elementos de validez del acto administrativo, como lo son: sujeto, objeto o contenido, motivo, forma o formalidades y fin; por lo que el ataque de nulidad que se haga con fundamento en alguna de las causales mencionadas tendrá como mira algún elemento de validez del acto³.

Así, por ejemplo, la falta de competencia o incompetencia del funcionario u organismo guarda relación con el elemento de validez: Sujeto; asimismo, la falsa motivación con el elemento: Motivo; la causal de expedición irregular con el elemento: Forma o Formalidades; la desviación de poder con el elemento: Fin; el desconocimiento de derecho de audiencia y defensa con el elemento: Forma o Formalidades; y la infracción de norma superior a las cuales debe sujeción el acto con el elemento: Contenido u Objeto⁴.

En ese orden, de llegarse a considerar el desconocimiento del precedente jurisprudencial como una causal más de nulidad de los actos administrativos tendríamos, igualmente, que prever cuál de los elementos de validez del acto sería el atacado para darle justificación, autonomía y legitimación a esa nueva causal; pues, de lo contrario, ese nuevo supuesto alegado como una eventual “causal de nulidad” sólo haría parte de alguna de las ya causales dispuestas en el ordenamiento o de ninguna, por no tener ese alcance.

Para ello, pues, en el siguiente capítulo es necesario conocer qué se entiende por precedente jurisprudencial y cuáles sus alcances dentro del sistema jurídico colombiano.

CAPÍTULO II

Sobre el precedente jurisprudencial

Es necesario decir que si alguna novedad trajo el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo —C.P.A.C.A.— al Ordenamiento jurídico administrativo fue la consagración del precedente jurisprudencial dentro de su normatividad,

³ PALACIO HINAPIÉ, Juan Ángel, ob. Cit. Pág. 259.

⁴ BERROCAL GUERREO, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo. Tercera Edición. Ediciones del Profesional. 2004. Páginas 327 y siguientes.

lo cual nos sitúa en un nuevo escenario jurídico y en una nueva etapa de los derechos sustantivos.

Igualmente, es importante señalar que un precedente jurisprudencial no es una decisión judicial cualquiera, ni puede serlo; éste debe estar basado en una decisión que contenga unos elementos que permitan su permanencia en el tiempo; que obedezca a la presencia de hechos que ameriten que la autoridad suprema considere que esa decisión no pueda ser desconocida por quienes deben aplicar el Derecho en el futuro. Y esa calidad, debo decirlo, sólo se obtiene de las decisiones que en forma expresa adopte, en esta área, el Consejo de Estado, mediante una sentencia de unificación jurisprudencial.

Sin duda, el Precedente Jurisprudencial es uno de los temas que mayor fuerza ha tomado en las relaciones jurídicas estos últimos años en Colombia. No ha sido un tema pacífico. Hay quienes se resisten a aceptarlo como una fuente formal de Derecho en nuestro Sistema jurídico y otros que defienden su nuevo valor dentro del Ordenamiento.

Lo anterior, a tal punto, que la adopción de esta institución en el C.P.A.C.A. generó fuertes discusiones. En resumen⁵, se argumentaba, por quienes estaban en contra de la regulación de esta institución en el nuevo Código, su improcedencia debida a que la obligatoriedad del precedente judicial es propio de otros sistemas jurídicos, como lo es el anglosajón, donde el Derecho se determina por lo resuelto en los casos judiciales (*case law*), y no para los sistemas del Derecho continental, en el cual la ley es el elemento creador y determinante del Derecho. Se sostenía, además, que era el mismo artículo 230 de la Constitución Política el que determina que la jurisprudencia es solamente un criterio auxiliar de la actividad judicial y los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley.

Sin embargo, los que estaban de acuerdo con la regulación de esta institución, consideraban, entre otros argumentos, que era una institución que salvaguarda el principio de igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución, como también el de confianza legíti-

⁵ ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Segunda edición actualizada. Legis. Páginas 30 y 31.

ma, en tanto que a través de ella se garantiza que el trato dado a una persona en la misma situación fáctica y jurídica, sería el mismo que recibiría aquella persona que con posterioridad formulará el mismo asunto. Y, por lo demás, en cuanto que la implementación de esta institución contribuiría a la seguridad jurídica, principio rector de un Estado de Derecho como el nuestro.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-335 de 2008, instituyó en el Ordenamiento jurídico colombiano esta nueva fuente formal del Derecho, en aras de garantizar el derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos. En esa sentencia, la Corte indicó:

“Reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redundan en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera, **la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera.** Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares” (Negrillas fuera del texto original).

De tal manera, que el sagrado e inmodificable artículo 230 de la Constitución Política sufrió, por vez primera, una alteración sustancial en su contenido, al prescribir que ya no sólo los jueces se someterían en sus decisiones al imperio de la ley, sino que también lo harían a la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes del país.

El profesor Santofimio enseña: “Al precedente, conforme lo anterior, se lo tiene, bajo la construcción jurídica del sistema del *common law*, como una fuente formal de creación del Derecho, diferente de la ley, y originada en las decisiones judiciales, específicamente en las razones que le sirvieron de sustento a las mismas –*ratio decidendi*–, ésto es, en la solución jurídica a una situación fáctica específica, la cual, por efectos de la evolución del sistema, pasa a convertirse en un antecedente vinculante, en una especie de paradigma de solución frente a casos similares o semejantes que puedan ocurrir con posterioridad –*stare decisis*–, configurando de esta manera, dentro del Ordenamiento jurídico, demarcando un principio o definiendo

un concepto adecuado y propio en materia jurídica (ITURRALDE SESMA, Ob. cit.: 31)”⁶.

Otros sostienen que “la función de las sentencias de unificación es que quien aplique el Derecho no opte por diversas posibilidades de interpretación de la norma, sino que siga el delineamiento que indica la decisión que la alta corporación adoptó”⁷.

Al respecto, dice el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011:

“Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las **sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas**” (Negrillas fuera del texto).

La Corte Constitucional, en la sentencia que estudió la exequibilidad del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, señaló, sobre los efectos del precedente jurisprudencial, lo siguiente:

“**La jurisprudencia vinculante sirve de criterio ordenador de la actividad de la administración.** Ésto en al menos en dos sentidos: (i) como factor decisivo ante la concurrencia de dos o más interpretaciones posibles de un texto normativo constitucional, legal o reglamentario; y (ii) como elemento dirimente ante la ausencia o disconformidad de posiciones jurisprudenciales. **Respecto a la primera función, se tiene que cuando la autoridad administrativa se encuentra ante varias posibilidades interpretativas de un precepto, deberá preferir aquella que tenga respaldo en las decisiones de los órganos de justicia investidos de la facultad constitucional de unificación de jurisprudencia.** En tanto esa competencia de las altas cortes tiene precisamente el objetivo de garantizar la seguridad jurídica y la igualdad de trato ante autoridades judiciales. A su vez, debido a los efectos de cosa juzgada constitucional, la aplicación de la interpretación judicial es imperativa cuando se trata de aquella consignada en una sentencia de la Corte proferida en el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad. Frente

⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. La Fuerza de los Precedentes Administrativos en el Sistema Jurídico del Derecho Positivo Colombiano. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. 2010. Páginas 23 y 24.

⁷ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. Derecho Procesal Administrativo. Octava edición en editorial. Pág. 527.

al segundo sentido, la Corte también ha contemplado que cuando se esté ante la divergencia de interpretaciones de índole judicial, la administración deberá optar por aquella que mejor desarrolle los derechos, principios y valores constitucionales”⁸ (Negritas no son del texto).

Así mismo, se anotó en esa sentencia:

“En lo relativo a los fallos en los que la Corte ejerce el control concreto de constitucionalidad, también se reconoce su carácter vinculante para las autoridades judiciales y administrativas. Esto en el entendido que dichas decisiones, aunque son adoptadas frente a un asunto particular, no tienen efectos simplemente inter partes, puesto que en dichos fallos la Corte determina el contenido y alcance de los derechos constitucionales. Así, como se ha explicado en esta sentencia, si se parte de la base que (i) las reglas de derecho solo logran su armonización concreta luego de su interpretación; y (ii) la hermenéutica adelantada por las autoridades judiciales investidas de las facultad de unificar jurisprudencia, tiene carácter vinculante; entonces las razones de la decisión de los fallos proferidos en ejercicio del control concreto son un parámetro obligatorio para la aplicación, por parte de las autoridades, de las normas constitucionales en los casos sometidos a su escrutinio. **Lo anterior trae como consecuencia necesaria que el grado de vinculatoriedad que tiene el precedente constitucional para las autoridades administrativas, tenga un grado de incidencia superior al que se predica de otras reglas jurisprudenciales”** (Negritas no son del texto).

De tal modo, que, como claramente lo indican las decisiones de la Corte, el precedente jurisprudencial, sobre todo el constitucional, es vinculante para la Administración, máxime cuando profiere actos administrativos.

CAPÍTULO III

El desconocimiento del precedente jurisprudencial como causal de nulidad de los actos administrativos

De acuerdo con lo expuesto en los dos capítulos preliminares, y en aras de responder la pregunta formulada en el título de este trabajo, mi posición al respecto es que el desconocimiento del precedente

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-634 del 24 de agosto de 2011. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

jurisprudencial por la Administración al proferir un acto administrativo debe ser considerado como una nueva causal de nulidad de los actos administrativos en Colombia.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, siendo para la propia Corte Constitucional el precedente jurisprudencial fuente formal del Derecho y, por tanto, de obligatorio cumplimiento por parte de autoridades tanto judiciales como administrativas, y, en esa vía, su desconocimiento por la Administración no debe tener otra calificación o tratamiento jurídico que el de un fundamento más de impugnación o causal de nulidad del acto administrativo.

En ese orden, esta nueva causal de nulidad estaría dirigida, al igual que la ya existente como infracción a norma superior, a atacar el elemento de validez del acto administrativo: objeto o contenido. Pero a diferencia de aquella, esta nueva causal tendría su justificación en que no se infringe una norma ni una disposición superior, sino que se desconoce por la Administración un precedente jurisprudencial al que ha debido sujetarse para proferir determinado acto.

Se reconoce que puede existir una posición contraria a la aquí asumida, no menos cierta ni mucho menos descalificable, consistente en que no es necesario elevar a causal de nulidad del acto administrativo el desconocimiento del precedente jurisprudencial porque en cuenta que dicho nuevo supuesto estaría inmerso en la causal de infracción a norma superior consagrada en la ley; sustentada, entre otras, en la sentencia C-539 de 2011 de la Corte Constitucional, en la cual se anotó, en relación con el desconocimiento del precedente judicial del orden constitucional, que: **“puede conllevar a una infracción directa de preceptos constitucionales o legales de un acto administrativo de carácter general, casos en los cuales se configura igualmente el delito de prevaricato por acción”**. O, en la propia doctrina, quien sostiene que dicha causal de nulidad se presenta cuando ha existido falta de aplicación de la norma que se estima violada, aplicación indebida o **interpretación errónea de la norma**⁹.

No obstante, se considera, con todo respeto, que la posición del legislador ha sido siempre la de ir creando causales de nulidad especifi-

⁹ LÓPEZ CORREAL, Abel Ernesto. La Acción de Nulidad Contencioso Administrativa. Librería Jurídica Radar Ediciones. Primera Edición, 1996. Bogotá.

cas que consulten las realidades jurídicas y sociales presentes en cada época con el propósito de contribuir de manera mucho más eficaz a la protección de los derechos de los administrados, y así ha quedado demostrado a través del tiempo, como se pudo observar en los distintos Códigos Administrativos que nos han regido desde 1913.

La causal de nulidad de Infracción a Norma Superior es considerada una causal general, en la medida que siempre que un acto adolezca de las otras distintas causales comentadas, éste es, de expedición irregular, falsa motivación, desviación de poder, incompetencia o desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, también incurrirá en ella. Así lo señaló el Consejo de Estado: “Podría pensarse, según ello, que las causales de nulidad del acto administrativo hoy en día son seis. Sin embargo, lo cierto es que, como bien lo observa el profesor Waline, todas esas causales se reducen a una sola: el quebrantamiento o violación de la norma superior de derecho”¹⁰.

Por consiguiente, como se ha expuesto, la filosofía del legislador ha sido la de instituir causales de nulidad específicas en aras de una mayor garantía de los derechos. Y, lo cierto es que, hoy en día, no se puede desconocer que esos derechos de los administrados llegan más por vía de los precedentes jurisprudenciales que de las propias disposiciones jurídicas, por lo que surge así una nueva causal de nulidad.

Conclusiones

De lo anterior se puede concluir:

1. El desconocimiento del precedente jurisprudencial por parte de la Administración cuando profiere actos administrativos debe ser considerado una nueva causal de nulidad.
2. Su implantación jurídica resulta necesaria y oportuna con base en la importancia y relevancia que para el Sistema jurídico tiene hoy en día el precedente jurisprudencial.
3. La configuración de esa nueva causal de nulidad debería hacerse modificando el actual artículo 137, inciso segundo, de la Ley 1437 de 2011, adicionando el desconocimiento del prece-

¹⁰ Consejo de Estado. Sentencia del 11 de junio de 1992. Expediente: 1941. C. P. Miguel González R. Citada en la Ob. del profesor Luis Enrique Berrocal. Tercera edición. Pág. 326.

dente jurisprudencial como una causal más de nulidad de los actos administrativos.

4. En tal sentido, la nueva disposición con la reforma propuesta, quedaría:

“Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o con desconocimiento del precedente jurisprudencial, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió”.

5. Sin duda, con esta nueva causal se garantizaría mejor los derechos de los administrados reconocidos en precedentes jurisprudenciales.

Espero que estas reflexiones mismas sean el inicio del debate que debe darse por los estudiosos del Derecho procesal administrativo.

CONSIDERACIONES ACERCA DE LA LEY 1437 DE 2011, POR MEDIO DE LA CUAL SE EXPIDE Y SE ADOPTA EL NUEVO “CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”*

Juan Pablo Duque Arbeláez**

“El poder —todos los poderes, sean estos públicos o privados— tiende en efecto, ineludiblemente, a acumularse en forma absoluta y a liberarse del derecho”.

Luigi Ferrajoli

Apartes del nuevo Código y los Principios Constitucionales:

Pretenderé, mediante estas breves líneas, referirme a puntos determinados del nuevo “*Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*” que considero relevantes desde el punto de vista de la dinámica del debate Constitucional y, por ser éste el año de entrada en vigencia de la normativa aludida, contribuir, humildemente, con la pedagogía que desde la Academia se ha venido adelantando.

Es de grato conocimiento que la expedición de la Ley 1437 de 2011 arroja un salvavidas a los ciudadanos que, habían perdido respeto y confianza en nuestras Instituciones administrativas y, de paso, por qué no decirlo, en nuestras Instituciones jurídicas.

Lo anterior se resume en el sometimiento de los ciudadanos a las excesivas, complejas y desbordadas formalidades ante la Administración pública para efectos de la concesión, reconocimiento o reparación de Derechos, teniendo en cuenta que los términos previstos

* Escrito realizado con ocasión del Seminario sobre “Retos y Perspectivas del Derecho Administrativo”, desarrollado dentro de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario.

** Abogado, Especialista en Derecho Constitucional y Especialista en Derecho Administrativo por Universidad del Rosario.

en el Decreto 01 del 1984 y demás normas, para resolver o contestar peticiones y otros trámites ante la Administración, en su mayoría no se cumplan; hecho que, por demás, causaba graves perjuicios a los interesados.

Debemos preguntarnos entonces: ¿la supremacía de la Constitución es reconocida en la totalidad de los actos de los funcionarios públicos y actuaciones de las autoridades públicas respecto de los particulares? Me temo que la respuesta es a todas luces sabida: no. Se explica esta situación, entre otras razones, por la extensa diseminación de normas que han regido las actuaciones por parte de los particulares ante la Administración pública, y por ello se ha hecho menester unificar esos procedimientos y enmarcarlos en principios constitucionales, cuyo fin último es llevarle al ciudadano alternativas eficaces, dirigidas al respeto y materialización de sus derechos fundamentales.

Por ello, no se pretenderá sostener que con la expedición del nuevo Código nuestra cultura normativa se vea sustancialmente modificada, ya que pese al carácter de “norma jurídica” que ostenta la Carta Política del 91, podemos afirmar que nuestros legisladores y demás operadores jurídicos han permanecido con la visión de que para cada principio, valor, regla o norma constitucional, como quiera que se lo denomine, es necesario su correlativo desarrollo por medio de una ley expedida por el Congreso en ejercicio de su poder de configuración conferido por la cláusula general de competencia, prevista por el constituyente de 1991 en el Título VI, capítulo 3, de la Carta Política.

Hago la anterior consideración dado que, en el artículo 5 de la Ley 1437 de 2011¹ se prevé, como uno de los particulares derechos de los individuos ante las autoridades, la “*atención especial y preferente si se trata de personas en situación de discapacidad, niños, niñas, adolescentes, mujeres gestantes o adultos mayores, y en general de personas en estado de indefensión o de debilidad manifiesta*”²; y me pregunto: ¿es que la Constitución no es norma jurídica de normas y por lo tanto, suprema?, ¿es que ella no tiene eficacia directa como norma jurídica? y, ¿es que las autoridades del Estado se pueden sus-

¹ “Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

² “Ley 1437 de 2011- art 5° Numeral 6°”.

traer de los principios constitucionales, si no existe una norma con jerarquía de ley que los haga valer?

Al respecto, nuestra Carta Política ha considerado expresamente el tema de la especial protección (Igualdad Positiva) de las personas que se encuentren en situación de debilidad o indefensión manifiesta³. No se entiende entonces, cómo siendo tan claro el principio constitucional de igualdad, el legislador, volviendo sobre el mismo, incurra así en lo que he denominado: “Perogrullo normativo del ordenamiento jurídico”.

La Corte Constitucional ha producido copiosa jurisprudencia en torno al principio de igualdad, entendiéndose éste no en el sentido liberal-burgués de la Francia revolucionaria, legalista y formalista, sino en el sentido garantista del constitucionalismo contemporáneo, de trato igual a los iguales y trato desigual a los desiguales. Es así como nuestro Tribunal constitucional ha extendido la aplicación del mencionado principio no sólo a las relaciones de los particulares con los Órganos estatales, como naturalmente debe ser; sino también, a las relaciones de derecho privado gobernadas por el principio de “autonomía de la voluntad privada”, que en tiempos pretéritos se consideraban intocables por el Derecho público y, enfáticamente por el Derecho constitucional, en cuanto a la solución de controversias propias de su esfera⁴.

Miremos pues, un ejemplo de cómo la Corte ha dirimido controversias que en principio pertenecen al ámbito del Derecho privado, como en el caso de las aseguradoras⁵.

³ “Const. Política de Colombia, Art 13” Ecoe Ediciones.

⁴ Tema planteado y desarrollado por el Profesor JUAN JACOBO CALDERÓN VILLEGAS, en su obra “*La Constitucionalización del Derecho Privado-La verdadera Historia del Impacto Constitucional en Colombia*”- Universidad del Rosario, Universidad de los Andes, Editorial Temis, 2010.

⁵ Se ha pronunciado en el mismo sentido la Corte Constitucional, en materia de acceso al servicio financiero y la violación del principio de igualdad en sentencia T-763 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, que reiteró la sentencia T-468 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil, en la que se sostiene lo siguiente: “*a partir de la construcción escalonada del ordenamiento jurídico, la Corte ha sostenido que toda la legislación, incluyendo la que surge de los contratos (artículo 1602 del Código Civil), se encuentra sometida a la Constitución política y, especialmente, a los valores, principios y derechos fundamentales que en ella se consagran.*” (Derecho a la igualdad y el deber de solidaridad en el bloqueo financiero injustificado en que incurrían las entidades bancarias y financieras) – Sentencias analizadas y comentadas en el Libro “*La Constitucionalización del Derecho Privado- La*

A continuación me permitiré traer algunas de las consideraciones que ha sostenido dicho Tribunal en relación con la materia: *“La libertad contractual en materia de seguros, por ser de interés público se restringe cuando están de por medio valores y principios constitucionales, así como la protección de derechos fundamentales, o consideraciones de interés general”*⁶.

También sostuvo la Corte lo siguiente: *“No es jurídicamente admisible darle efectos a la discrecionalidad absoluta respecto a si se otorga o no una Póliza de Seguros en tratándose de actividades de interés público que exigen tener en cuenta razones que conlleven la prevalencia del bien común, y protección de la parte débil, o que se encuentre en estado de indefensión, o cuando se trate de proteger un derecho fundamental”*⁷, y *“no puede perderse de vista que en actividades de interés público no se puede atender exclusivamente a intereses pecuniarios con desconocimiento de la solidaridad o la necesidad de proteger, a la parte más débil o que se encuentre en estado de indefensión”*⁸.

Claramente, si la aplicación del principio de igualdad al que subyace el principio de solidaridad se ha extendido a las controversias del Derecho privado, más aún, debe regir las relaciones ordinarias entre los particulares y el Estado tiene este deber positivo hacia aquellos en razón de su naturaleza; por lo tanto, resulta a todas luces incomprensible que el deber de tratamiento especial a las personas en manifiesta debilidad e inferioridad jurídicas a cargo de los funcionarios públicos⁹, quienes a su vez están directamente regidos por un deber

Verdadera Historia del Impacto Constitucional en Colombia-JUAN JACOBO CALDERÓN VILLEGAS-Ed. Temis, 2010- Universidad del Rosario-Universidad de los Andes.

⁶ Sentencia T-517/06 M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra- analizada y comentada en el Libro *“La Constitucionalización del Derecho Privado- La Verdadera Historia del Impacto Constitucional en Colombia-* Autor: JUAN JACOBO CALDERÓN VILLEGAS-Ed. Temis, 2010 Págs. 121-124 - Universidad del Rosario-Universidad de los Andes.

⁷ Sentencia T-517/06 M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra- analizada y comentada en el Libro *“La Constitucionalización del Derecho Privado- La Verdadera Historia del Impacto Constitucional en Colombia-* Autor: JUAN JACOBO CALDERÓN VILLEGAS-Ed. Temis, 2010 Págs. 121-124 - Universidad del Rosario-Universidad de los Andes.

⁸ *Ibidem*, Sentencia T. 517/06- analizada y comentada en el Libro *“La Constitucionalización del Derecho Privado- La Verdadera Historia del Impacto Constitucional en Colombia-* Autor: JUAN JACOBO CALDERÓN VILLEGAS-Ed. Temis, 2010 Págs- 121-124. Universidad del Rosario-Universidad de los Andes.

⁹ El Consejo de Estado en sentencia de Tutela también ha reconocido el deber de aplicación del principio de igualdad en el trato a los desplazados, en cuanto a la fijación de turnos para

de aplicación y observancia de la Constitución Política, pretenda ser garantizado por un desarrollo legal, pese a que está clara su función teleológica en el artículo 13 de la Norma fundamental. Tal desarrollo contenido en el artículo 5, numeral 6, de la Ley 1437 puede resultar en consecuencia fútil, ya que por medio de leyes no es posible modificar la estructura *sociopsicológica*¹⁰ de sus destinatarios, así ello constituya su noble motivación, porque el problema no tanto es de la norma jurídica constitucional en sí misma como de la posición que tenga el individuo frente a ella para cumplirla o no, situación reiterada en el caso de los funcionarios públicos.

No obstante, es de hacer resaltar que la Ley 1437 de 2011, en el capítulo VI del Título III que trata sobre los recursos ante la administración, revela la intención del legislador de brindarle seguridad jurídica al Administrado, en cuanto a la solución de sus controversias o reclamaciones ante la administración. Por lo que debo hacer mención del artículo 82 de la citada Ley que reza al siguiente tenor: “*Artículo 82. La autoridad podrá crear, en su organización, grupos especializados para elaborar los proyectos de decisión de los recursos de reposición y apelación*”; reconozco elevada importancia a este artículo, pues está llamado a ser una herramienta útil destinada al cabal cumplimiento de los principios de Eficacia, Economía, Eficiencia y Celeridad, que gobiernan la función administrativa desde el artículo 209 superior.

La facultad expresa que ha otorgado dicha Ley a las autoridades para crear grupos especiales cuyo fin es la adecuada y oportuna resolución de los recursos de reposición y apelación, es un medio idóneo

asignación de subsidios de vivienda, por parte de la administración. Sentencia de Tutela del día 13/09/2010. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve, Sec. 2°, en la que se cita lo siguiente: “De otra parte, en lo que se refiere al derecho a la igualdad de los desplazados por la violencia en Colombia, en la sentencia SU-1150 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte hizo énfasis en que *“los desplazados son las principales víctimas de la violencia que flagela al país. El hecho del desplazamiento forzado comporta para ellos una ruptura violenta con su devenir existencial y la violación múltiple y continua de sus derechos. Es por eso que el Estado y la sociedad misma les deben prestar una atención especial. Cualquier acto de discriminación contra ellos constituye una vulneración flagrante del principio de igualdad, atacable ante los jueces de tutela. En principio, cualquier tipo de diferenciación - no positiva - que se base en la condición de desplazado debe considerarse como violatoria del derecho de igualdad contemplado en el artículo 13 de la Constitución.”* (Subrayado por fuera del texto).

¹⁰ Término tomado de Karl Lowenstein “Teoría de la Constitución” p. 26 – Poder y Sociedad Estatal Ed. Emegé, Industrias Gráficas.

para blindar con seguridad jurídica los intereses de los ciudadanos, en la medida en que las autoridades no podrán tener pretexto alguno para dilatar o no resolver los recursos mencionados.

Procederé a comentar que, acertadamente, el nuevo “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” ha previsto una serie de innovaciones que resultan idóneas para el cumplimiento de los principios que rigen la correcta Función administrativa y que están orientados a la aproximación con el ciudadano común y corriente; tales innovaciones, entre otras, son por ejemplo: la notificación por medio de correo electrónico (art. 77, Num. 4), utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo (Cap. IV, Título III, arts. 53 y siguientes), y el desistimiento, en cualquier tiempo, de los recursos interpuestos (art. 81.).

Por ello, es importante tener en cuenta que se intenta liberar al particular de procedimientos demorados y nugatorios de sus derechos con el fin de trasladarle una mayor responsabilidad a las autoridades tanto en el ámbito de la juridicidad de sus “*actos y actuaciones cumplidas con transgresión u omisión*”¹¹ de los principios que rigen la función administrativa, como en el “*ámbito de la responsabilidad personal de los funcionarios titulares*”¹² de la misma función.

Sin embargo, no se podrá atribuir a la Ley la demora en su implementación toda vez que, el Estado Colombiano deberá hacer un esfuerzo fiscal enorme para lograr hacer concordar el contenido del nuevo Código con la realidad institucional que enfrentan los distintos organismos del Estado, pues en algunas oficinas públicas no logran si quiera trabajar con el mínimo de condiciones tecnológicas que nuestra época demanda.

¹¹ ÁLVARO TAFUR GALVIS. “Estudios de Derecho Público” Bogotá Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. P 57. Idea tomada. “...*Los principios arriba enunciados (algunos de ellos deberán ser objeto de “definición” o “descripción” legal) evidentemente son imperativos y deben integrar el contexto de juridicidad (legalidad) de la actuación y su inobservancia debe tener una sanción que habrá de reflejarse, ya sea directamente respecto de los actos actuaciones cumplidas con transgresión u omisión de los mismos (principios de igualdad, imparcialidad, publicidad) generando la anulación de tales actos y actuaciones; ya sea sobre la calificación que quepa dar a la gestión (eficacia, economía, celeridad) o en cuanto al tratamiento que en el ámbito de la responsabilidad personal de los funcionarios titulares de la función administrativa sea pertinente, según el principio y las reglas de desarrollo que puedan resultar transgredidas, en los diferentes ámbitos administrativos, patrimonial, penal, etc.*”

¹² Ibidem.

En conclusión, considero que lo que se ha pretendido con la expedición del “Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; Ley 1437 de 2011; es garantizar la supremacía de la Constitución en las actuaciones de las Autoridades administrativas a pesar haber incurrido en un forzado y reiterativo desarrollo legal de los principios y valores contenidos en nuestra Carta política, cuya aplicación siempre ha debido ser de manera directa e inmediata, no obstante resultar imperioso reconocer, en aras de la honestidad académica, que el nuevo Código contiene una especialísima vocación pedagógica hacia sus destinatarios.

LEY DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL

*Fernando Galvis Gaitán**

SUMARIO.

1. La necesidad de la ley de ordenamiento territorial. 2. Los medios de comunicación y la ley. 3. El Presidente Santos y la ley de ordenamiento territorial. 4. Las opiniones divergentes de los gobernadores y de otras personalidades. 5. Los temas de la ley. 6. Los temas más importantes. 7. Conclusiones. Bibliografía.

1. La necesidad de la ley de ordenamiento territorial

La Constitución de 1991 defiere en varios artículos la reglamentación de las entidades territoriales a la ley de ordenamiento territorial. Según el artículo 297 de la Carta, para crear nuevos departamentos habrá que cumplir con los requisitos exigidos en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial. El artículo 307 superior determina que “la respectiva ley orgánica, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial, establecerá las condiciones para la conversión de la región en entidad territorial”. De acuerdo con el artículo 319 de la Carta “la ley adoptará para las áreas metropolitanas un régimen administrativo y fiscal de carácter especial; garantizará que en sus órganos de administración tengan adecuada participación las respectivas autoridades municipales; y señalará la forma de convocar y realizar las consultas populares que decidan la vinculación de los municipios”. El artículo 321 dictamina, respecto de las provincias, que “la ley dictará el estatuto básico y fijará el régimen administrativo de las provincias que podrá organizarse para el cumplimiento de las funciones que les deleguen entidades nacionales o departamentales y que les asignen la ley y los municipios que las integran”.

* Profesor universitario.

En el 329, se lee que “la conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la ley orgánica de ordenamiento territorial”. En pocas palabras, para que comiencen a funcionar las regiones, las áreas metropolitanas, las provincias, las entidades territoriales indígenas, y nuevos departamentos y para determinar la distribución de competencias entre la nación y las entidades territoriales, se exige la ley orgánica de ordenamiento territorial (art. 288. Cons. Pol.).

Ante lo determinado por la Constitución se esperó en Colombia durante veinte años para que fuera expedida la ley de ordenamiento territorial. En el año 2011 se expidió la ley 1454 de ordenamiento territorial. A ella nos referiremos en este artículo.

2. Los medios de comunicación y la ley

En general los medios de comunicación se mostraron muy favorables a la nueva ley de ordenamiento territorial. Por ejemplo, el diario El Tiempo tituló: Puerta abierta para la autonomía regional”, señaló como puntos claves de la iniciativa los siguientes:

- “Pone en marcha las zonas de inversión para la superación de la pobreza.
- “Define los criterios de aplicación de recursos de los Fondos de Compensación territorial y de desarrollo regional.
- “Establece principios para ejecución de proyectos regionales como el tren del Caribe, nuevas autopistas y nuevos puertos.
- “Plantea un modelo de integración regional que promueve las alianzas entre los municipios para generar economía de escala.
- “Crea formas flexibles de integración territorial premiando la inversión y la competitividad como las regiones de planeación y gestión.
- “Fortalece las áreas metropolitanas: se define su régimen especial y se desarrolla criterios para facilitar su creación”.

3. El Presidente Santos y la ley de ordenamiento territorial

El presidente Juan Manuel Santos sancionó en Cartagena la Ley de Ordenamiento Territorial, con un mensaje claro: “los 27 billones de pesos que los departamentos del Caribe recibirán esta década por concepto de regalías no se van a usar para pagar nóminas de “supergobernadores o superasambleas regionales”. Serán invertidos en la gente. La plata irá directamente a la inversión, a la competitividad, a generar empleo y a reducir la pobreza”, afirmó el Jefe de Estado.

“Esta ley tiene instrumentos para que departamentos y municipios conformen regiones y provincias administrativas que trabajen unidas para su progreso. Además, dispone claramente de dónde saldrán los recursos para que las regiones ejecuten sus proyectos”, explicó Santos al sancionar la Ley, en Cartagena.

Para Eduardo Verano de la Rosa, exconstituyente y exgobernador del Atlántico la ley sancionada crea “una simple asociación de departamentos” y no permite poner en marcha lo plasmado en la Carta Política. En el 2010 “el gobernador del Atlántico lideró la iniciativa ‘voto Caribe’, con la que se logró que 2.5 millones de ciudadanos depositaran papeletas en las urnas, como apoyo a la creación jurídica de la Región Caribe, pero con una dimensión mayor a la reglamentada por la ley que el Presidente sancionó”.

El Jefe de Estado explicó tres aspectos primordiales de la ley. El primero es la definición del marco legal para desarrollar Regiones Administrativas y de Planificación.

Santos dijo que estas serán “verdaderas empresas, con el debido reconocimiento legal, que velarán por los intereses de los departamentos que las integran”.

También destacó la figura de las Provincias Administrativas y de Planificación, que permitirá que los municipios también se unan para “planear, teniendo en cuenta los intereses comunes de poblaciones vecinas o de las que hacen parte de una misma cadena productiva”.

Un tercer elemento es la figura de las Zonas de Inversión, que son áreas del país en las que se centrarán atención y recursos, ya sea por sus desventajas competitivas o condiciones especiales de vulnerabilidad.

“Lo mejor es que esto será posible con cero burocracia, sin necesidad de nuevos poderes políticos o estructuras intermedias que impliquen más costos para los colombianos”, celebró el Jefe de Estado.

El presidente Santos dijo que entiende cómo “algunos [...] hubieran preferido que se crearan directamente regiones como entidades territoriales”. Dijo, sin embargo, se requiere primero “una etapa de maduración”.

“Éste es apenas el inicio del ordenamiento territorial”, agregó el mandatario. Santos celebró que los gobernadores de Cauca, Valle, Nariño y Chocó ya manifestaron su intención de iniciar un programa de ‘Contratos Plan’, figura consignada en la ley que les permite que los departamentos y municipios tengan competencias en frentes como la emisión de títulos y compra de acciones de manera conjunta con la Nación para financiar proyectos.

“También se declaró a la espera de los proyectos que propongan la Región Administrativa y de Planificación de Bogotá y Cundinamarca y la Región Caribe” (Puerta abierta para la autonomía regional, en El Tiempo. Com, en línea, 1 de junio de 2011).

4. Las opiniones divergentes de los gobernadores y de otras personalidades

De acuerdo con El Tiempo, “la ley de ordenamiento territorial genera opiniones divididas entre algunos mandatarios regionales. Para el exgobernador del Atlántico, Eduardo Verano de la Rosa, esta norma “es una simple asociación de departamentos”.

“Verano asegura que su posición la comparten los ocho gobernadores de la Costa Caribe, quienes según él están en contra porque no les permite tener la autonomía regional y presupuestal consagrada en la Constitución”. Esta afirmación del exgobernador Verano no es cierta porque la Carta consagra la autonomía, llamada “relativa”, dentro de los límites de la Constitución y de la ley y no de una autonomía total que equivaldría a la independencia de las regiones de Colombia. En la Carta (art. 306) se habla de autonomía y patrimonio propio y no se aprobó la propuesta de los constituyentes mencionados, según la cual las regiones tendrían “un órgano legislativo y recursos provenientes de un Fondo nacional de regalías” (Gaceta Constitucional, núm. 46, abril 16 de 1991). En la Asamblea Nacional constituyente los delegatarios Eduardo Espinos Facio Lince, Eduardo Verano y Juan B. Fernández

(Véase Gaceta Constitucional, núm. 40, abril 8 de 1991) propusieron eliminar los departamentos y crear las regiones. Esta propuesta fue derrotada en la Asamblea y se creó la región como la asociación de departamentos para la planeación del desarrollo. Suprimir los departamentos para crear regiones es una mala idea. Los departamentos tiene una historia de doscientos años, las personas se sienten ligadas afectivamente a su departamento y aunque la estructura y funcionamiento de los departamentos tienen fallas, cumplen una importante labor de intermediación, de tutela, de coordinación y de planeación de sus territorios. Suprimir treinta y dos departamentos y reemplazarlos por cinco o siete regiones es dar un paso hacia una federalización que no funcionará bien porque los defensores de la región parten de un supuesto que no es cierto y que consiste en afirmar que las falencias de los departamentos se solucionan creando unas entidades más grandes que son las regiones. Mucho mejor sería fortalecer los departamentos, darles más funciones, mayor presupuesto y un buen control y permitir la asociación voluntaria, no obligatoria de los departamentos para obtener un buen desarrollo.

Para el constituyente y exgobernador del Atlántico, Eduardo Verano de la Rosa “la iniciativa (Ley 1454 de 2011) debe ser declarada inconstitucional [porque] se crean figuras que no están en la Constitución y que no se le da paso a lo más importante del ordenamiento territorial de la Constitución del 91, que es la región como entidad territorial (Puerta abierta para la autonomía regional, en *El Tiempo*, 1 junio 2011). No creemos que la Ley 1454 sea inconstitucional porque en ninguna parte de la Carta se crean figuras nuevas ni se habla de una región como la que quiere el delegatario Eduardo Verano.

El exgobernador de Cundinamarca, Andrés González Díaz consideró que la Ley “constituye un gran avance” que llevará a la autonomía regional y generará desarrollo en los lugares más pobres del país.

Se crean “zonas especiales territoriales contra la pobreza, lo cual es una novedad. Se financiarán con el nuevo fondo de compensación regional, que salió de la reforma a las regalías, y es para que se le dé prioridad a la inversión en estas zonas”, aseguró.

González defiende la conformación de regiones administrativas, porque “pueden llegar a ser entidades territoriales y tienen la tarea, entre otras cosas, de ordenar el uso del suelo y del territorio”.

Para el exgobernador de Nariño y delegatario, Antonio Navarro Wolf, “esta es una ley de mínimos. El que quiere más siente que no es suficiente, pero es mejor esto que nada, en términos prácticos y objetivos”.

Navarro dijo, sin embargo, que se debe pensar a futuro en una verdadera autonomía regional, porque eso “significa recursos propios; lo demás es un saludo a la bandera”.

“En el suroccidente y los Santanderes, regiones que al igual que la Costa Caribe han planteado el interés de generar un proceso de integración, la sanción de la Ley es vista con expectativa”.

El exsecretario de Planeación del Valle, Cristian Garcés, dijo que es una oportunidad para unir esfuerzos para la inversión social y para facilitar la asociación del Pacífico con el Eje Cafetero y la Orinoquia. El exgobernador de Santander, Horacio Serpa, es “partidario de la regionalización” y dijo que busca la integración con Norte de Santander, Boyacá, Casanare y Arauca.

El presidente Santos celebró que Cauca, Valle, Nariño y Chocó manifestaron su intención de iniciar un programa de Contratos Plan, que les da competencias en frentes como la emisión de títulos y la compra de acciones de manera conjunta con la Nación para financiar proyectos, y se declaró a la espera de estos en las regiones de Bogotá, Cundinamarca y el Caribe.

Cartagena, Barranquilla y Santa Marta quieren integrar una asociación de distritos especiales (Puerta abierta para la autonomía regional, en El Tiempo. Com, en línea, 1 de junio de 2011).

5. Los temas de la ley

La Ley 1454 de 28 de junio de 2011 enumera los principios rectores del ordenamiento territorial en su artículo 3; en el artículo 4, crea la comisión de ordenamiento territorial (COT); en el artículo 5, determina la conformación de la Comisión; en el 6, las funciones de la Comisión; en el 7, la secretaría y subsecretaría técnica; en el 8, las comisiones regionales de ordenamiento territorial; en el 9, el objeto de los esquemas asociativos territoriales; en el 10, los esquemas asociativos territoriales; en el 11, la conformación de asociaciones de entidades territoriales; en el 12, las asociaciones de departamentos; en

el 13, la asociación de distritos especiales; en el 14, la asociación de municipios; en el 15, la asociación de áreas metropolitanas; en el 16, el proceso administrativo y de planificación; en el 17, la naturaleza y funcionamiento de los esquemas asociativos; en el 18, los contratos de convenio plan; en el 19, el régimen de planeación y gestión; en el 20, la delegación; en el 21, los objetivos generales de la legislación territorial; en el 22, la diversificación, fortalecimiento y modernización del régimen departamental; en el 23, la creación de departamentos; en el 24 la diversificación de los regímenes municipales por categorías; en el 25, el régimen fiscal especial para las áreas metropolitanas; en el 26, la definición de competencias; en el 27 los principios del ejercicio de competencias; en el 28, la autonomía administrativa; en el 29, la distribución de competencias en materia de ordenamiento del territorio; en el 30, el régimen administrativo y de planificación; en el 31, el Consejo regional administrativo y de planificación; en el 32, la financiación; en el 33, el Fondo de desarrollo regional; en el 34, las zonas de inversión especial para superar la pobreza; en el 35, la región territorial; en el 36, la región territorial; y en el 37, el desarrollo y armonización de la legislación territorial

6. Los temas más importantes

Me parece que en la Ley 1454 se pueden hacer destacar estos temas: A. La creación de varios Comisiones y consejos; B. Los esquemas asociativos territoriales; C. Las competencias; D. Las regiones administrativas de planificación y territoriales; E. Los fondos y zonas de inversión social y, F. Los Códigos que se expedirán dentro de unos meses.

A. Comisiones y Consejos. Las comisiones y consejos son varios: la comisión de ordenamiento territorial, las comisiones territoriales y el consejo regional y de planificación. Se dice con frecuencia que cuando no se quiere resolver una situación o darle solución a algún problema se crea una comisión. Ojalá que así no suceda con estas comisiones. En nuestro entender la Comisión territorial está conformada por nueve personalidades y será difícil de reunir a dos ministros, el director del Instituto geográfico, un delegado de las CAR y cinco expertos para cumplir unas funciones muy amplias e importantes. Un aspecto positivo y que puede hacer funcionar la comisión es que la secretaría técnica es el Departamento nacional de planeación. Algo

similar puede suceder con las comisiones departamentales y municipales que también están integradas por nueve personalidades, con el agravante que no previó la Ley 1454 de que Planeación departamental y municipal actuaran como secretaría técnica.

El consejo regional administrativo y de planificación está integrado por los gobernadores y los alcaldes de las áreas metropolitanas y no deberá de presentarse ningún problema para su funcionamiento.

B. Esquemas asociativos. Los esquemas asociativos territoriales son los de las regiones, los departamentos, los distritos especiales, las CAR, los municipios y las áreas metropolitanas. Todo lo que se haga en materia asociativa para prestar conjuntamente servicios públicos, adelantar funciones administrativas y obras de interés común o de planificación, es bienvenido. Con mayor razón es bienvenido cuando el Gobierno nacional deberá crear incentivos para estas asociaciones.

Las asociaciones de departamentos, provincias, distritos y municipios “son entidades administrativas de derecho público, con personería jurídica y patrimonio propio e independiente de los entes que la conforman”. Las asociaciones de departamentos se pueden constituir en regiones.

Se les prohíbe a las asociaciones “generar gastos de funcionamiento adicionales con cargo a su presupuesto o al presupuesto general de la Nación, ni incrementar la planta burocrática de las respectivas entidades que las conformen” (art. 17, Ley 1454 de 2011).

Muy importante es la creación de los contratos o convenios plan entre la Nación y las entidades territoriales y con sus asociaciones para ejecutar proyectos estratégicos de desarrollo territorial, estableciendo los aportes y fuentes de financiación

C. Competencias. Las competencias se definen y se fijan sus principios de ejercicio y, lo que es de gran importancia y está muy bien elaborado, se distribuyen las competencias en materia de ordenamiento del territorio entre la Nación, los departamentos, los distritos especiales y los municipios.

D. Regiones. La Carta, en su artículo 306, creó las regiones. Las regiones son administrativas y territoriales. Según la Ley 1454 de 2011 cuentan con un Consejo regional técnico y asesor, con financiación de

las entidades territoriales y con “los incentivos que defina el Gobierno nacional, de conformidad con los indicadores de sostenibilidad fiscal de la ley 617 de 2000 para los departamentos que las conforman” (art. 32, Ley 1454 de 2011). No se dijo nada de la estructura administrativa de las regiones y de su funcionamiento, lo cual me parece que es una laguna que debe resolverse en el futuro por medio de otra ley.

La Ley crea el Consejo regional administrativo y de planificación; determina que las regiones deben tener en cuenta para su financiación los parámetros de las Leyes 617 de 2000 y 819 de 2003; prohíbe que las regiones puedan ser una circunscripción electoral especial; establece que la Nación puede cofinanciar proyectos estratégicos de las regiones y permite que previa autorización de las asambleas y de la comisión de ordenamiento territorial del Senado, los gobernadores de dos o más departamentos con continuidad geográfica, constituyan por convenio la región (art. 30, Ley 1454 de 2011).

E. Fondos y zonas de inversión social. Los Fondos son de desarrollo regional y las zonas de inversión especial son para superar la pobreza. El primero financiará proyectos de desarrollo regional de acuerdo con una ley que se dicte sobre el particular. Los fondos de inversión especial para superar la pobreza “serán instrumentos de planificación e inversión orientada a mejorar las condiciones de vida de los habitantes de esas zonas y serán creadas por una sola vez mediante decreto expedido por el Gobierno nacional”.

Para definir estas zonas “el Gobierno tendrá como indicador el desempleo, NBI, que se refiere a pobreza relativa, entendida ésta no como el número de pobres que habitan los municipios, sino como el porcentaje de pobres que habitan esos municipios o distritos” (art. 34, Ley 1454 de 2011).

F. Nuevos Códigos de entidades territoriales. El Gobierno nacional debe presentar, y ya lo ha hecho, proyectos de régimen departamental, municipal, de áreas metropolitanas y de entidades territoriales en plazos de seis meses para los primeros proyectos y de diez meses para el de áreas metropolitanas. A nuestro modo de ver esto es muy importante porque el Código de régimen departamental es el Decreto Ley 1222 de 1986; el municipal, las Leyes 136 de 1994 y

617 de 2000; el de áreas metropolitanas, es la Ley 128 de 1994, y no existe ley sobre las entidades territoriales indígenas. De manera que en los próximos meses tendremos una muy buena noticia para las entidades territoriales y es que tendrán su normatividad, suponemos actualizada y moderna.

Conclusiones

Podemos concluir lo siguiente:

1. Sobre las entidades territoriales son muchos los artículos de la Constitución que se refieren a ellas. Nos parece que se crearon demasiados niveles: departamentos, distritos, municipios, territorios indígenas, regiones, provincias, áreas metropolitanas (286 y 319), comunidades negras y Juntas administradoras locales, dificultando la ya de por sí difícil gobernabilidad.

La Carta estableció la región, no como la querían algunos delegatarios de Barranquilla y Cartagena, suprimiendo los departamentos, con una amplia autonomía, con órgano legislativo y recursos de un Fondo de regalías; sino como entidad de planeación de dos o más departamentos con objetivos de desarrollo económico y social (art. 306).

La Constitución creó distritos: capital (art. 322) y especiales, municipios más grandes, pero al fin municipios y sin claras y suficientes diferencias con los municipios; y provincias (art. 321), muy parecidas a las asociaciones de municipios; y territorios indígenas (art. 329), sin precisarlos bien y dejando latentes los problemas de gobierno de justicia y de relaciones que se presentan entre las entidades territoriales y los municipios, los departamentos, la Nación y las áreas metropolitanas (art. 319). Las áreas, tan necesarias e importantes en Colombia, con un 68% de población urbana según las Naciones Unidas (Colombia rural. Razones para la esperanza, Bogotá, 2011, pág.13) son pocas y hay muchas áreas metropolitanas existentes pero no constituidas legalmente. Las comunidades negras se establecieron en el artículo 55 transitorio y en el 318 superior las Juntas administradoras locales.

2. Para que comiencen a funcionar las regiones, las áreas metropolitanas, las provincias y las entidades territoriales indígenas se requiere de la ley de ordenamiento territorial, así mismo para formar

nuevos departamentos y para determinar la distribución de competencias entre la nación y las entidades territoriales (art. 288, Cons. Pol.). Por ello la Ley 1454 de 2011 llena un vacío y es de gran importancia para la organización territorial colombiana.

3. La Ley 1454 de 2011 se refiere en forma acertada a temas tan importantes como las asociaciones entre entidades territoriales, los contratos de la Nación con entidades territoriales para la ejecución de proyectos estratégicos de desarrollo territorial, los Fondos y las competencias.

4. Es una muy buena noticia la próxima expedición de nuevos Códigos sobre las diferentes entidades territoriales.

5. Para la creación de departamentos (art. 23, Ley 1454 de 2011), de una o varias regiones, se debe realizar una consulta popular y contar con la autorización de la Comisión de ordenamiento territorial de Planeación Nacional, cumplir los requisitos que cree la ley y ser aprobada por ley del Congreso de la República. En otras palabras, es difícil crear nuevos departamentos porque los requisitos exigidos no son fáciles de cumplir.

En nuestro sentir no se requiere crear nuevos departamentos porque con los que hay es suficiente. Lo que realmente se desea es que se vuelvan más operantes los departamentos, acabar con la corrupción y el clientelismo, no realizar obras inconclusas ni faraónicas, suplir a los municipios en la prestación de servicios públicos cuando estos no los presten, planear el desarrollo armónico del territorio, hacer las obras que se requieren y, por sobre todo, convertirse en motores del desarrollo.

6. Las regiones como las quieren algunos dirigentes de la Costa no son viables ni deseables. En España, con las comunidades autónomas, y en Italia, con las provincias, se estableció un sistema regional, intermedio entre el centralista y el federalista, que no es tan amplio como el que quiere el exgobernador Verano para Colombia. No hay en dichos dos Estados europeos “super asambleas” ni “super gobernadores”, reciben transferencias o participaciones del gobierno nacional y tienen competencias legislativas compartidas (Galvis, 2007).

7. La distribución de competencias entre la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios es un importante avance en esta materia.

8. En lo que más se avanza es en lo referente a las regiones administrativas y de planificación, en la creación del Fondo de desarrollo regional y de las zonas especiales para superar la pobreza.

9. Es deseable que las comisiones y consejos funcionen adecuadamente y se reúnan para cumplir con las importantes funciones que les han sido asignadas.

10. Quedó haciendo falta el determinar la estructura administrativa de los departamentos, las fuentes de financiación, las relaciones que tendrían las regiones con las demás entidades territoriales y determinar que la secretaría técnica de las comisiones de ordenamiento territorial sean los departamentos u oficinas de planeación departamental y municipal.

Bibliografía

Colombia Rural. Razones para la Esperanza, Bogotá, Naciones Unidas, 2011.

Galvis Gaitán, Fernando: -El municipio colombiano, Bogotá, Editorial Temis, 2007; la Constitución de 1991. Balance de veinte años, Editorial Temis, 2011.

Anexo

LEY 1454 DE 2011 (junio 28). Diario Oficial No. 48.115 de 29 de junio de 2011

Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 1o. OBJETO DE LA LEY. La presente ley tiene por objeto dictar las normas orgánicas para la organización político administrativa del territorio colombiano; enmarcar en las mismas el ejercicio de la actividad legislativa en materia de normas y disposiciones de carácter orgánico relativas a la organización político administrativa del Estado en el territorio; establecer los principios rectores del ordenamiento; definir el marco institucional e instrumentos para el desarrollo territorial; definir competencias en materia de ordenamiento territorial entre la Nación, las entidades territoriales

y las áreas metropolitanas y establecer las normas generales para la organización territorial.

ARTÍCULO 2o. CONCEPTO Y FINALIDAD DEL ORDENAMIENTO TERRITORIAL. El ordenamiento territorial es un instrumento de planificación y de gestión de las entidades territoriales y un proceso de construcción colectiva de país, que se da de manera progresiva, gradual y flexible, con responsabilidad fiscal, tendiente a lograr una adecuada organización político administrativa del Estado en el territorio, para facilitar el desarrollo institucional, el fortalecimiento de la identidad cultural y el desarrollo territorial, entendido este como desarrollo económicamente competitivo, socialmente justo, ambientalmente y fiscalmente sostenible, regionalmente armónico, culturalmente pertinente, atendiendo a la diversidad cultural y físico-geográfica de Colombia.

La finalidad del ordenamiento territorial es promover el aumento de la capacidad de descentralización, planeación, gestión y administración de sus propios intereses para las entidades e instancias de integración territorial, fomentará el traslado de competencias y poder de decisión de los órganos centrales o descentralizados del gobierno en el orden nacional hacia el nivel territorial pertinente, con la correspondiente asignación de recursos. El ordenamiento territorial propiciará las condiciones para concertar políticas públicas entre la Nación y las entidades territoriales, con reconocimiento de la diversidad geográfica, histórica, económica, ambiental, étnica y cultural e identidad regional y nacional.

PARÁGRAFO NUEVO. En virtud de su finalidad y objeto, la ley orgánica de ordenamiento territorial constituye un marco normativo general de principios rectores, que deben ser desarrollados y aplicados por el legislador en cada materia específica, para departamentos, municipios, entidades territoriales indígenas y demás normas que afecten, reformen o modifiquen la organización político administrativa del Estado en el territorio.

ARTÍCULO 3o. PRINCIPIOS RECTORES DEL ORDENAMIENTO TERRITORIAL. Son principios del proceso de ordenamiento territorial entre otros los siguientes:

1. Soberanía y unidad nacional. El ordenamiento territorial propiciará la integridad territorial, su seguridad y defensa, y fortalecerá el Estado Social de Derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales.
2. Autonomía. Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses dentro de los límites de la Constitución y la ley.
3. Descentralización. La distribución de competencias entre la Nación, entidades territoriales y demás esquemas asociativos se realizará trasladando

el correspondiente poder de decisión de los órganos centrales del Estado hacia el nivel territorial pertinente, en lo que corresponda, de tal manera que se promueva una mayor capacidad de planeación, gestión y de administración de sus propios intereses, garantizando por parte de la Nación los recursos necesarios para su cumplimiento.

4. Integración. Los departamentos y los municipios ubicados en zonas fronterizas pueden adelantar programas de cooperación dirigidos al fomento del desarrollo comunitario, la prestación de los servicios públicos, la preservación del ambiente y el desarrollo productivo y social, con entidades territoriales limítrofes de un Estado.

5. Regionalización. El ordenamiento territorial promoverá el establecimiento de Regiones de Planeación y Gestión, regiones administrativas y de planificación y la proyección de Regiones Territoriales como marcos de relaciones geográficas, económicas, culturales, y funcionales, a partir de ecosistemas bióticos y biofísicos, de identidades culturales locales, de equipamientos e infraestructuras económicas y productivas y de relaciones entre las formas de vida rural y urbana, en el que se desarrolla la sociedad colombiana y hacia donde debe tender el modelo de Estado Republicano Unitario. En tal sentido la creación y el desarrollo de Regiones de Planeación y Gestión, Regiones Administrativas y de Planificación, y la regionalización de competencias y recursos públicos se enmarcan en una visión del desarrollo hacia la complementariedad, con el fin de fortalecer la unidad nacional.

6. Sostenibilidad. El ordenamiento territorial conciliará el crecimiento económico, la sostenibilidad fiscal, la equidad social y la sostenibilidad ambiental, para garantizar adecuadas condiciones de vida de la población.

7. Participación. La política de ordenamiento territorial promoverá la participación, concertación y cooperación para que los ciudadanos tomen parte activa en las decisiones que inciden en la orientación y organización territorial.

8. Solidaridad y equidad territorial. Con el fin de contribuir al desarrollo armónico del territorio colombiano, la Nación, las entidades territoriales y las figuras de integración territorial de mayor capacidad política, económica y fiscal, apoyarán aquellas entidades de menor desarrollo relativo, en procura de garantizar el acceso equitativo a las oportunidades y beneficios del desarrollo, para elevar la calidad de vida de la población.

9. Diversidad. El ordenamiento territorial reconoce las diferencias geográficas, institucionales, económicas, sociales, étnicas y culturales del país, como fundamento de la unidad e identidad nacional, la convivencia pacífica y la dignidad humana.

10. Gradualidad y flexibilidad. El ordenamiento territorial reconoce la diversidad de las comunidades y de las áreas geográficas que componen el país, por tanto, ajustará las diferentes formas de división territorial. Las entidades e instancias de integración territorial se adaptarán progresivamente, para lo cual podrán asignárseles las competencias y recursos que les permitan aumentar su capacidad planificadora, administrativa y de gestión.

En el caso de las instancias de integración, las competencias y recursos serán asignados por las respectivas entidades territoriales que las componen.

11. Prospectiva. El ordenamiento territorial estará orientado por una visión compartida de país a largo plazo, con propósitos estratégicos que guíen el tipo de organización territorial requerida.

12. Paz y convivencia. El ordenamiento territorial promoverá y reconocerá los esfuerzos de convivencia pacífica en el territorio e impulsará políticas y programas de desarrollo para la construcción de la paz, el fortalecimiento del tejido social y la legitimidad del Estado.

13. Asociatividad. El ordenamiento territorial propiciará la formación de asociaciones entre las entidades territoriales e instancias de integración territorial para producir economías de escala, generar sinergias y alianzas competitivas, para la consecución de objetivos de desarrollo económico y territorial comunes.

14. Responsabilidad y transparencia. Las autoridades del nivel nacional y territorial promoverán de manera activa el control social de la gestión pública incorporando ejercicios participativos en la planeación, ejecución y rendición final de cuentas, como principio de responsabilidad política y administrativa de los asuntos públicos.

15. Equidad social y equilibrio territorial. La ley de ordenamiento territorial reconoce los desequilibrios en el desarrollo económico, social y ambiental que existen entre diferentes regiones geográficas de nuestro país y buscará crear instrumentos para superar dichos desequilibrios. Por ello la Nación y las entidades territoriales propiciarán el acceso equitativo de todos los habitantes del territorio colombiano a las oportunidades y beneficios del desarrollo, buscando reducir los desequilibrios enunciados. Así mismo, los procesos de ordenamiento procurarán el desarrollo equilibrado de las diferentes formas de división territorial.

16. Economía y buen gobierno. La organización territorial del Estado deberá garantizar la planeación y participación decisoria de los entes territoriales en el desarrollo de sus regiones, autosostenibilidad económica, el saneamiento fiscal y la profesionalización de las administraciones territoriales, por lo que se promoverán mecanismos asociativos que privilegien

la optimización del gasto público y el buen gobierno en su conformación y funcionamiento.

La ley determinará los principios de economía y buen gobierno mínimos que deberán garantizar los departamentos, los distritos, los municipios, las áreas metropolitanas, sus descentralizadas, así como cualquiera de las diferentes alternativas de asociación, contratos o convenios plan o delegaciones previstas en la presente ley.

17. Multietnicidad. Para que los pueblos indígenas, las comunidades afrodescendientes, los raizales y la población ROM ejerzan su derecho de planeación y gestión dentro de la entidad territorial respectiva en armonía y concordancia con las demás comunidades y entidades territoriales.

TÍTULO II

MARCO INSTITUCIONAL

CAPÍTULO I

ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL

ARTÍCULO 4o. DE LA COMISIÓN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL (COT). La Comisión de Ordenamiento Territorial (COT), es un organismo de carácter técnico asesor que tiene como función evaluar, revisar y sugerir al Gobierno Nacional y a las Comisiones Especiales de Seguimiento al Proceso de Descentralización y Ordenamiento Territorial del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, la adopción de políticas, desarrollos legislativos y criterios para la mejor organización del Estado en el territorio.

PARÁGRAFO. Esta comisión orientará la aplicación de los principios consagrados en la presente ley a los departamentos, distritos y municipios, de forma que promueva la integración entre estos, y se puedan coordinar con más facilidad los procesos de integración.

ARTÍCULO 5o. CONFORMACIÓN DE LA COT. La Comisión de Ordenamiento Territorial, COT, estará conformada por:

1. El Ministro del Interior o su delegado, quien la presidirá.
2. El Ministro del Medio Ambiente o su delegado.
3. El Director del Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC), o su delegado.
4. Un delegado de las CAR.
5. Un experto de reconocida experiencia en la materia designado por el Gobierno Nacional.

6. Un experto de reconocida experiencia en la materia designado por cada una de las Cámaras Legislativas, previa postulación que hagan las respectivas Comisiones Especiales de Seguimiento al Proceso de Descentralización y Ordenamiento Territorial.

7. Dos expertos académicos especializados en el tema designado por el sector académico.

ARTÍCULO 6o. FUNCIONES DE LA COT. Son funciones de la Comisión de Ordenamiento Territorial, COT, las siguientes:

1. Asesorar al Gobierno Nacional y a las Comisiones Especiales de Seguimiento al Proceso de Descentralización y Ordenamiento Territorial del Senado de la República y de la Cámara de Representantes en la definición de políticas y desarrollos legislativos relativos a la organización territorial del Estado.

2. Asesorar los departamentos, distritos y municipios, de forma que promueva la integración entre estos, y se puedan coordinar con más facilidad los procesos de integración.

3. Establecer los parámetros de diferenciación entre las diversas instancias de asociaciones que promueven el desarrollo regional, dentro del marco de la Constitución y la Ley.

4. Revisar, evaluar y proponer diferentes políticas sectoriales que tengan injerencia directa con el ordenamiento territorial, a iniciativa propia del Gobierno Nacional y a las Comisiones Especiales de Seguimiento al Proceso de Descentralización y Ordenamiento Territorial del Senado de la República y de la Cámara de Representantes.

5. Propiciar escenarios de consulta o concertación con los actores involucrados en el ordenamiento territorial.

6. Presentar anualmente a las Comisiones Especiales de Seguimiento al Proceso de Descentralización y Ordenamiento Territorial del Senado de la República y de la Cámara de Representantes un informe sobre el estado y avances del ordenamiento territorial, según lo establecido en esta ley.

7. Darse su propio reglamento.

8. Las demás que le asignen la Constitución y la ley.

En el año siguiente de la conformación y puesta en marcha de la COT, esta elaborará una propuesta de codificación y compilación de las normas jurídicas vigentes en Colombia sobre organización territorial del Estado y las entidades territoriales. El Gobierno Nacional difundirá ampliamente el resultado de esta labor, en escenarios que faciliten la participación de

todos los ciudadanos y de las autoridades nacionales, territoriales y demás esquemas asociativos.

PARÁGRAFO. Los informes de que trata el numeral 5, serán publicados para su libre consulta en el portal institucional de la entidad.

ARTÍCULO 7o. SECRETARÍA TÉCNICA Y SUBSECRETARÍA TÉCNICA. El Departamento Nacional de Planeación ejercerá la Secretaría Técnica de la COT.

El Secretario técnico de la COT se encargará de asegurar el apoyo logístico, técnico y especializado que requiera la misma para el cabal desarrollo de sus funciones e invitará a las deliberaciones a los ministros, jefes de departamento administrativo respectivos, expertos académicos de diferentes universidades, el sector privado, o a quien juzgue necesario, cuando deban tratarse asuntos de su competencia o cuando se requieran conceptos externos a la Comisión.

La Secretaría Técnica de la COT conformará un comité especial interinstitucional integrado por las entidades del orden nacional competentes en la materia con el fin de prestar el apoyo logístico, técnico y especializado que requiera la comisión para el cabal desarrollo de sus funciones.

La Subsecretaría Técnica estará en cabeza de los Secretarios de las Comisiones Especiales de Seguimiento al Proceso de Descentralización y Ordenamiento Territorial del Senado de la República y la Cámara de Representantes, por periodos alternados de dos (2) años.

ARTÍCULO 8o. COMISIONES REGIONALES DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL. Se faculta a las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales, para que mediante ordenanzas y acuerdos creen la Comisión Regional de Ordenamiento Territorial que dentro de su jurisdicción se establezcan, las que orientarán las acciones en esta materia y participarán en la elaboración del proyecto estratégico regional de ordenamiento territorial, acorde con los lineamientos generales establecidos por la COT.

La Comisión de Ordenamiento Territorial establecerá la integración y funciones generales de las Comisiones Regionales y su forma de articulación con los distintos niveles y entidades de gobierno.

En la conformación de las Comisiones Regionales, se observará la composición de la COT, con el fin de garantizar la representación de los sectores que integran dicho ente, de la siguiente manera:

Comisiones Departamentales

1. El Gobernador, o su delegado, quien la presidirá.
2. El Secretario de Ambiente y Desarrollo Rural, o la instancia similar, o su delegado.

3. El Director Departamental del Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC), o su delegado.
4. El Director de la CAR respectiva, o su delegado.
5. Un experto de reconocida experiencia en la materia designado por el Gobierno Departamental.
6. Dos expertos de reconocida experiencia en la materia designados por la Asamblea Departamental respectiva.
7. Dos expertos académicos especializados en el tema designado por el sector académico del Departamento.

Comisiones Municipales

1. El Alcalde Municipal, o su delegado, quien la presidirá.
2. El Secretario de Ambiente y Desarrollo Rural, o la instancia similar, o su delegado.
3. Un delegado del Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC).
4. Un delegado del Director de la CAR respectiva.
5. Un experto de reconocida experiencia en la materia designado por el Gobierno Municipal.
6. Dos expertos de reconocida experiencia en la materia designados por el Concejo Municipal respectivo.
7. Dos expertos académicos especializados en el tema designado por el sector académico del Municipio.

CAPÍTULO II

ESQUEMAS ASOCIATIVOS TERRITORIALES

ARTÍCULO 9o. OBJETO. El Estado promoverá procesos asociativos entre entidades territoriales para la libre y voluntaria conformación de alianzas estratégicas que impulsen el desarrollo autónomo y autosostenible de las comunidades.

La definición de políticas y modos de gestión regional y subregional no estará limitada a la adición de entidades de planeación y gestión e incluirá alternativas flexibles.

Igualmente, el Estado promoverá procesos asociativos entre entidades territoriales nacionales y las de países vecinos y fronterizos tendientes a la conformación de alianzas estratégicas que promuevan el desarrollo social, económico y cultural.

El Gobierno Nacional promoverá la conformación de esquemas asociativos a través de incentivos a las regiones administrativas y de planificación, regiones de planeación y gestión, provincias administrativas y de planificación, áreas metropolitanas y entidades territoriales económicamente desarrolladas, para que se asocien con las más débiles, a fin de hacer efectivos los principios de solidaridad, equidad territorial, equidad social, sostenibilidad ambiental y equilibrio territorial previstos en los numerales 8 y 15 del artículo 3o de la presente ley.

El Gobierno Nacional promoverá la asociación de las Corporaciones Autónomas Regionales, CAR, para diseñar y ejecutar programas de protección ambiental y en especial de cuidado de las zonas productoras de agua para que con recurso de esta se puedan proteger ecosistemas estratégicos y desarrollar programas de mitigación de riesgo. En desarrollo de esta tarea, las Corporaciones Autónomas Regionales podrán hacer inversión por fuera de su jurisdicción en cumplimiento de los convenios adelantados entre las mismas.

PARÁGRAFO. En concordancia con lo previsto en el numeral 16 del artículo 31 de la Ley 99 de 1993 y el artículo 39 del Decreto 2372 de 2010, las Corporaciones Autónomas Regionales podrán declarar áreas protegidas.

Los incentivos a los que se refieren los incisos 4o y 5o del presente artículo serán fijados por el Gobierno Nacional.

El Gobierno Nacional fortalecerá las asociaciones de departamentos, municipios y distritos ya creadas y promoverá la creación de otros esquemas asociativos.

ARTÍCULO 10. ESQUEMAS ASOCIATIVOS TERRITORIALES. Constituirán esquemas asociativos territoriales las regiones administrativas y de planificación, las regiones de planeación y gestión, las asociaciones de departamentos, las áreas metropolitanas, las asociaciones de distritos especiales, las provincias administrativas y de planificación, y las asociaciones de municipios.

ARTÍCULO 11. CONFORMACIÓN DE ASOCIACIONES DE ENTIDADES TERRITORIALES. Las asociaciones de entidades territoriales se conformarán libremente por dos o más entes territoriales para prestar conjuntamente servicios públicos, funciones administrativas propias o asignadas al ente territorial por el nivel nacional, ejecutar obras de interés común o cumplir funciones de planificación, así como para procurar el desarrollo integral de sus territorios.

PARÁGRAFO. Podrán conformarse diversas asociaciones de entidades territoriales como personas jurídicas de derecho público bajo la dirección y coordinación de la junta directiva u órgano de administración que determinen

las entidades territoriales interesadas, las cuales velarán por la inclusión y participación de la comunidad en la toma de decisiones que sobre el área se adopten.

ARTÍCULO 12. ASOCIACIONES DE DEPARTAMENTOS. Dos o más departamentos podrán asociarse administrativa y políticamente para organizar conjuntamente la prestación de servicios públicos, la ejecución de obras de ámbito regional y el cumplimiento de funciones administrativas propias, mediante convenio o contrato-plan suscrito por los gobernadores respectivos, previamente autorizados por las asambleas departamentales y para el ejercicio de competencias concertadas entre sí en un marco de acción que integre sus respectivos planes de desarrollo en un modelo de planificación integral conjunto.

ARTÍCULO 13. ASOCIACIONES DE DISTRITOS ESPECIALES. Dos o más Distritos Especiales podrán asociarse política y administrativamente para organizar conjuntamente la prestación de servicios o la ejecución de obras públicas de interés común mediante convenio, siempre y cuando no se alteren las características esenciales de cada uno de ellos. El respectivo convenio o contrato-plan configurará un modelo de desarrollo y planificación integral conjunto que será suscrito por los Alcaldes Mayores de cada Distrito, previamente autorizados por sus respectivos Concejos y estará enmarcado en un plan de acción de mediano plazo.

ARTÍCULO 14. ASOCIACIONES DE MUNICIPIOS. Dos o más municipios de un mismo departamento o de varios departamentos, podrán asociarse administrativa y políticamente para organizar conjuntamente la prestación de servicios públicos, la ejecución de obras de ámbito regional y el cumplimiento de funciones administrativas propias, mediante convenio o contrato-plan suscrito por los alcaldes respectivos, previamente autorizados por los concejos municipales o distritales y para el ejercicio de competencias concertadas entre sí en un marco de acción que integre sus respectivos planes de desarrollo en un modelo de planificación integral conjunto.

ARTÍCULO 15. ASOCIACIONES DE LAS ÁREAS METROPOLITANAS. Dos o más Áreas Metropolitanas de un mismo departamento o de varios departamentos, podrán asociarse para organizar conjuntamente la prestación de servicios públicos, la ejecución de obras de ámbito regional y el cumplimiento de funciones administrativas propias, mediante convenio o contrato-plan suscrito por los Directores de las áreas metropolitanas respectivas, previamente autorizados por sus juntas metropolitanas.

El convenio o contrato-plan se asimilará para los efectos legales a un convenio interadministrativo, en el cual se establecerán las competencias

específicas para delegar o transferir entre las distintas entidades territoriales, según el ámbito de su objeto.

Para los efectos de esta ley se consideran a las áreas metropolitanas como esquemas asociativos de integración territorial y actuarán como instancias de articulación del desarrollo municipal, en virtud de lo cual serán beneficiarias de los mismos derechos y condiciones de los esquemas asociativos de entidades territoriales previstos en la presente ley.

ARTÍCULO 16. PROVINCIAS ADMINISTRATIVAS Y DE PLANIFICACIÓN. Dos o más municipios geográficamente contiguos de un mismo departamento podrán constituirse mediante ordenanza en una provincia administrativa y de planificación por solicitud de los alcaldes municipales, los gobernadores o del diez por ciento (10%) de los ciudadanos que componen el censo electoral de los respectivos municipios, con el propósito de organizar conjuntamente la prestación de servicios públicos, la ejecución de obras de ámbito regional y la ejecución de proyectos de desarrollo integral, así como la gestión ambiental.

Lo anterior no implicará que municipios que no guarden continuidad geográfica y que pertenezcan a diferentes departamentos puedan desarrollar alianzas estratégicas de orden económico con el fin de comercializar sus bienes y servicios a nivel nacional e internacional.

PARÁGRAFO. Corresponde a las Asambleas Departamentales crear las provincias, previa autorización de los respectivos Concejos Municipales.

PARÁGRAFO. Los municipios que conformen la PAP deberán tener en cuenta para su financiación y funcionamiento los parámetros establecidos en la Ley 617 de 2000 y 819 de 2003 para los municipios que la conformen.

En ningún caso las provincias administrativas y de planificación podrán constituir circunscripción electoral especial dentro de la División Político Administrativa Territorial del país.

El financiamiento de las Provincias Administrativas y de Planificación no generará cargos ni al Presupuesto General de la Nación, ni al Sistema General de Participaciones, ni al Sistema General de Regalías.

ARTÍCULO 17. NATURALEZA Y FUNCIONAMIENTO DE LOS ESQUEMAS ASOCIATIVOS. Las asociaciones de departamentos, las provincias y las asociaciones de distritos y de municipios son entidades administrativas de derecho público, con personería jurídica y patrimonio propio e independiente de los entes que la conforman.

Las asociaciones de departamentos podrán constituirse en regiones administrativas y de planificación, previa autorización de sus asambleas departamentales.

En ningún caso las entidades territoriales que se asocien podrán generar gastos de funcionamiento adicionales con cargo a su presupuesto o al presupuesto general de la Nación, ni incrementar la planta burocrática de las respectivas entidades que las conformen.

PARÁGRAFO. En concordancia con lo previsto en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, las Entidades Territoriales podrán continuar asociándose mediante la celebración de convenios interadministrativos o mediante la conformación de personas jurídicas de derecho público o derecho privado.

ARTÍCULO 18. CONTRATOS O CONVENIOS PLAN. La Nación podrá contratar o convenir con las entidades territoriales, con las asociaciones de entidades territoriales y con las áreas metropolitanas, la ejecución asociada de proyectos estratégicos de desarrollo territorial. En los contratos plan que celebren las partes, se establecerán los aportes que harán así como las fuentes de financiación respectivas.

La Nación también podrá contratar con las asociaciones de entidades territoriales y las áreas metropolitanas la ejecución de programas del Plan Nacional de Desarrollo, cuando lo considere pertinente y el objeto para el cual fueron creadas dichas asociaciones lo permita; previa aprobación de su órgano máximo de administración, atendiendo los principios consagrados en la presente ley.

Se priorizarán con el Fondo de Desarrollo Regional los esquemas asociativos, así como las entidades territoriales que desarrollen contratos o convenios plan de acuerdo con los numerales 6, 8 y 10 del artículo 3o de la presente ley.

ARTÍCULO 19. REGIONES DE PLANEACIÓN Y GESTIÓN. En virtud de lo estipulado en el artículo 285 de la Constitución Política, créanse las Regiones de Planeación y Gestión (RPG). Para los efectos previstos en esta ley, se consideran regiones de Planeación y Gestión las instancias de asociación de entidades territoriales que permitan promover y aplicar de manera armónica y sostenible los principios de complementariedad, concurrencia y subsidiariedad en el desarrollo y ejecución de las competencias asignadas a las entidades territoriales por la Constitución y la ley.

Las asociaciones entre entidades territoriales podrán conformar libremente entre sí diversas Regiones de Planeación y Gestión, podrán actuar como bancos de proyectos de inversión estratégicos de impacto regional durante el tiempo de desarrollo y ejecución de los mismos. Solo se podrán asociar las entidades territoriales afines, de acuerdo con los principios expuestos en la presente ley.

Las Regiones de Planeación y Gestión serán los mecanismos encargados de planear y ejecutar la designación de los recursos del Fondo de Desarrollo Regional.

ARTÍCULO 20. DELEGACIÓN. La Nación y los diferentes órganos del nivel central podrán delegar en las entidades territoriales o en los diferentes esquemas asociativos territoriales y en las áreas metropolitanas, por medio de convenios o contratos plan, atribuciones propias de los organismos y entidades públicas de la Nación, así como de las entidades e institutos descentralizados del orden nacional.

En la respectiva delegación se establecerán las funciones y los recursos para el adecuado cumplimiento de los fines de la Administración Pública a cargo de estas.

CAPÍTULO III

POLÍTICA LEGISLATIVA EN MATERIA DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL

ARTÍCULO 21. OBJETIVOS GENERALES DE LA LEGISLACIÓN TERRITORIAL. La ley promoverá una mayor delegación de funciones y competencias del nivel nacional hacia el orden territorial, la eliminación de duplicidades de competencias entre la administración central y descentralizada y los entes territoriales, el fortalecimiento de las Regiones de Planeación y Gestión y las Regiones Administrativas y de Planificación, el fortalecimiento del departamento como nivel intermedio de gobierno, el fortalecimiento del municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado, la acción conjunta y articulada de los diferentes niveles de gobierno a través de alianzas, asociaciones y convenios de delegación, el diseño de modalidades regionales de administración para el desarrollo de proyectos especiales y el incremento de la productividad y la modernización de la Administración municipal.

ARTÍCULO 22. DIVERSIFICACIÓN, FORTALECIMIENTO Y MODERNIZACIÓN DEL RÉGIMEN DEPARTAMENTAL. La racionalización del régimen jurídico de los departamentos parte del reconocimiento de sus diferencias y fortalezas específicas. A partir de este principio y con el objeto de mejorar la Administración departamental y de asegurar una más eficiente prestación de los servicios públicos, la ley establecerá regímenes especiales y diferenciados de gestión administrativa y fiscal para uno o varios departamentos.

Para tal efecto la ley podrá establecer capacidades y competencias distintas a las señaladas para los departamentos en la Constitución de acuerdo con el artículo 302 de la Carta Política.

La ley graduará y eventualmente integrará las capacidades y competencias departamentales de acuerdo con la población, recursos económicos y naturales y circunstancias sociales, culturales y ecológicas de los departamentos.

Para la creación de departamentos la ley ordinaria no podrá establecer requisitos adicionales a los exigidos por la Constitución y esta ley.

ARTÍCULO 23. CREACIÓN DE DEPARTAMENTOS. La creación de departamentos cuyos territorios correspondan parcial o totalmente a una o varias regiones administrativas y de planificación deberá contar con el concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial, del Departamento Nacional de Planeación y la aprobación del Congreso de la República, previa convocatoria a consulta popular, de acuerdo con los lineamientos legales establecidos por el legislador y la Constitución.

ARTÍCULO 24. DIVERSIFICACIÓN DE LOS RÉGIMENES MUNICIPALES POR CATEGORÍAS. Con el propósito de democratizar y hacer más eficiente y racional la Administración municipal, la ley, con fundamento en el artículo 320 de la Constitución Política, establecerá categorías de municipios de acuerdo con su población, recursos fiscales, importancia económica y situación geográfica, y señalará, a los municipios pertenecientes a cada categoría, distinto régimen en su organización, gobierno y administración.

En todo caso, la superación de la pobreza y el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, será parámetro para todas las políticas sociales.

ARTÍCULO 25. DEL RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL PARA LAS ÁREAS METROPOLITANAS. En desarrollo de lo previsto en el artículo 319 de la Constitución Política, además de los recursos que integran el patrimonio y renta de las áreas metropolitanas, el proyecto de constitución de la misma regulado por el artículo 5o de la Ley 128 de 1994 debe precisar las fuentes de los aportes de las entidades territoriales que formarán parte de la misma, así como los porcentajes de tales aportes, de conformidad con lo previsto en el artículo 22 de la Ley 128 de 1994.

En las áreas metropolitanas que se encuentren constituidas a la fecha de entrada en vigencia la presente ley, cada concejo municipal a iniciativa de su alcalde expedirá un acuerdo en el que se señalen las fuentes de los aportes a los que se compromete el respectivo municipio con destino a la financiación de las funciones de la entidad, así como los porcentajes de dicha participación.

El acto administrativo que constituya un Área Metropolitana se considerará norma general de carácter obligatorio a la que tendrá que regirse cada concejo municipal al momento de aprobar el presupuesto anual de la respectiva entidad miembro.

PARÁGRAFO. Cuando se produzca la anexión de nuevos municipios al área metropolitana, el acto que protocolice dicha anexión deberá contener los elementos, previstos en el presente artículo.

TÍTULO III
DE LAS COMPETENCIAS
CAPÍTULO I

PRINCIPIOS PARA EL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS

ARTÍCULO 26. DEFINICIÓN DE COMPETENCIA. Para los efectos de la presente ley, se entiende por competencia la facultad o poder jurídico que tienen la Nación, las entidades territoriales y las figuras de integración territorial para atender de manera general responsabilidades estatales.

ARTÍCULO 27. PRINCIPIOS DEL EJERCICIO DE COMPETENCIAS. Además de los que el artículo 209 de la Constitución Política contempla como comunes de la función administrativa, son principios rectores del ejercicio de competencias, los siguientes:

1. Coordinación. La Nación y las entidades territoriales deberán ejercer sus competencias de manera articulada, coherente y armónica. En desarrollo de este principio, las entidades territoriales y demás esquemas asociativos se articularán, con las autoridades nacionales y regionales, con el propósito especial de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos como individuos, los derechos colectivos y del medio ambiente establecidos en la Constitución Política.
2. Concurrencia. La Nación y las entidades territoriales desarrollarán oportunamente acciones conjuntas en busca de un objeto común, cuando así esté establecido, con respeto de su autonomía.
3. Subsidiariedad. La Nación, las entidades territoriales y los esquemas de integración territorial apoyarán en forma transitoria y parcial en el ejercicio de sus competencias, a las entidades de menor categoría fiscal, desarrollo económico y social, dentro del mismo ámbito de la jurisdicción territorial, cuando se demuestre su imposibilidad de ejercer debidamente determinadas competencias. El desarrollo de este principio estará sujeto a evaluación y seguimiento de las entidades del nivel nacional rectora de la materia. El Gobierno Nacional desarrollará la materia en coordinación con los entes territoriales.
4. Complementariedad. Para completar o perfeccionar la prestación de servicios a su cargo, y el desarrollo de proyectos regionales, las entidades territoriales podrán utilizar mecanismos como los de asociación, cofinanciación, delegación y/o convenios.
5. Eficiencia. La Nación, las entidades territoriales y los esquemas de integración territorial garantizarán que el uso de los recursos públicos y las

inversiones que se realicen en su territorio, produzcan los mayores beneficios sociales, económicos y ambientales.

6. Equilibrio entre competencias y recursos. Las competencias se trasladarán, previa asignación de los recursos fiscales para atenderlas de manera directa o asociada.

7. Gradualidad. La asunción de competencias asignadas por parte de las entidades territoriales se efectuará en forma progresiva y flexible, de acuerdo con las capacidades administrativas y de gestión de cada entidad.

8. Responsabilidad. La Nación, las entidades territoriales y las figuras de integración territorial asumirán las competencias a su cargo previendo los recursos necesarios sin comprometer la sostenibilidad financiera del ente territorial, garantizando su manejo transparente.

CAPÍTULO II. DISPOSICIONES EN MATERIA DE COMPETENCIAS.

ARTÍCULO 28. Los departamentos y municipios tendrán autonomía para determinar su estructura interna y organización administrativa central y descentralizada; así como el establecimiento y distribución de sus funciones y recursos para el adecuado cumplimiento de sus deberes constitucionales.

Sin perjuicio de su control de constitucionalidad o de legalidad, estos actos no estarán sometidos a revisión, aprobación o autorización de autoridades nacionales.

PARÁGRAFO. Los municipios son titulares de cualquier competencia que no esté atribuida expresamente a los departamentos o a la Nación.

Cuando el respectivo municipio no esté en capacidad de asumir dicha competencia solicitará la concurrencia del departamento y la Nación.

PARÁGRAFO 2o. Los departamentos y municipios a pesar de su autonomía e independencia podrán asociarse entre ellos para procurar el bienestar y desarrollo de sus habitantes.

CAPÍTULO III

COMPETENCIAS EN MATERIA DE ORDENAMIENTO DEL TERRITORIO

ARTÍCULO 29. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE ORDENAMIENTO DEL TERRITORIO. Son competencias de la Nación y de las entidades territoriales en materia de ordenamiento del territorio, las siguientes:

1. De la Nación

a) Establecer la política general de ordenamiento del territorio en los asuntos de interés nacional: áreas de parques nacionales y áreas protegidas.

- b) Localización de grandes proyectos de infraestructura.
- c) Determinación de áreas limitadas en uso por seguridad y defensa.
- d) Los lineamientos del proceso de urbanización y el sistema de ciudades.
- e) Los lineamientos y criterios para garantizar la equitativa distribución de los servicios públicos e infraestructura social de forma equilibrada en las regiones.
- f) La conservación y protección de áreas de importancia histórica y cultural.
- g) Definir los principios de economía y buen gobierno mínimos que deberán cumplir los departamentos, los Distritos, los municipios, las áreas metropolitanas, y cualquiera de las diferentes alternativas de asociación, contratos o convenios plan o delegaciones previstas en la presente ley.

PARÁGRAFO. Las competencias asignadas a la Nación en los literales anteriores se adelantarán en coordinación con los entes territoriales.

2. Del Departamento

- a) Establecer directrices y orientaciones para el ordenamiento de la totalidad o porciones específicas de su territorio, especialmente en áreas de conurbación con el fin de determinar los escenarios de uso y ocupación del espacio, de acuerdo con el potencial óptimo del ambiente y en función de los objetivos de desarrollo, potencialidades y limitantes biofísicos, económicos y culturales.
- b) Definir las políticas de asentamientos poblacionales y centros urbanos, de tal manera que facilite el desarrollo de su territorio.
- c) Orientar la localización de la infraestructura física-social de manera que se aprovechen las ventajas competitivas regionales y se promueva la equidad en el desarrollo municipal.
- d) Integrar y orientar la proyección espacial de los planes sectoriales departamentales, los de sus municipios y entidades territoriales indígenas.
- e) En desarrollo de sus competencias, los departamentos podrán articular sus políticas, directrices y estrategias de ordenamiento físico-territorial con los planes, programas, proyectos y actuaciones sobre el territorio, mediante la adopción de planes de ordenamiento para la totalidad o porciones específicas de su territorio.
- f) La competencia para establecer las directrices y orientaciones específicas para el ordenamiento del territorio en los municipios que hacen parte de un Área Metropolitana correspondiente a estas, la cual será ejercida con

observancia a los principios para el ejercicio de las competencias establecidos en la presente ley.

g) Los departamentos y las asociaciones que estos conformen podrán implementar programas de protección especial para la conservación y recuperación del medio ambiente.

3. De los Distritos Especiales

a) Dividir el territorio distrital en localidades, de acuerdo a las características sociales de sus habitantes y atribuir competencias y funciones administrativas.

b) Organizarse como áreas metropolitanas, siempre que existan unas relaciones físicas, sociales y económicas que den lugar al conjunto de dicha característica y coordinar el desarrollo del espacio territorial integrado por medio de la racionalización de la prestación de sus servicios y la ejecución de obras de interés metropolitano.

c) Dirigir las actividades que por su denominación y su carácter les correspondan.

4. Del Municipio

a) Formular y adoptar los planes de ordenamiento del territorio.

b) Reglamentar de manera específica los usos del suelo, en las áreas urbanas, de expansión y rurales, de acuerdo con las leyes.

c) Optimizar los usos de las tierras disponibles y coordinar los planes sectoriales, en armonía con las políticas nacionales y los planes departamentales y metropolitanos.

PARÁGRAFO 1o. La distribución de competencias que se establece en este artículo se adelantará bajo los principios de descentralización, concurrencia y complementariedad de las acciones establecidas por las entidades territoriales y en coordinación con lo dispuesto por sus autoridades respectivas en los instrumentos locales y regionales de planificación.

PARÁGRAFO 2o. Al nivel metropolitano le corresponde la elaboración de planes integrales de desarrollo metropolitano con perspectiva de largo plazo, incluyendo el componente de ordenamiento físico territorial y el señalamiento de las normas obligatoriamente generales que definan los objetivos y criterios a los que deben acogerse los municipios al adoptar los planes de ordenamiento territorial en relación con las materias referidas a los hechos metropolitanos, de acuerdo con lo previsto en la Ley de Áreas Metropolitanas.

TÍTULO IV

DE LAS REGIONES ADMINISTRATIVAS Y DE PLANIFICACIÓN

ARTÍCULO 30. REGIÓN ADMINISTRATIVA Y DE PLANIFICACIÓN. Son Regiones Administrativas y de Planificación (RAP) las entidades conformadas por dos o más departamentos, con personería jurídica, autonomía financiera y patrimonio propio, cuya finalidad está orientada al desarrollo regional, la inversión y la competitividad, en los términos previstos en el artículo 306 de la Constitución Política y en el marco de los principios consagrados en la presente ley, enfatizando la gradualidad, flexibilidad y responsabilidad fiscal.

Los departamentos que conformen la RAP deberán tener en cuenta para su financiación y funcionamiento los parámetros establecidos en la Ley 617 de 2000 y 819 de 2003 para los departamentos que las conformen.

En ningún caso las Regiones Administrativas y de Planificación podrán constituir circunscripción electoral especial dentro de la división político-administrativa territorial del país.

De conformidad con lo previsto en el artículo 306 de la Constitución Política, previa autorización de sus respectivas asambleas, y previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial de Senado, los gobernadores de dos o más departamentos podrán constituir mediante convenio la región administrativa y de planificación que consideren necesaria para promover el desarrollo económico de sus territorios y el mejoramiento social de sus habitantes.

Entre los departamentos que conformen las regiones aquí previstas debe haber continuidad geográfica.

Lo anterior no impedirá que Departamentos que no guarden continuidad geográfica puedan desarrollar alianzas estratégicas de orden económico con el fin de comercializar sus bienes y servicios a nivel nacional e internacional.

La Nación podrá cofinanciar proyectos estratégicos de las regiones administrativas y de planificación, previo cumplimiento de los requisitos y condiciones previstos en la normativa vigente.

PARÁGRAFO. Los Distritos Especiales cuyo territorio esté inmerso en una Región Administrativa y de Planificación tendrán las mismas prerrogativas que estas les otorguen a los Departamentos.

PARÁGRAFO 2o. Lo dispuesto en este artículo se aplicará en lo pertinente frente a la constitución de la Región Administrativa y de Planificación Especial (RAPE) entre entidades territoriales departamentales y el Distrito Capital.

PARÁGRAFO 3o. De conformidad con el artículo 325 de la Constitución Política, el Distrito Capital de Bogotá, el departamento de Cundinamarca y los departamentos contiguos a este podrán asociarse en una Región Administrativa de Planeación Especial (RAPE), con personería jurídica, autonomía y patrimonio propio cuyo objeto principal será el desarrollo económico y social de la respectiva región.

Las citadas entidades territoriales conservarán su identidad política y territorial. El acto de constitución de la Región Administrativa y de Planeación Especial podrá realizarse por convenio entre los mandatarios seccionales, previa aprobación por parte de las corporaciones de las respectivas entidades territoriales y su ejecución será incorporada en el respectivo plan de desarrollo de la región mediante ordenanza y acuerdo distrital o municipal, en cada caso, según corresponda.

ARTÍCULO 31. CONSEJO REGIONAL ADMINISTRATIVO Y DE PLANIFICACIÓN. Créase el Consejo Regional Administrativo y de Planificación como instancia técnica y asesora de las Regiones Administrativas y de Planificación. El Consejo Regional de Planeación estará integrado por los gobernadores de los departamentos que conformen las regiones de planeación y gestión y por los Alcaldes de las Áreas Metropolitanas que existan dentro de la misma, con una presidencia pro t mpore, por el término que la región establezca en el acto de constitución y creación.

ARTÍCULO 32. FINANCIACIÓN. El funcionamiento de las Regiones Administrativas y de Planificación se financiará con cargo a los recursos o aportes que las respectivas entidades territoriales que la conformen destinen para ello y los incentivos que defina el Gobierno Nacional, de conformidad con los indicadores de sostenibilidad f scal de la Ley 617 de 2000 para los departamentos que las conformen.

Los recursos de inversión asignados por las entidades territoriales para el logro de los objetivos de la Región Administrativa y de Planificación, podrán ser utilizados en todo el territorio que la conforma, con el objetivo de alcanzar el desarrollo económico de sus territorios y el mejoramiento social de sus habitantes.

Las Regiones Administrativas y de Planificación no generarán gasto del presupuesto general de la Nación, ni del Sistema General de Participaciones, ni del Sistema General de Regalías.

ARTÍCULO 33. FONDO DE DESARROLLO REGIONAL. El Fondo de Desarrollo Regional servirá como un mecanismo de desarrollo para las entidades territoriales del país, el cual tendrá como finalidad la financiación de proyectos regionales de desarrollo en los términos que lo defina la ley.

PARÁGRAFO. El Fondo de Desarrollo Regional se regirá por lo dispuesto en la Constitución Política y por aquellas normas que lo modifiquen, desarrollen o sustituyan.

ARTÍCULO 34. ZONAS DE INVERSIÓN ESPECIAL PARA SUPERAR LA POBREZA. Son Zonas de Inversión Especial para superar la Pobreza las receptoras del Fondo de Compensación Regional que defina la Constitución y la ley como instrumento para superar condiciones de desequilibrio en el desarrollo económico y social entre las regiones de planeación y gestión y entre los distintos entes territoriales del país. Estas serán instrumentos de planificación e inversión orientada a mejorar las condiciones de vida de los habitantes de esas zonas y serán creadas por una sola vez mediante decreto expedido por el Gobierno Nacional.

Para la definición de estas zonas, el Gobierno tendrá como indicador de desempleo, NBI que se refiere a pobreza relativa, entendida esta no como el número de pobres que habitan los municipios o distritos, sino como el porcentaje de pobres que habitan esos municipios o distritos.

ARTÍCULO 35. FONDO DE COMPENSACIÓN REGIONAL. El Fondo de Compensación servirá como un mecanismo de generación de equidad y reducción de la pobreza entre las entidades territoriales del país, el cual tendrá como finalidad la financiación de proyectos en las zonas de inversión especial para superar la pobreza.

ARTÍCULO 36. DE LA REGIÓN TERRITORIAL. De conformidad con el artículo 307 de la Constitución Política la Región Administrativa y de Planificación podrá transformarse en Región Entidad Territorial, de acuerdo con las condiciones que fije la ley que para el efecto expida el Congreso de la República.

TÍTULO V

DISPOSICIONES FINALES

ARTÍCULO 37. DESARROLLO Y ARMONIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN TERRITORIAL. El Gobierno Nacional presentará al Congreso las iniciativas de reformas legislativas correspondientes a la expedición del régimen especial para los departamentos, la reforma del régimen municipal orientada por las prescripciones del artículo 320 de la Constitución Política y la reforma de la legislación en materia de áreas metropolitanas.

PARÁGRAFO 1o. El Gobierno Nacional presentará al Congreso en un periodo no superior a los seis (6) meses de la vigencia de la presente ley los proyectos de ley sobre un Código de Régimen Departamental, un Código de Régimen Distrital, un Código de Régimen de Área Metropolitana y un Código de Régimen Municipal que integre la legislación vigente sobre la materia.

PARÁGRAFO 2o. En virtud de lo establecido en el artículo 329 de la Constitución Política el Gobierno Nacional presentará al Congreso de la República, dentro de los diez (10) meses siguientes a la vigencia de la presente ley, el proyecto de ley especial que reglamente lo relativo a la conformación de las Entidades Territoriales Indígenas, acogiendo los principios de participación democrática, autonomía y territorio, en estricto cumplimiento de los mecanismos especiales de consulta previa, con la participación de los representantes de las comunidades indígenas y de las comunidades afectadas o beneficiadas en dicho proceso.

En desarrollo de esta norma y cuando corresponda, el Gobierno Nacional hará la delimitación correspondiente, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial, como instancia consultiva del proceso.

ARTÍCULO 38. Las disposiciones contenidas en las Leyes 47 de 1993, “por la cual se dictan normas especiales para la organización y funcionamiento del departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y 915 de 2004”, por la cual se dicta el Estatuto Fronterizo para el Desarrollo Social y Económico del departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina continuarán vigentes. Los aspectos relativos al régimen político administrativo del departamento Archipiélago serán desarrollados de conformidad con lo señalado en el artículo 310 de la C. P.

ARTÍCULO 39. TRANSITORIO. Los conflictos de competencia se dirimirán según la normatividad vigente, hasta que se reglamente por la ley respectiva, la cual deberá ser presentada por el Gobierno Nacional.

ARTÍCULO 40. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

El Presidente del honorable Senado de la República,
ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA.

El Secretario General del honorable Senado de la República,
EMILIO RAMÓN OTERO DAJUD.

El Presidente de la honorable Cámara de Representantes,
CARLOS ALBERTO ZULUAGA DÍAZ.

El Secretario General de la honorable Cámara de Representantes,
JESÚS ALFONSO RODRÍGUEZ CAMARGO.

REPÚBLICA DE COLOMBIA – GOBIERNO NACIONAL

Publíquese y cúmplase.

Dada en el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, a 28 de junio de 2011.

JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN

El Ministro del Interior y de Justicia,
GERMÁN VARGAS LLERAS.

