

# RETOS DE LA DEMOCRACIA Y DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

*Rocío Araújo Oñate*  
*María Lucía Torres Villarreal*  
-Editoras académicas-

*Rocio Mercedes Araújo Oñate*  
*Allan R. Brewer-Carías*  
*Javier Andrés Florez Henao*  
*Matthías Herdegen*  
*Luisa Fernanda García López*  
*Marco Gerardo Monroy Cabra*  
*Cristina Pardo Schlesinger*  
*Manuel Alberto Restrepo Medina*  
*Gloria Amparo Rodríguez*  
-Autores-



 **Fundación  
Hanns  
Seidel**



---

*Colección Textos de Jurisprudencia*



**Fundación  
Hanns  
Seidel**



**UR**



# **Retos de la democracia y de la participación ciudadana**



# **Retos de la democracia y de la participación ciudadana**

Rocío Araújo Oñate  
María Lucía Torres Villarreal  
-Editoras académicas-



Colección Textos de Jurisprudencia

© 2011 Editorial Universidad del Rosario

© 2011 Universidad del Rosario,  
Facultad de Jurisprudencia

© 2011 Rocio Araujo Oñate, Allan R. Brewer-Carías, Javier Andrés Florez Henao, Luisa Fernanda García López, Matthias Herdegen, Marco Gerardo Monroy Cabra, Cristina Pardo Schlesinger, Manuel Alberto Restrepo Medina, Gloria Amparo Rodríguez, María Lucía Torres Villarreal

ISBN: 978-958-738-234-1

Primera edición: Bogotá D.C., diciembre de 2011

Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario

Corrección de estilo: César Mackenzie

Diseño de cubierta: Lucelly Anaconas

Diagramación: María del Pilar Palacio

Impresión:

Editorial Universidad del Rosario

Carrera 7 No. 13-41, of. 501 • Tel: 297 02 00

<http://editorial.urosario.edu.co>

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo escrito de la Editorial Universidad del Rosario

---

Retos de la democracia y de la participación ciudadana / Rocio Araujo Oñate y María Lucía Torres Villarreal, editoras académicas.—Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2011.

222 p.— (Colección Textos de Jurisprudencia)

ISBN: 978-958-738-234-1

Democracia / Participación ciudadana / Participación política / Derechos políticos / I. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia / II. Araujo Oñate, Rocio / III. Torres Villarreal, María Lucía / IV. Título / V. Serie

321.4 SCDD 20

---

Impreso y hecho en Colombia

*Printed and made in Colombia*

# Contenido

<b>Presentación</b> .....	xi
María Lucía Torres Villarreal	

<b>Introducción</b> .....	xiii
Rocío Araújo Oñate	

## PRIMERA PARTE

### DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE DEMOCRACIA REPRESENTATIVA, DEMOCRACIA PARTICIPATIVA Y SUS RETOS ACTUALES

#### LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA Y PARTICIPATIVA

Marco Gerardo Monroy Cabra

1. Concepto de democracia .....	3
2. La democracia directa .....	7
3. La democracia representativa .....	7
4. Teoría de la representación política .....	8
5. Teoría del órgano .....	9
6. Evolución de la teoría de la representación política .....	10
7. Democracia participativa .....	11
8. La democracia representativa y participativa es el sistema más adecuado en la actualidad .....	18
9. Relación entre la democracia y el derecho .....	20
10. La democracia como cultura .....	23
Conclusiones .....	25
Bibliografía .....	26



## TENDENCIAS ACTUALES DE LA DEMOCRACIA EN ALEMANIA Y EN EUROPA: REFLEXIONES FRENTE A COLOMBIA

Matthias Herdegen

1. Consagración del principio democrático en Alemania y en Colombia .....	29
2. Relevancia del contexto constitucional .....	30
3. Legitimación parlamentaria .....	31
4. Elementos plebiscitarios en Alemania y en Europa .....	31
5. Interrelación entre democracia y derechos subjetivos.....	32
6. Escrutinio formal.....	33
7. Contenido sustantivo del orden democrático.....	33
Conclusión .....	34

## SOBRE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA Y SUS FALACIAS

Allan R. Brewer-Carías

1. La democracia y los peligros del discurso autoritario .....	35
2. Sobre los elementos esenciales de la democracia y el control del ejercicio del poder .....	38
3. Sobre la democracia: la representación y la participación .....	41
4. La participación como esencia histórica de la democracia y como fenómeno de la vida local .....	43
Conclusiones .....	51
Bibliografía .....	52

## REFLEXIONES SOBRE EL CARÁCTER PARTICIPATIVO DE NUESTRA DEMOCRACIA

Cristina Pardo Schlesinger

Introducción .....	55
1. Las necesidades sociales que dan origen al carácter participativo de las democracias contemporáneas .....	56
2. Concepto de participación ciudadana .....	63
3. El <i>modus operandi</i> de la democracia participativa: los mecanismos de participación democrática.....	65

4. Fundamentos teóricos, alcances y desarrollo de la participación ciudadana en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana .....	72
5. Los riesgos de la participación .....	76
Conclusiones .....	79
Bibliografía .....	81

**SEGUNDA PARTE**

**LOS RETOS ACTUALES DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA ADMINISTRATIVA**

**DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA ADMINISTRATIVA**

Rocío Araújo Oñate

Introducción .....	85
1. Democracia participativa y participación ciudadana .....	86
2. Fundamentos constitucionales de la participación ciudadana administrativa .....	91
3. Elementos de la participación ciudadana .....	98
4. Clases de participación ciudadana administrativa .....	105
5. Responsabilidad de la administración pública en los procesos que permiten la participación ciudadana en lo administrativo ....	112
Conclusiones .....	114
Bibliografía .....	115

**COLABORACIÓN PRIVADA CONVENCIONAL: ¿MITO O REALIDAD?**

Manuel Alberto Restrepo Medina

Introducción .....	117
1. Régimen Jurídico de la colaboración privada convencional.....	119
2. Requisitos para el ejercicio de funciones administrativas por parte de particulares por el mecanismo convencional.....	121
3. Verificación del empleo de la habilitación por autorización legal y desarrollo administrativo.....	122
Conclusiones .....	123

**EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN Y LA CONSULTA PREVIA  
A PUEBLOS INDÍGENAS**

Gloria Amparo Rodríguez

Introducción .....	125
1. El derecho a la participación de los pueblos indígenas .....	126
2. Dimensiones de la participación indígena .....	129
3. Derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas .....	134
4. Principales problemas en relación con la participación y la consulta previa .....	148
Conclusiones .....	149
Bibliografía .....	150

**DEMOCRACIA Y ABSTENCIONISMO ELECTORAL**

Javier Andrés Flórez

Introducción .....	153
1. La participación política: una aproximación teórica.....	154
2. Abstencionismo y ausentismo .....	161
3. Colombia frente a sus pares latinoamericanos: una comparación jurídica y estadística .....	163
Conclusiones .....	172
Bibliografía .....	173

**TERCERA PARTE**

**EL PAPEL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO  
Y SOCIAL DE DERECHO**

**DEMOCRACIA, EL PAPEL DEL JUEZ, EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL  
Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO**

Luisa Fernanda García López

Introducción .....	179
1. El precedente constitucional.....	182
2. La constitucionalización del ordenamiento jurídico .....	187
Conclusiones .....	191
Bibliografía .....	192

<b>LOS AUTORES</b> .....	<b>195</b>
--------------------------	------------

# Presentación

María Lucía Torres Villarreal\*

En medio de un escenario político, social y económico en el cual la democracia, a juicio de muchos, pareciera desmoronarse, la Universidad del Rosario, en asocio con la fundación alemana Hanns Seidel, han unido esfuerzos para desarrollar diferentes proyectos y trabajos académicos que permitan reiterar los fines y principios de nuestra democracia, en ocasiones tan desgastada. Bajo el lema “Al servicio de la democracia, la paz y el desarrollo”, la Fundación Hanns Seidel ha venido desarrollando en el mundo y, en especial, en nuestro país, una importante labor de fortalecimiento de la democracia, sus bases y elementos.

Desde hace algunos años, la Universidad y la Fundación han planeado cómo, desde la academia, en los diferentes niveles de formación, se pueden desarrollar contenidos de gran relevancia para las instituciones, para el análisis jurídico y para la discusión política, contribuyendo así a la concientización de la importancia de la democracia como concepto, como sistema, como modelo y como forma de vida social y política. Pero más allá de eso, se han aunado esfuerzos a partir del interés común de educar en la democracia, de promover en las nuevas generaciones el estudio de esta, de sus fines y elementos, entendiendo su alcance e importancia.

En ese sentido, la pedagogía en la democracia se ha vuelto un elemento esencial alrededor del cual giran las iniciativas que se han venido desarrollando

---

\* Abogada de la Universidad del Rosario; Diplomada en Derecho Procesal, Constitucional y Administrativo; cursa estudios de Maestría en Derecho con énfasis en Derechos Humanos en la Universidad del Rosario. Se desempeña también como Profesora de Carrera Académica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, es integrante del Grupo de Investigación en Derechos Humanos de la misma Facultad, y Directora del Observatorio Legislativo de la Universidad del Rosario. Asimismo, es autora de varias publicaciones en asuntos constitucionales, legislativos y de participación política.

conjuntamente; es por ello que la publicación de las memorias del Seminario sobre Democracia y Participación Ciudadana, realizado en el año 2010 en la Universidad del Rosario, ha sido parte de ese trabajo mancomunado de la Fundación y la Universidad, pues significa plasmar en un texto académico ideas y propuestas de expertos en los temas que abordará la presente obra para, de esa manera, llevar a las manos de muchas personas los elementos que en nuestro país merecen una especial revisión.

Las reflexiones contenidas en este libro son precisamente eso: grandes razonamientos sobre asuntos que, en el contexto nacional e internacional, significan un aporte trascendental para la comprensión de la democracia y de la participación ciudadana como elemento esencial de esta, desde su triple concepción: como valor, derecho y principio. De la misma manera, dichas reflexiones son una contribución a la educación en la democracia, a la formación en sus valores y principios y a su consolidación y fortalecimiento.

Así las cosas, en medio de un escenario político coyuntural y particular, que lo convierte en un referente para la historia de nuestro país, esperamos continuar nuestra labor de desarrollar actividades que nos permitan, de un lado, trabajar conjuntamente con la Fundación Hanns Seidel para el logro de sus objetivos, los cuales son de especial connotación para un país como el nuestro y, de otro, formar a quienes el día de mañana defenderán los pilares de la democracia a partir de su participación como ciudadanos de un país en donde la participación en sí misma es un derecho fundamental y por ello amerita reflexiones y disertaciones que procuren su garantía y desarrollo por parte de los ciudadanos mismos, de las instituciones del Estado y de sus gobernantes.

# Introducción

Rocío Araújo Oñate\*

El libro *Retos de la democracia y participación ciudadana* es producto de un conjunto de reflexiones que surgieron tras percibir que, pese a la importancia que la Constitución concedió a la democracia y al principio, valor y derecho fundamental de participación ciudadana, existen problemas conceptuales, retos y perspectivas que han influido en su desarrollo, así como también en los mecanismos legales de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía y de la participación ciudadana en lo administrativo y en su proyección social.

Así, esta valiosa contribución académica indaga las razones que llevaron al constitucionalismo colombiano a reforzar la democracia representativa, adoptando adicionalmente el modelo participativo de la democracia, por lo cual se estudian las condiciones necesarias para su exitosa implementación y se reflexiona sobre las dificultades y riesgos de su puesta en marcha. Para ello, se hace una profunda revisión de las garantías democráticas que ofrece la Constitución y la ley a los ciudadanos tanto en el Derecho Comparado como en el Derecho colombiano.

En el espectro de esta investigación se analiza la conjunción de la democracia representativa y la democracia participativa y el significado en el modelo de Estado, sus principales retos y tendencias. En segundo lugar, se analiza la participación de los ciudadanos en lo administrativo como garantía

---

\* Abogada; Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario; Maestra de las Ciencias Administrativas (Speyer, Alemania); Maestra de las Ciencias Jurídicas (Heidelberg, Alemania); Diploma de Estudios Avanzados (dea) de la Universidad Alfonso X El Sabio (Villanueva de la Cañada, España). Se desempeña, como profesora titular de carrera de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario; es Directora de la Especialización en Derecho Administrativo, y Directora de la Línea de investigación en Régimen Económico y de la Hacienda Pública. rocio.araujo@urosario.edu.co

de eficacia en las decisiones administrativas y se delimita de otros conceptos aledaños, precisando las condiciones requeridas para su implementación, cuyo vértice principal es la vigencia del Estado de derecho. Teniendo en cuenta los derechos fundamentales de las personas que son el eje principal de la democracia y de la participación. En el último capítulo, se estudia el papel del juez constitucional en un Estado democrático y social de derecho.

Siguiendo estas grandes líneas temáticas, en el primer capítulo del libro consagrado a la delimitación conceptual de la democracia representativa, participativa y sus retos actuales, se hace un análisis doctrinario para situar los conceptos de democracia representativa y participativa. Luego, con fundamento en la doctrina más avezada sobre el tema, se hace referencia a las distintas clases de democracia. En este sentido, se realiza un análisis del concepto de democracia representativa en sus diversas concepciones. También, se estudia la democracia directa y semidirecta, así como los mecanismos de participación política del pueblo en ejercicio de su soberanía, teniendo presentes las disposiciones que en este sentido aparecen en la Constitución Política de 1991, así como la interpretación que la Corte Constitucional ha efectuado frente al tema.

Se establecen además los aspectos más relevantes a través de los cuales se deduce la importancia actual de la democracia en el Estado-Nación en el ámbito internacional, lo cual permite identificar una relación inseparable entre la democracia y el derecho, porque los ciudadanos no producen las disposiciones jurídicas, sino que eligen a quienes están autorizados para producirlas.

Por lo cual, en el Estado social de derecho la fuente principal de Derecho es la Constitución, seguida por la ley, aunque esta no tenga la misma fuerza que tenía en el Estado liberal de Derecho.

Dentro de este marco conceptual, también se define que la democracia es cultura, es estilo de vida, caracterizado por el diálogo, la información, la comunicación, la fraternidad de los ciudadanos con la organización política. Es un lenguaje y un conjunto de actitudes, convicciones, creencias, tolerancias, responsabilidades y concepciones de la ciudadanía, de su civismo y solidaridad que penetra en el espectro de lo público y de lo privado.

Sobre la base de la reflexión de los primordiales principios constitucionales que caracterizan el Estado democrático, se infieren en el segundo capítulo de esta primera parte, las tendencias actuales de la democracia en Alemania y en general en Europa, cuya radiografía sirvió para avizorar algunos elemen-

tos que constituyen un verdadero reto en Colombia. Con ello, se pudieron identificar algunos condicionamientos a los cuales se encuentra sometida la democracia, que para algunos constituye la mejor forma de gobierno, como pensó Aristóteles en su libro *La política*, porque debe proporcionar una administración efectiva que garantice la dignidad humana y los derechos subjetivos y, a su turno, el derecho correlativo del pueblo a participar en la conducción política de la sociedad, con lo cual no se reduce a la mera participación en las elecciones.

Frente al principio de la soberanía popular del que se deduce el derecho a la autodeterminación del pueblo, se opone la indebida intervención de los Gobiernos extranjeros en los asuntos internos de un Estado. En contraste con la legitimación periódica de los poderes Legislativo y Ejecutivo, la democracia se enfrenta al desafío de poder mantener un sistema de pesos y contrapesos, evitando la preeminencia de alguno de ellos. También encontramos un grado de dificultad en el cumplimiento de los estándares internacionales que cualifican la democracia de los Estados que hacen parte de un tratado internacional. En este conjunto de tendencias encontramos igualmente la variación de las reglas democráticas con miras a prolongar los períodos del Ejecutivo o a permitir la reelección del elegido. A su turno, encontramos situaciones que se refieren a la interrupción de un Gobierno elegido democráticamente.

Los contrastes mencionados se presentan dentro de una perspectiva constitucional, donde para un profundo análisis importa el ejercicio real del derecho a la igualdad y a la libertad, así como el reconocimiento y garantía efectiva de los derechos fundamentales en general y, en específico, los que tienen una relación directa con la democracia, aspectos que confluyen para asegurar el pluralismo político y la inclusión de las personas en la organización política y social, base fundamental de la democracia. En este escenario reviste especial importancia el papel que desempeña tanto la jurisdicción constitucional como la contencioso-administrativa.

Existe una relación inseparable entre el Estado de derecho y la democracia como forma de gobierno, donde las reglas que rigen el procedimiento democrático representan el valor más alto, capaz de sostener y robustecer las prácticas democráticas.

También se relacionan los retos que vive hoy la democracia, no solamente la distribución de funciones sino la cadena de legitimación democrática que comienza por la adopción de las principales decisiones que importan al



Estado por parte del Congreso y se expande desde el elegido popularmente hasta el nominado por este, pasando por la provisión de cargos a través de la selección por méritos. Ello supone un análisis del contexto real en el que se desarrollan las instituciones, cuyo trasfondo en todo caso debe ser el adecuado y proporcionado control. La gestión y el control se complementan cuando la legislación, con miras a ampliar las formas de legitimidad democráticas, permite que los ciudadanos autónomos ejerzan funciones administrativas, concierten, deliberen, controlen e inspeccionen la gestión pública.

Otro aspecto relevante en el análisis es el referido a las nuevas formas de participación de la democracia, donde la pregunta central, dadas las diversas situaciones de exclusión o falta de acceso, es: ¿qué tan preparado y maduro está el pueblo para participar de los procesos de adopción de las principales decisiones políticas tendientes, por ejemplo, a reformar la Constitución Política o a disponer de iniciativas legislativas o a participar de consultas populares, sin que se corra el riesgo de caer en populismo, demagogia o incluso manipulación de alguna élite del Estado?

De las deficiencias y limitaciones que presenta la práctica de la democracia representativa, que ha implicado una falta de inclusión del ciudadano y por tanto una enorme distancia entre los gobernantes y los gobernados, se ha generado una disminución en el potencial del pluralismo político y se ha propuesto la democracia participativa. Dicha democracia en la práctica ha llegado a confundirse con la democracia directa y en otras ocasiones con movilización popular; por ello surge el reto de delimitar conceptualmente estas formas, pues la confusión puede conllevar a prácticas autoritarias y de buscar alternativas que permitan armonizar la democracia participativa con la democracia representativa, cuyo escenario propicio está constituido por la descentralización administrativa territorial y los elementos del buen gobierno local, del que se derivan formas de control social.

Se infiere pues una diferencia entre la democracia formal y la democracia real que surge de las disposiciones constitucionales y legales que reviste a los procesos electorales de las reglas y principios que rigen las prácticas democráticas. La democracia real implica el contexto real donde se practica la “democracia” y que se extiende no solo al proceso electoral, sino a un conjunto de actuaciones de participación ciudadana tanto en lo político como en lo administrativo; o, lo que es lo mismo, la democracia representativa que no

asegure la efectiva participación, es deficiente; pero la democracia participativa que no asegura la representación es inexistente.

En la contribución titulada “Sobre la democracia participativa y sus falacias”, se precisa que la representación se contrapone a la democracia directa. De ahí que surja una dicotomía referida a la forma de ejercicio de la democracia, esto es la democracia indirecta o representativa y la democracia directa o asamblearia, mientras que la participación se opone no a la representación sino a la exclusión y, por tanto, la dicotomía en este caso está entre democracia de inclusión o participativa y democracia de exclusión o exclusionista.

Con estos elementos se puede precisar que el ejercicio de la participación es posible en las localidades pequeñas, donde realmente se puede acercar el poder al ciudadano a través de una organización participativa que permita la inclusión del individuo y de los distintos grupos o comunidades en la vida pública y, particularmente, en la toma de decisiones públicas, generales y administrativas. Ello explica que no existen autoritarismos descentralizados.

Con todos los aspectos anteriores, en el último apartado de este capítulo se reflexiona sobre el carácter participativo de nuestra democracia y por ello se profundiza en sus elementos característicos. También esta contribución académica analiza las causas por las que la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 adoptó la decisión de trascender la democracia representativa para instaurar un marco participativo en la Constitución Política, con la pretensión de solucionar la crisis de representatividad y de legitimidad que vivía la democracia en la Colombia de entonces. Por ello, se encontró que la justificación del reforzamiento del modelo democrático se basó en la necesidad de acercar al ciudadano a lo público sobre la base de considerar el modelo de Estado: democrático y social de Derecho, fundado en el principio de solidaridad, trascendiendo el “Estado de bienestar”, la lucha por satisfacer todas las necesidades básicas insatisfechas de la población colombiana, la pérdida de legitimidad del poder y el fenómeno de la recentralización política y administrativa, como consecuencia del necesario manejo y planificación a nivel nacional de las políticas macroeconómicas, las de seguridad nacional, las de seguridad social, las relaciones internacionales, etc.

También un cambio cualitativo en la visión de la democracia, basado en el reconocimiento del pluralismo político, influyó para que la Constitución de 1991 abriera espacios participativos que entrañaran la inclusión de todos aquellos que no tenían cabida en la sociedad, por razones económicas, cultu-

rales, políticas, sociales o religiosas. Así se creó un medio para superar el clientelismo y la corrupción que se había generado como consecuencia del Frente Nacional, con el fin de comprender no solo todos los procesos de adopción de decisiones que afectan a los ciudadanos, sino también el ejercicio de función administrativa por parte de las personas de derecho privado, el control y la vigilancia de la gestión pública.

En la segunda parte del libro, consagrado a los retos actuales de la participación ciudadana administrativa, en la delimitación conceptual de esta forma participativa, luego de analizar las causas que influyeron en la combinación del modelo de democracia representativa y de democracia participativa, se define el concepto de participación ciudadana administrativa como un valor, un principio y un derecho constitucional, y se analizan los distintos mecanismos de participación del pueblo en el ejercicio de su soberanía, tras el estudio de los fundamentos teóricos, así como sus alcances y límites, interpretados por la Corte Constitucional.

Lo anterior tiene que ver con cómo, a partir de las características de la democracia participativa, de la participación ciudadana administrativa y de la colaboración privada con la administración pública, se pueden establecer los elementos que inciden en la participación ciudadana propiamente administrativa.

A partir de estos elementos conceptuales se delimitan las principales relaciones y diferencias específicas que se deducen de los mecanismos de participación del pueblo en el ejercicio de su soberanía y la participación ciudadana administrativa, formas democráticas adoptadas por la Constitución de 1991 y que inciden en la calidad de la democracia del Estado y en los procesos de deliberación, concertación, control y evaluación de la gestión administrativa.

La contribución es importante porque proporciona claridad conceptual frente a cada una de las instituciones, y permitirá en el futuro adecuados desarrollos de estos temas tanto legislativos, como doctrinarios y jurisprudenciales, para entonces proceder al fomento decidido de la participación ciudadana en la gestión pública, deuda pendiente aún con la Constitución Política. Esta claridad conceptual debe engendrar un análisis pormenorizado sobre las consecuencias de la participación ciudadana en lo administrativo y las diferencias específicas que se deducen a su turno de las consecuencias que produce la utilización de los mecanismos de la democracia participativa, aspectos que se enuncian en la contribución.

Ahondando en las distintas formas de colaboración privada con la administración, en el apartado dedicado a la colaboración privada convencional, se especifican las distintas formas de habilitación legal para el ejercicio de funciones administrativas por parte de particulares.

Una forma de habilitación es la autorización constitucional con desarrollo legal, en cuya virtud, desde el propio texto constitucional, se asigna a los particulares el ejercicio de la función, incluso de manera exclusiva, como acontece con la función notarial cuyo régimen de ejercicio luego es precisado por la ley.

Una segunda forma de habilitación es la autorización legal con desarrollo también legal, en cuya virtud es la ley la que establece el ejercicio de la función en cabeza de los particulares, y la misma ley fija el régimen de su ejercicio, como acontece con los curadores urbanos o con ciertas funciones administrativas asignadas a las cámaras de comercio.

La tercera modalidad a la que se consagra el estudio es la habilitación por autorización legal con desarrollo administrativo, consistente en que la ley autoriza de manera general a las entidades públicas titulares de las mismas para que sean ellas las que discrecionalmente decidan si las trasladan a los particulares, cumpliendo con los requisitos y las condiciones fijados por la misma ley y precisados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Luego de establecer el régimen jurídico de esta forma, se detallan los resultados de una investigación de campo que arroja como resultado la poca utilización de esta figura y se establecen las posibles causas de la falta de realidad práctica de esta forma de intervención ciudadana.

Otra faceta de la participación ciudadana en lo administrativo es la que se refiere al derecho a la participación y la consulta previa a los pueblos indígenas, que aparece en el aporte académico titulado “El derecho a la participación y la consulta previa a los pueblos indígenas”. Este tema estudia la visión y los principales mecanismos de participación con los que cuentan los pueblos indígenas, los cuales han sido establecidos por la normatividad colombiana y algunos de ellos fueron creados después de las ingentes luchas de los pueblos indígenas por defender sus territorios y derechos.

Luego de la conceptualización de la participación de los pueblos indígenas, se advierte que la participación puede ser individual o colectiva, pero tradicionalmente los pueblos indígenas, de acuerdo con sus usos y costumbres, han promovido procesos que involucran a toda la colectividad. No obstante, según ellos mismos, “la participación debe ser voluntaria y por eso ningún

comunero puede ser obligado en contra de su voluntad a participar de actos o reuniones a los cuales no desee asistir”.

El estudio analiza los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional, en los cuales se ha garantizado el derecho fundamental a la participación, a la consulta previa y al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas. Además, la Corte ha recabado en el hecho de que la participación indígena debe ser real y efectiva en relación con los asuntos que afectan a las comunidades, particularmente respecto a la explotación de recursos naturales yacientes en sus territorios. Asimismo, ha establecido que los mecanismos de participación no pueden limitarse a cumplir una simple función informativa; y que dichos mecanismos, particularmente el derecho de consulta previa, deben desarrollarse de buena fe, de manera apropiada a las circunstancias y con miras a alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento de las comunidades indígenas acerca de las medidas legislativas propuestas.

Otro de los aportes académicos que se encuentran en el capítulo se refiere a la relación existente entre la democracia y el abstencionismo electoral, aspecto contrario al de la participación política, entendida como una forma de interacción entre los miembros de una comunidad política, con el fin de lograr el bien común a partir de la integración del individuo a la comunidad política.

Para un cabal entendimiento del fenómeno del abstencionismo, se define la participación política, se establecen sus elementos y se diferencia de la participación electoral. Frente a este tema, el texto reflexiona sobre las visiones intrínsecas y extrínsecas de la participación electoral hasta llegar a las concepciones liberal y republicana que nutren este concepto. A partir de estos elementos se analiza el fenómeno del abstencionismo electoral, tratando el contexto jurídico y estadístico en Colombia y se compara con otros países de la región.

Finalmente, en el capítulo referido al papel del juez constitucional en un Estado democrático y social de derecho se hace la diferenciación entre el modelo clásico de separación de funciones del Estado y el del balanceo de poderes, para poder verificar los principales cambios que ha experimentado el primer modelo y cómo se han adaptado algunos de los elementos del segundo modelo que han logrado transformar el papel del juez en el Estado social de derecho.

En el modelo clásico de la separación de funciones, el poder político está incluido en el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, pero nunca en el

Poder Jurisdiccional, se establece que la única función de la jurisdicción es la de verificar si las leyes fueron o no violadas, sobre la base de que ni el Poder Ejecutivo ni el Jurisdiccional tienen poderes normativos con fuerza de ley, porque se provocaría una confusión de poderes. Por ello este sistema partió de la base de que los precedentes judiciales no son obligatorios y las decisiones jurisdiccionales tienen solamente efectos interpartes, a diferencia de lo que sucede en los sistemas de *Common Law*.

En el modelo de separación de funciones los jueces no pueden rechazar la aplicación de la ley, no pueden controlar la conformidad de la ley con respecto de la Constitución; en otras palabras, la separación de poderes es incompatible con la garantía jurisdiccional de la Constitución, la cual supone una Constitución rígida.

Por el contrario, en el modelo de balanceo de poderes las leyes se someten al control jurisdiccional de constitucionalidad, de suerte que según el caso todo juez (si se trata de un control difuso) o un solo juez especializado (control concentrado), puede rechazar la aplicación de la ley inconstitucional (control difuso), impedir la promulgación (control centralizado preventivo) o anularla (control centralizado posterior).

Luego de la presentación de los dos modelos se llega a la conclusión de que estamos en presencia de una nueva versión del derecho constitucional, en la cual el juez no es un actor pasivo, pues crea derecho por la vía del precedente.

En efecto, el sistema colombiano, sin ser un sistema de *Common Law*, contempla la aplicación del precedente constitucional en la medida en que la Constitución de 1991 reconoció un papel decisivo al juez constitucional y, con ello, el mismo juez ha venido consolidando su situación, erigiéndose como el juez “Hércules”, aquel que determina los lineamientos del ordenamiento jurídico, hasta darle un carácter predominante a sus decisiones. Relegando así, tanto al legislador como a la ley.

Por ello, esta contribución académica se consagra a analizar el alcance del precedente constitucional, las consecuencias que tiene para la democracia del Estado colombiano el activismo judicial de la Corte Constitucional y responde a la siguiente pregunta: ¿Estamos transformando nuestro esquema de separación de poderes?

Con la delimitación de los conceptos y la presentación de algunos de los temas que mayores discusiones han presentado, la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y la Fundación Hanns

Seidel, seguirán ahondando en el análisis y en la reflexión constructiva de algunos otros temas que hagan posible vislumbrar los elementos que permitan profundizar la democracia en Colombia.

Bogotá, noviembre de 2011

Primera parte

**Delimitación del concepto de democracia  
representativa, democracia participativa  
y sus retos actuales**





# La democracia representativa y participativa

Marco Gerardo Monroy Cabra\*

## 1. Concepto de democracia

La palabra democracia significa, literalmente, poder (*kratos*) del pueblo (*de-mos*). Esta definición etimológica explica únicamente su nombre.

Se han dado varias definiciones de democracia. La más conocida es la del presidente Lincoln en su discurso de Getisburg, cuando dijo: “La democracia es el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”.

La democracia es, según el pensador italiano Bobbio, “el poder en público” (2003, 418). Es la forma de gobierno que se desarrolla con plena transparencia, de tal modo que los ciudadanos puedan saber cómo, dónde y por qué se toma cada decisión política.

El término democracia indica una forma de Estado y de gobierno, con lo cual se hace referencia a la democracia política. Pero también se distingue de la democracia social que hace referencia a la igualdad social y democracia económica y que, a su vez, hace énfasis en la igualdad económica que implica una redistribución conducente a un bienestar generalizado (Sartori, 1994, 7).

La democracia, según Jorge Carpizo (2009, 10), “presupone un orden jurídico, una Constitución y un Estado de derecho que garanticen las libertades y los derechos fundamentales de las personas”. Define la democracia como:

El sistema en el cual los gobernantes son electos periódicamente por los electores; el poder se encuentra distribuido entre varios órganos con competencias propias y con equilibrios y controles entre ellos, así como

---

\* Ex Presidente de la Corte Constitucional; Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

responsabilidades señaladas en la Constitución con el objeto de asegurar los derechos fundamentales que la propia Constitución reconoce directa o indirectamente.

Al analizar las democracias en América Latina Carpizo propone cinco clases: una de carácter formal, que consiste en la celebración de elecciones libres, objetivas, equitativas y periódicas; tres de carácter material como son el respeto y la protección de los derechos humanos, primordialmente de los de carácter civil y político, el papel que juega la oposición, y la desconcentración del poder y el equilibrio entre los órganos. Y una última clase de carácter social que se refiere a la calidad de vida de los habitantes, tomando en cuenta factores como la alimentación, educación, protección a la salud, trabajo, vivienda y esparcimiento.

Bobbio propone, basado en Kelsen y Ross, las siguientes reglas de juego democrático que pueden reducirse a las cinco siguientes:

1. Todos los ciudadanos mayores de edad, sea cual sea su raza, género, religión, nivel de renta, etc., tienen derecho a participar, en condiciones de igualdad, en los procesos de toma de decisiones políticas de su comunidad o a elegir representantes que lo hagan en su nombre.
2. La decisión de cada ciudadano, plasmada en su voto, tiene el mismo valor o peso que la de cualquier otro. Es lo que expresa el viejo lema democrático: “un hombre, un voto”.
3. Los ciudadanos deben gozar de libertad, no solo para opinar y decidir, votando por la opción que consideren más conveniente, sino también para formarse su opinión al respecto, en el marco de una discusión o deliberación abierta entre individuos o grupos organizados, como los partidos políticos. Lógicamente, no habría libertad real de voto si los votantes no pudieran escoger entre diversas opciones, candidatos o partidos. No puede haber democracia sin pluralismo político.
4. Las decisiones políticas y la elección de representantes se adoptan o realizan por la mayoría numérica de votos. Es lo que exige el llamado principio de la mayoría, un recurso necesario, teniendo en cuenta que la unanimidad, que sería la forma ideal de adoptar

la decisión democrática raramente se consigue en la vida política. La mayoría requerida puede ser diferente en cada caso según la importancia de la decisión de que se trate de adoptar. Puede requerirse mayoría simple o relativa, absoluta, cualificada, etc.

5. Ninguna decisión adoptada por mayoría puede vulnerar el derecho de la minoría a convertirse algún día, en condiciones de igualdad, en mayoría.

Estas reglas delimitan el mínimo formal de la democracia.

Jesús Vallejo Mejía (2000, 173) explica que hay varias concepciones sobre democracia: “La democracia como régimen en que el pueblo elige sus gobernantes; la democracia como régimen en que los gobernantes actúan de acuerdo con el querer de los gobernados; y la democracia como régimen en que los gobernantes actúan de acuerdo con las necesidades del pueblo”.

La democracia puede ser considerada como forma política de elección de los gobernantes, como gobierno popular en contraposición del gobierno aristocrático y monárquico.

Loewenstein (1979, 95 y ss.) acepta la existencia histórica de solo dos sistemas políticos: el constitucionalismo y la autocracia. Al primero le corresponde –según este autor– un único tipo de gobierno sustancial (la democracia constitucional), pero esta admite cinco variantes instrumentales (o estructuras formales) distintas: la democracia directa, el gobierno de asamblea, el parlamentarismo, el gobierno de gabinete, el presidencialismo y el gobierno directorial. Estas diferentes formas de gobierno tienen en común la identidad o afinidad de las ideologías que las sustentan.

La tipología de Loewenstein marca una diferencia entre la democracia directa o ejercicio directo e inmediato de las funciones de gobierno y control del Estado por parte del conjunto de ciudadanos. En las restantes formas, las funciones se confían solo a algunos de ellos.

Vedel considera que la democracia es un sistema de diálogos, ya que se parte de que, si bien existen diferentes posturas políticas en una sociedad, las diferencias no son tales que impidan la posibilidad de acuerdo (Vedel, citado en Merino, 1995, 52 y ss.). Este autor francés establece como básicos los diálogos existentes entre: el poder constituyente y poderes constituidos (este diálogo entre la obra constitucional y la labor legislativa permite la adaptación de la voluntad constituyente al devenir político cambiante); el Parlamento y el Eje-

cutivo (es el diálogo entre Asambleas y Gobierno); el diálogo entre la mayoría y la minoría; el diálogo entre el Estado aparato con los grupos intermedios; y el diálogo entre gobernantes y gobernados.

Hay varias formas como se ha considerado la democracia. Entre otras, la democracia puede ser considerada como sistema que vincula la opinión del pueblo soberano con la acción de gobierno, la democracia como sistema multipartidista, la democracia como sistema de reparto de poder, la democracia como igualdad participativa en la toma de decisiones políticas, y la democracia como mayoría limitada por los derechos de la minoría.

Teniendo en consideración los anteriores conceptos, José Fernando Merino Merchán y otros autores (Merino Merchán, Pérez-Ugena y Vera, 1995, 55) definen la democracia como el “régimen político en el que el pueblo participa tanto en la organización como en el ejercicio del poder político y en el que los derechos y libertades de los ciudadanos son reconocidos y protegidos, entre otras razones, porque existe un diálogo permanente entre gobernantes y gobernados”.

Estos autores señalan como elementos esenciales de la democracia los siguientes:

1. Soberanía popular.
2. Participación: Esta puede ser directa o mediante la elección de representantes. El enfrentamiento entre democracia representativa y democracia directa se encuentra superado a partir del convencimiento de la inviabilidad de la segunda, si bien se permiten mecanismos de participación ciudadana.
3. Consenso.
4. Pluralismo político e ideológico.
5. Principio mayoritario para la toma de decisiones.
6. Respeto de las minorías.
7. Principio de reversibilidad del acto democrático.
8. División de Poderes.
9. Publicidad de sus actuaciones.
10. Primacía del derecho.

## 2. La democracia directa

La democracia directa es, según Merino, Ugena y Vera (1995), el modelo de gobierno en el cual el pueblo se reúne en asambleas o en comisiones para tomar las decisiones políticas. Estos autores afirman que un gobierno de este tipo:

Solo podía encajar en un orden social relativamente sencillo y asentado en un territorio pequeño. El ejemplo más famoso de democracia directa lo constituyen las ciudades-Estado griegas, donde dicha forma política estuvo operando durante un período no menor de dos siglos; su posibilidad de funcionamiento dependió de la existencia de una clase social que tenía tiempo para dedicarse a la política por poseer una economía no tecnológica basada en la esclavitud. (...)

El fracaso de la experiencia griega con la democracia directa ha servido para no alentar intentos posteriores. Pese a tener unas condiciones socioeconómicas semejantes, la primitiva República romana supo evitar dicho tipo gubernamental. Por otra parte, las ciudades-Estado limitadas territorialmente a la Italia medioeval y a Europa Occidental se constituyeron como oligarquías. Allí donde aparecieron las corrientes democráticas, no fueron suficientemente fuertes para convencer a la clase dominante de la capacidad de la masa de destinatarios del poder para participar del proceso político. La democracia directa surgió en el siglo XIII en ciertos cantones y comunidades de campesinos en Suiza, pero después fue sustituida casi totalmente por instituciones representativas. En aquellas localidades donde las instituciones de la democracia directa se han mantenido, deben ser consideradas más como piezas de museo que como una técnica eficaz de gobierno. (1995, 55)

Estos autores afirman que ciertos rasgos de democracia directa, o semidirecta o semirepresentativa han surgido en la época actual con figuras como el plebiscito, la destitución popular (*recall*), el referéndum y la iniciativa popular.

## 3. La democracia representativa

Como lo expresa Loewenstein (1979), “los representantes –cualquiera que sea la índole de su investidura– reciben por adelantado el encargo y la autori-

zación de actuar conjuntamente en nombre de sus representados y de ligarles por sus decisiones colectivas”.

Eduardo R. Graña y César Álvarez (2008, 186) citan a Max Weber (1981, 235 y ss.), quien entiende por representación la situación objetiva en virtud de la cual la acción de determinados miembros se imputa al conjunto, que la admite como legítima y obligatoria y así sucede en la práctica.

Sobre esta base, Weber elabora una tipología de las distintas clases de representación: apropiada, estamental, vinculada y libre de intereses.

La representación apropiada se configura cuando un dirigente es el dueño del derecho de personificar a la comunidad.

La representación estamental se presenta cuando se afecta a quienes se encuentran en una misma posición social, es decir, a los que gozan de similares derechos o privilegios estamentales o, incluso, a los súbditos que no gozan de ninguno de ellos. El caso más típico de este tipo de representación son las cortes feudales y asambleas estamentales de grupos privilegiados de la nobleza y el clero de fines de la Edad Media y principios de la Edad Moderna.

En la representación vinculada, los representantes son designados (por turno, por sorteo o por otros medios) y sus facultades están limitadas por un mandato imperativo. En consecuencia, sus representados tienen el derecho de revocar la designación y, en cualquier caso, lo actuado por el representante requiere de su expreso asentimiento para ser válido.

En la representación libre, el representante, por regla general “elegido”, no está ligado a instrucción alguna. Es la forma de las modernas representaciones parlamentarias, labor en la que predominan las tareas objetivadas e impersonales y la vinculación a normas abstractas de naturaleza política o ética.

La representación de intereses se refiere a un tipo de corporaciones representativas que comparten una misma situación profesional, estamental o de clase o tienen una representación profesional.

#### **4. Teoría de la representación política**

Cuando aparece la creencia en que el pueblo –y no el monarca– es el titular de la soberanía, se va abriendo campo el concepto de representación política, tal como se entiende en la actualidad.

J.J. Rousseau consideraba que la soberanía residía en los ciudadanos y que a cada uno de ellos le correspondía una porción igual que a los restantes.

Por su parte, Emmanuel-Joseph Sieyès parte de un dogma distinto: la soberanía reside en la Nación. En este sentido, la Constitución francesa de 1791 dice: “Los representantes nombrados en los departamentos no serán representantes de un departamento en particular, sino de la Nación entera”.

Eduardo R. Graña y César Álvarez (2008, 202) expresan que:

En la mayoría de sus primeras formulaciones, con la excepción de Rousseau, la idea de la representación apareció contrapuesta a la idea de la democracia directa, en la medida en que el sistema representativo fue concebido como una posición intermedia entre ésta y el absolutismo. En tal sentido, la mayoría de los autores coincide en que surgió como un intento de proteger a la burguesía, simultáneamente, del absolutismo del monarca y de la tiranía de las mayorías.

De las concepciones de Rousseau, quien cree en la capacidad del pueblo, y de Montesquieu, que descrea de ella, surgen dos maneras de ver la representación: la representación se justifica solo por la imposibilidad práctica del gobierno popular directo, pero debe ser ratificada y controlada permanente, o alternativamente, la representación debe ser libre y abierta para permitir una buena conducción de los negocios del Estado.

## 5. Teoría del órgano

La teoría del órgano (*Gierke*), según Eduardo R. Graña y César Álvarez (2008, 203-204), “intentó reemplazar la idea de la representación porque no concebía otra vinculación entre representado y representante que la que se formalizaba en el acto de la elección: aunque reconocía la existencia de alguna suerte de identificación entre ambos, a partir de la pertenencia a la colectividad de las personas que integran los órganos del Estado”.

Estos autores anotan que esta teoría fue reelaborada en Alemania por Jellinek, autor para el que existen dos tipos de órganos en los sistemas políticos representativos: el pueblo –que, como órgano primario, elige– y los representantes, que constituyen un órgano secundario. Por lo tanto, concluye que el sistema electoral juega un papel importante y es el fundamento de toda la organización política en una democracia representativa.



## 6. Evolución de la teoría de la representación política

La concepción originaria de la representación se transformó por la aparición de los partidos políticos y la extensión universal del sufragio. Esto implicó repensar el concepto de democracia representativa en función de los nuevos actores y como síntesis de los valores de representación y participación.

El tratadista García Pelayo (1951, 159-160) compara el concepto de representación con los de delegación y mandato, y afirma que dicha analogía es incorrecta porque se trata de explicar una cuestión jurídico-política. Dice que la representación política se diferencia de ambos conceptos en que su esencia no consiste en una actuación a nombre de otro sino en dar presencia a un ser que no actúa por sí mismo. Además, la delegación como el mandato son revocables, mientras que la representación política, no lo es necesariamente. La delegación como el mandato requiere de la legalidad, mientras la representación se funda en la idea de legitimidad.

Dice García Pelayo (1951): “Los titulares del poder público son legítimos en cuanto representantes del pueblo y su poder es legítimo en tanto se mantenga y actúe con arreglo y dentro de los límites de tal representación”.

Para Schmitt (1970, 242) la representación no es un fenómeno jurídico sino un fenómeno existencial. Ubica la representación política en una posición intermedia entre los conceptos absolutos de representación e identidad que se configuran en la monarquía absoluta y en la democracia directa.

Bobbio (1989, 164) afirma que la representación política se basa en que el poder que el representante obtiene de sus representados es solo para producir actos de gobierno en beneficio del interés común.

Sartori (1962, 197 y ss.) distingue en la representación dos aspectos: la representación como “representatividad” y “representación” como responsabilidad. La representación política superó la etapa entre los individuos y sus representantes pero luego se presentó la mediación de los partidos políticos.

Las características esenciales de la representación política son las siguientes, según lo resume el autor Javier Pérez Royo (2000, 642):

1. La institución representativa por excelencia, el Parlamento se convierte no solo en un órgano permanente de la organización constitucional del Estado, sino además en el órgano central del que directa o indirectamente dependen todos los demás.

2. La representación política es el mecanismo de legitimación del poder.
3. La representación es una representación de individuos, de ciudadanos.
4. La representación política no representa a los ciudadanos en ningún caso y por ninguna razón en el plano de las relaciones jurídicas con los otros sujetos, sino que los representa al nivel de las relaciones jurídicas generales, en relación con el ente político no tienen ninguna eficacia directa, ni positiva ni negativa, en la esfera jurídica de los representados.
5. Justamente por esto, la elección del parlamentario es irrevocable hasta la finalización del mandato.
6. El parlamentario tiene que rendir cuentas de su gestión, pero tiene que rendir cuentas políticamente, esto es, de forma general sin precisiones contables de ningún tipo.

## 7. Democracia participativa

Actualmente se observa un acercamiento de la distancia entre una forma de democracia representativa, absolutamente delegativa y la democracia directa que es lo que se puede denominar democracia participativa. Es una forma de democracia semidirecta que surge con la aparición de nuevos mecanismos de participación en los cuales el pueblo adquiere protagonismo como el plebiscito, la consulta, el referéndum, el cabildo abierto, la iniciativa legal y otros modos de participación.

Giovanni Sartori (1994, 74) dice que participación “es tomar parte personalmente, un tomar parte activo que verdaderamente sea mío, decidido y buscado libremente por mí. Así, no es un ‘formar parte inerte’ ni un ‘estar obligado a formar parte’. Participación es ponerse en movimiento por sí mismo, no ser puesto en movimiento por otros (movilización)”.

La Constitución Política de 1991 en su “Preámbulo” dice que:

[El pueblo de Colombia] en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz,

dentro de un marco jurídico, democrático y participativo, que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente Constitución Política de Colombia.

Este “Preámbulo” consagra los sistemas de democracia representativa y participativa en forma compatible. Esto mismo se repite en el artículo 1 que dice que “Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

El artículo 3 dice que la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece.

Esto significa que la Constitución de 1991 consagra la democracia representativa y participativa, es decir, un sistema que implica no solo la representación política sino la existencia de mecanismos de participación del pueblo en el ejercicio de su soberanía, así como de mecanismos de participación ciudadana.

Por lo tanto, el artículo 3 de la Constitución establece el principio de participación o principio democrático. Acerca del principio democrático la Corte Constitucional al estudiar la Ley 130 de 1994 manifestó:

El principio democrático que la Carta prohija es a la vez universal y expansivo. Se dice que es universal en la medida en que compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder social. El principio democrático es expansivo pues su dinámica lejos de ignorar el conflicto social, lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-551 del 9 de julio de 2003 en la cual revisó la constitucionalidad de la Ley 796 de 2003 “por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional”, expresó que:

La Constitución busca entonces “democratizar la democracia”, estableciendo una democracia participativa que articula las formas representativas con los mecanismos propios de la democracia directa. Este punto ya ha sido destacado por esta Corte en los siguientes términos: “Las sociedades modernas buscan actualmente los mejores medios para transitar hacia un modelo de organización política en el que la democracia formal se vuelva más real, la democracia política se extienda a la sociedad y la democracia representativa se complemente con mecanismos de democracia directa. Se pretende pues, la complementación de dos modelos –democracia representativa y directa–, aprovechando las virtudes del sistema representativo e incorporando las ventajas de la participación ciudadana, todo lo cual estructura la base del esquema de “democracia participativa”.

La Corte Constitucional ha expresado, en relación con la democracia representativa y la participativa, lo siguiente:

Con la Constitución de 1991 se inició constitucionalmente el tránsito de la democracia representativa a la participativa. Esta nueva concepción de nuestra democracia implica un cambio trascendental del sistema político, cuya primera y más clara manifestación se encuentra en la manera como se comprende al ciudadano como tal. En la democracia representativa liberal clásica, se tenía una visión del ciudadano según la cual se limitaba a elegir a quienes sí tenían el conocimiento y las capacidades suficientes para hacerse cargo de los asuntos del Estado.

En la democracia participativa, hay una concepción por completo contraria a la que expresa Montesquieu acerca del ciudadano y de su papel en la vida pública. En este sistema, en lugar de desconfiarse del ciudadano éste goza de plena confianza, lo cual se manifiesta en

el derecho que se le otorga de participar en los procesos decisorios públicos que habrán de afectarlo, pues se entiende que es el ciudadano quien en realidad sabe cuáles son sus necesidades y, en esa medida, cuáles las prioridades en la distribución de recursos escasos y además, tiene mayor interés en obtener los resultados perseguidos.<sup>1</sup>

En Colombia coexiste la democracia representativa y la democracia participativa. Se ha dicho que con la democracia participativa se amplían los espacios democráticos para darle a los asociados la oportunidad no solo de elegir a sus mandatarios, sino también la de participar más directa y frecuentemente en las actividades políticas y en la toma de decisiones que afecten a la comunidad.<sup>2</sup>

La participación y el principio democrático están presentes en distintos artículos de la Constitución. Ya citamos el “Preámbulo” y los artículos 1, 2 y 3. El artículo 40 consagra la participación como derecho fundamental:

Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: 1. Elegir y ser elegido. 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática. 3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas. 4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley. 5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas. 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley. 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse. Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la administración pública.

---

<sup>1</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 2001, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda.

<sup>2</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-089 A de 1994, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

En el artículo 48 se dice que: “El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley”.

El artículo 49 dice que: “Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad”.

El artículo 68 dice que: “La comunidad educativa participará en la dirección de las instituciones de educación”.

El artículo 78 dice que: “El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen”.

El artículo 103, que se refiere a las distintas formas de participación ciudadana, dice que:

Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará.

El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan.

La Constitución prevé la participación electoral a nivel nacional y a nivel local, el control constitucional por iniciativa popular (artículos 241 y 242), así como la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones administrativas en asuntos de carácter local.

La Corte Constitucional ha reconocido ampliamente el derecho fundamental de participación ciudadana tanto en acciones de constitucionalidad como de tutela.

La democracia participativa se acerca al ideal democrático de otorgar una mayor participación a la comunidad.

La Ley 134 de 1994 es la Ley Estatutaria de mecanismos de participación ciudadana cuyo estudio no es objeto del presente texto. En dicha ley se regulan el referéndum, el plebiscito, la iniciativa popular, la revocatoria del mandato, la consulta popular y el cabildo abierto.

El elemento esencial de la democracia es la autonomía. Expresa José A. Ramos Pascua (2007, 46): “El elemento de la autonomía o autogobierno del pueblo, esencia de la democracia, es la clave de su fundamentación, pues garantiza la libertad y con ella la dignidad de las personas. Si se niega a una persona el derecho de participar en la adopción de las decisiones que regirán su vida, no solo se le recorta la libertad sino que se desprecia su dignidad, pues se le trata como a un menor incapaz de gobernarse por sí mismo”.

Junto a la libertad hay otros valores inherentes a la democracia tales como la igualdad, la solidaridad, la tolerancia y el pluralismo. José A. Ramos Pascua (2007) agrega que: “Al presuponer así que todos tienen un derecho igual a la libertad y a la dignidad, a la misma consideración y respeto por parte del Estado, la democracia realiza en alguna importante medida el valor de la igualdad, y en consecuencia es una forma de gobierno justa, pues la igualdad es el núcleo de la justicia”. A lo cual hay que agregar que la democracia repudia la violencia. Es posible derrocar a los gobernantes contando cabezas o votos y no cortándolas como se ha dicho.

La democracia exige, en palabras de Bobbio, “amor a la cosa pública”.

Como lo dice José A. Ramos Pascua (2007, 48), en la democracia “el ciudadano tiene que estar a la altura de la dignidad que la democracia le reconoce al permitirle participar en las decisiones que rigen la vida del Estado y la suya propia. Si el ciudadano no está a la altura de la responsabilidad que se le confía, si adopta una actitud apática o abstencionista hacia la vida política, la democracia inevitablemente se desvirtúa y el pueblo se convierte en un dócil rebaño de ovejas que los gobernantes manejan a su capricho”.

Y agrega:

El activismo de los ciudadanos, el compromiso cívico que busca soluciones a los problemas comunitarios, es algo imprescindible para el buen funcionamiento de la democracia y para atajar las arbitrariedades de los políticos corruptos. Los pueblos que deploran la corrupción de su clase política están acusándose tácitamente de falta de civismo, pues ese mal no se puede producir si los ciudadanos se

desentienden de reclamar y desempeñar el papel que les corresponde en la vida pública.

Como lo expresa Javier Pérez Royo (2000, 474), “el derecho de participación es el vínculo entre el derecho de autodeterminación política de cada individuo y el derecho de autodeterminación de la sociedad”.

A pesar de que el derecho de participación se puede ejercer mediante la elección de representantes, la Constitución también prevé la participación directa de los ciudadanos.

Según el autor citado, el derecho de participación tiene estas características:

- a. Es un derecho exclusivamente individual y reconocido exclusivamente a las personas físicas.
- b. Es un derecho exclusivamente político, ya que solo se dispone de él para la formación de la voluntad general.
- c. Es un derecho de ejercicio directo.
- d. Es un derecho de ejercicio periódico en lo que a la participación mediante representantes se refiere.
- e. Es un derecho que necesita de desarrollo legislativo.

En Francia se debatió la alternativa entre democracia directa y democracia representativa tanto en la Asamblea en 1789 y 1791 como en la Convención en 1792-93 y 1795.

Explica Javier Pérez Royo (2000, 627 y ss.) que “ambas alternativas se remontan a las dos grandes corrientes de las que arranca y que se sintetizan en el Estado constitucional en el continente: la tradición democrática, cuyo mejor exponente sería J.J. Rousseau, y la tradición liberal, cuya más acabada expresión sería Montesquieu”.

Hoy, ambas formas de democracia se pueden conciliar como acontece en el sistema colombiano, el cual las acepta en forma conjunta siendo compatibles. Las instituciones de democracia semidirecta se utilizan como el referéndum, la consulta popular, la iniciativa popular, el cabildo abierto y la revocatoria del mandato.

Pero, como veremos a continuación, a pesar de lo anterior la democracia sigue expandiéndose por los valores que ostenta.



## 8. La democracia representativa y participativa es el sistema más adecuado en la actualidad

Javier Pérez Royo (2000, 623) expresa que:

En la caída del comunismo, en el momento mismo en que se celebraba el segundo centenario de la Revolución Francesa, puede decirse que la democracia como forma de ordenación de las sociedades humanas ha pasado a ser un paradigma universal e indiscutido. Ninguna alternativa sería resulta visible. Frente a la compleja tipología de las formas de gobierno que, desde Platón y Aristóteles, reelaboró incansablemente la filosofía y la ciencia política, hoy es ya conciencia universal de que no existen sino dos formas de gobierno posibles: la democracia y la autocracia; la primera, el gobierno del pueblo con el consentimiento del pueblo, lo que implica que el poder político sea limitado y sus titulares revocables; y la segunda, la apropiación del poder por un hombre, o por una casta, o un partido (político, religioso, étnico) minoritario que se autoproclaman titulares del poder, que ejercen sin límites jurídicos virtuales y sin someterse a renovación o revocación.

Agrega que la democracia es la fuente de legitimidad del poder político.

Afirma que la idea democrática ha sido en Occidente una creación de las dos grandes revoluciones de fines del siglo XVIII, la americana y la francesa. Igualmente, ejercieron influencia John Locke y Juan Jacobo Rousseau con su obra *El contrato social*.

Luis Sánchez Agesta (1968, 77 y ss.) afirma que “la democracia así concebida, como participación y diálogo, como responsabilidad y servicio, sean cuales fueran sus procedimientos técnicos (libertad de expresión, sufragio), supone un elevado grado de madurez moral en los ciudadanos y en los gobernantes; y ya Montesquieu afirmó que el resorte y el principio esencial de la democracia era la virtud civil”.

Del principio básico de un Gobierno responsable se deducen las siguientes consecuencias, según Luis Sánchez Agesta (1968, 77-79): a) En cuanto a la titularidad del poder, este se atribuye al pueblo como comunidad nacional. El proceso de elección es normalmente servido por los partidos políticos; b) En cuanto al modo de ejercicio del poder, este se divide formalmente en

sus funciones políticas y jurídicas esenciales (gobierno, control, legislación, administración y jurisdicción) atribuyéndolas a órganos diversos que tienen independencia en su Constitución. Régimen jurídico y procedimiento de actuación; c) La Constitución social está caracterizada por un régimen privado o mixto de la propiedad de los medios e instrumentos económicos de producción y un pluralismo cultural (enseñanza, prensa) fundado en la publicidad y en márgenes más o menos amplios de libertad de pensamiento; d) La estratificación social es muy amplia y se funda en la posesión de bienes, en la educación, en la función profesional y, eventualmente, en la herencia. La igualdad social se manifiesta como una tendencia a realizar una igualdad de oportunidades y a asegurar un nivel mínimo de existencia a todos los miembros de la comunidad política. La igualdad política, como una equiparación en sus derechos civiles, en sus derechos políticos y en la igual protección de la ley y del juez; y e) Existen derechos más o menos ampliamente desarrollados que definen una cierta seguridad política y social de todos los miembros de la comunidad y una participación más o menos amplia en la deliberación y resolución de las decisiones políticas.

Pietro Giuseppe Grasso (2005, 117) sostiene que el sentimiento de adhesión voluntaria a los principios constitucionales liberal-democráticos es factor de cohesión social y civil en los ordenamientos supraestatales. Al respecto, sostiene:

Como fundamento de una nueva cohesión civil se propone la adhesión voluntaria de hombres libres e iguales a los principios o, en otro orden conceptual, a los “valores” propios de los regímenes liberal-democráticos: autodeterminación del pueblo, autogobierno del cuerpo social, incluso en el marco de ordenamientos extensos y pluralistas, garantía de los derechos fundamentales. Tal criterio voluntarista de adhesión a premisas ideológicas es abstracto, aparece concebido como idóneo para una expansión máxima, creciente más allá de los confines espaciales, hasta llegar a la hipótesis de unificación de toda la humanidad.

En el Sistema Interamericano, con fundamento en la Resolución AG1080 (XXI-O/91), el Protocolo de Washington de 1992, las Declaraciones de Nassau AG/DEC.1 (XXII-0/92) y Managua AG/DEC.4 (XXIII-0/93), y la Carta Democrática Interamericana, la democracia representativa con participación ciu-

dadana es el único sistema en el ámbito americano. El artículo 1 de la Carta dice: “Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla. La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas”. El artículo 2 dice: “El ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del Estado de derecho y de los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional”. Y el artículo 6 se refiere a la participación ciudadana en estos términos: “La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia”.

Los artículos 17 y siguientes de la Carta Democrática y el Protocolo de Washington establecen un procedimiento para la preservación de la democracia en caso de la interrupción del sistema democrático por la fuerza en un Estado miembro de la OEA.

## **9. Relación entre la democracia y el derecho**

Al estudiar la relación entre democracia y derecho Agustín Squella (1996, 511) dice que conforme a Radbruch, Kelsen, Ross y Bobbio, la democracia como “método de adopción de las decisiones colectivas o de gobierno garantiza la participación directa o indirecta del mayor número de personas –toda la población adulta, por ejemplo, que van luego a quedar vinculadas por esas mismas decisiones”. Agrega que:

De este modo, si la democracia responde a la cuestión de quién y cómo debemos gobernar, lo hace de manera puramente procedimental, esto es, no determinando de antemano ni de una vez para siempre quién es el llamado a tomar las decisiones colectivas, ni tampoco cuál debe ser el contenido de esas mismas decisiones. La democracia es osada. Está dispuesta a entregar el poder a cualquiera que obtenga para sí la mayoría. Una regla puramente cuantitativa –dirán algunos– aunque “siempre es mejor contar las cabezas que cortarlas”.

Todo grupo social –escribe Bobbio– “tiene necesidad de tomar decisiones vinculantes para miembros del grupo, con el objeto de proveer a la propia supervivencia, ya en el interior, ya en el exterior”.

En una democracia representativa, los ciudadanos no producen las normas constitucionales y legales, sino que eligen a quienes están autorizados para producirlas.

Eduardo García de Enterría (2004, 136) ha puesto de presente la relación entre democracia y la ley. Este profesor y tratadista dice, en relación con el concepto de la ley insustituible por ser expresión del principio democrático, lo siguiente:

He aquí cómo, por qué complejos caminos, el pensamiento revolucionario, que primero pasa de las ideas básicas de libertad, de igualdad y de democracia hacia un robustecimiento inesperado de la idea de la ley general y seguidamente a la de una pretensión de regulación general, tanto de la acción del poder como del orden social liberal, mediante leyes sistemáticas y completas, viene a concluir en un resultado inesperado y absoluto: todo el Derecho debe encerrarse en leyes, los jueces deben limitarse a inquirir de la ley la solución debida, fuera de la ley no hay criterios jurídicamente válidos. Esta concepción del Derecho y, sobre todo, este mecanismo de ordenación y regulación social, rigió pacíficamente en Europa una vez instaurada la codificación, concluida a lo largo del siglo XIX.

Además agrega que “por mucho que se resalte la crisis de la ley en las sociedades actuales, tal crisis no alcanza en modo alguno a destronar a la ley de ese lugar central e insustituible”. Y finaliza diciendo que “el papel del juez deberá seguir siendo el de un servidor de la Constitución y de la ley, en nombre de las cuales habla y de las cuales y no de ninguna otra fuente mágica, extrae únicamente la fuerza de sus sentencias”.

Hay que aclarar que en el Estado social de derecho la fuente principal de derecho es la Constitución pero la ley sigue siendo importante, aunque no tenga la misma fuerza que tenía en el Estado legislativo o liberal.

La institución de la representación política está mal empleada. Dice García de Enterría (2004) que:

Sigue siendo exacto, conforme con la formulación originaria, que la representación del pueblo, como “voluntad general”, es predicable únicamente de la ley; los gobernantes no son exactamente representantes del pueblo, sino sus agentes, en cuanto ellos mismos están sometidos a las leyes y no están exentos de su imperio. Donde el pueblo actúa su poder es el Parlamento y la forma de ejercicio de ese poder es precisamente la ley; solo en ella queda impresa la voluntad popular. La distinción entre representantes y agentes es explícita en Locke y en Rousseau, como también en los textos revolucionarios, especialmente en la Constitución de 1791. Carré de Malberg en 1930 realizó, sobre esa base histórica, la misma distinción. La irresistibilidad de la ley, que hoy ha de entenderse respecto de la ley dentro de la Constitución, no puede extenderse, por ello, sino abusivamente a los actos del Ejecutivo, cuya elección democrática no les exime de su condición de agentes de la ley. El vínculo que define la condición de los gobernantes con la sociedad no es el de representación, sino el de *trust* o fiducia, en los términos clásicos de Locke, vínculo que exige la mutua confianza entre las partes, que es naturalmente revocable y que postula por esencia la rendición de cuentas, excluyendo, por tanto, cualquier pretensión de manifestarse como soberanos titulares de poderes supuestamente exentos de control.

Por ello, el proceso electoral no habilita poderes absolutos, que tenderían, según la experiencia histórica común, a cerrar el paso a los partidos competidores, sino solo poderes de administrar y gestionar según la Ley.

Por lo tanto, hay vinculación estrecha entre democracia y ley entendida dentro del ámbito de la Constitución.

La voluntad popular se expresa en la ley y el Ejecutivo está sometido a la ley y esta se encuentra sometida a la Constitución como norma de normas.

En la relación entre democracia y comunidad se encuentra la concepción de Ronald Dworkin (1996, 127) que es resumida por Daniel Bonilla e Isabel Cristina Jaramillo (1996, 11) así:

Para Dworkin, el principio liberal clásico de la fraternidad debe concretarse en una concepción de la democracia dependiente y co-

munitaria. Lo que resulta interesante es que es posible construir una sola concepción de democracia que reúna dos conceptos o, más bien, identificar que aunque los dos conceptos se presenten como diferentes, finalmente se dirigen hacia lo mismo: proponer una forma de democracia en la que los individuos sean reconocidos como iguales, con lo cual se respeta el principio igualitario abstracto, sin perder su posibilidad de ser “diferentes”, posibilidad que está garantizada por el principio político de la libertad, que influye directamente en la manera en que deben distribuirse los recursos. Con esto, además, Dworkin se separa de las concepciones clásicas del liberalismo que sitúan al individuo como único centro de atención, reforzando el papel de la comunidad como agente en la esfera pública y como espacio en el que el individuo puede también lograr una realización de sus potencias morales. Esto no significa, sin embargo, la aceptación de las concepciones comunitaristas extremas que tan criticadas han sido por su tendencia a concretarse en posiciones totalitaristas, impositivas y excluyentes.

## 10. La democracia como cultura

Por último, la democracia puede ser considerada como cultura. Salvador Giner (2000, 3) dice:

La democracia no es solamente un orden político. Es también, y muy principalmente, una cultura y, tal vez, hasta una civilización. Más allá de la representación política, de las reglas que permiten la coexistencia dialéctica entre Gobierno y oposición, del marco constitucional y jurídico en que mora una ciudadanía, hay un universo de actitudes, creencias, tolerancias y concepciones, es decir, todo un universo cultural. Éste constituye también la democracia. Permea tanto la cosa pública como la privada. Es el universo de la ciudadanía, de sus convicciones y responsabilidades, de su civismo y su fraternidad. Sin él no hay democracia.

La democracia según A. Valcárcel (Giner, 2000, 134-135) implica un diálogo permanente. Expresa que:

La democracia es un tipo de cultura porque corrige pautas antropológicas profundas y arcaicas de interrelación, necesita constantemente un elevado monto de acción y discurso. En este sentido, la democracia es diálogo. En efecto, hablamos y hablamos mucho, incluso en espacios no calculados para su lenguaje. La defensa institucional de la tolerancia bajo el cenotafio de un Gran Inquisidor es un ejemplo entre cientos y miles de nuevos hábitos. Esta cultura del diálogo es el signo de los tiempos. Define ahora a la cultura de la democracia tanto o más que la regla de mayorías. Frente a la antigua oposición entre mayorías ineptas y minorías selectas, la democracia actual ha de buscar las mayorías informadas. Ese es su reto en el mundo de la cultura.

La democracia republicana según Giner (2000, 114):

Preconiza un orden democrático dependiente de la vigencia de la responsabilidad pública de la ciudadanía. Su institución crucial es la ciudadanía, en el doble sentido que la palabra posee en castellano: conjunto de miembros libres de la politeya –los ciudadanos– y condición que cada uno de ellos ostenta como componente soberano del cuerpo político. Su supuesto distintivo es que, si bien existe una ciudadanía universal básica para todos los miembros de una comunidad política dada, la práctica de esa ciudadanía es un logro moral que depende de la voluntad de cada cual. Por lo tanto, la virtud cívica se convierte en piedra angular del orden republicano.

Luego agrega que:

La virtud cívica o civismo es una virtud política democrática cuyas pretensiones son modestas por lo que se refiere a la moral. No exige santidad. Pide solamente una medida módica de buena conducta pública, de obediencia a leyes legítimas y sobre todo una capacidad de participación activa mínima en la cosa pública, por costoso que esto sea. Esencialmente la virtud republicana está compuesta de tolerancia, espíritu público, exigencia de información, es decir, una cierta sed de saber qué pasa en la esfera pública. Está compuesta

también por una medida de confianza en la capacidad propia y la de la ciudadanía para intervenir y modificar, siquiera marginalmente, para mejorar las condiciones de la vida compartida.

## Conclusiones

De los anteriores análisis se deducen las siguientes conclusiones:

1. Hay democracia representativa, participativa y popular, según los gobernantes representen a los gobernados, participen en las decisiones públicas o se trate de un gobierno popular.
2. La democracia participativa ha cobrado importancia por la proliferación de mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía y de participación ciudadana. El artículo 103 de la Constitución enumera los siguientes mecanismos de participación en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La Ley Estatutaria 134 de 1994 reglamentó los mecanismos de participación ciudadana en Colombia.
3. La participación del pueblo se produce en la selección de sus gobernantes, su actuación en los procesos de decisión política y la configuración de una sociedad igualitaria mediante la actuación de los gobernantes atendiendo las necesidades de los gobernados.
4. La democracia es la forma de gobierno más idónea porque entraña valores como la libertad, igualdad, solidaridad, tolerancia, pluralismo, justicia y pacifismo.
5. Se debe crear la cultura de la participación ciudadana para que se utilicen los mecanismos previstos en la Constitución Política de 1991.
6. Luis Prieto Sanchís (2003, 137) afirma lo siguiente, que compartimos:

Si la democracia constituye un modelo valioso de convivencia no es simplemente porque proporciona una regla para resolver las disputas políticas, sino porque propicia mejor que otros sistemas el desarrollo de la autonomía individual, del diálogo, de la igualdad de derechos y de la participación de todos en los asuntos comunes; que es justamente lo que históricamente pretendieron impulsar las Constituciones.



7. Los mecanismos de participación ciudadana han sido poco utilizados en Colombia. Hay que estudiar las causas y diferencias entre la regulación constitucional y legal como la práctica de dichos mecanismos. Sería necesario hacer una investigación sociológica para indagar las causas de la falta de una cultura participativa en los procesos de decisión política y una investigación jurídica para analizar si la actual regulación de tales mecanismos obstaculiza o dificulta la participación ciudadana y qué formulas se podrían proponer para hacer más efectiva y fácil dicha participación. Una mejora de la regulación normativa de los mecanismos de participación ciudadana fortalecería la democracia en Colombia, la haría realmente participativa, y se cumpliría el propósito constitucional de que la democracia sea no solo representativa sino también participativa.
8. El único sistema aceptable en el Sistema Interamericano es la democracia representativa con participación ciudadana existiendo la voluntad de todos los Estados Americanos de promover y fortalecer la democracia.
9. Es posible que exista un consenso universal sobre los valores democráticos que pueden constituir la base de órganos supranacionales.
10. La democracia puede ser considerada como cultura que conlleva un conjunto de actitudes, creencias, virtudes cívicas, tolerancias, fraternidad, responsabilidad, convicciones, moral pública, diálogo y negociación, justicia social, lo cual configura un universo cultural.
11. Hay que fortalecer la democracia participativa y social para que la gran mayoría de la población pueda satisfacer las necesidades económicas, sociales y culturales acordes con la dignidad que debe tener toda persona. Es nuestra esperanza pero también debe ser el propósito de todos los demócratas.

## Bibliografía

- BOBBIO, Norberto. (2003). *Teoría general de la política*. M. Bovero (ed.), A. de Cabbo y G. Pisarello (trads.). Madrid: Trotta.
- \_\_\_\_\_. (1989). *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*. México: Fondo de Cultura Económica.

- BONILLA, Daniel e Isabel Cristina Jaramillo. (1996). "Introducción: El igualitarismo liberal en Dworkin", en *La comunidad liberal*. Ronald Dworkin. Bogotá: Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores.
- CARPISO, Jorge. (2009). "Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano", en *Revista del Derecho del Estado* 23. Universidad Externado de Colombia.
- DWORKIN, Ronald. (1996). *La comunidad liberal*. Bogotá: Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores.
- GARCÍA De Enterría, Eduardo. (2004). *Democracia, Ley e inmunidades del poder*. Lima: Palestra.
- GARCÍA Pelayo, Manuel. (1951). "Derecho constitucional comparado", en *Revista de Occidente*. Madrid.
- GINER, Salvador, V. Campos, E. Gil, G. Marramao, F. Savater y A. Valcárcel. (2000). *La cultura de la democracia: el futuro*. Barcelona: Ariel.
- GRAÑA, Eduardo R. y César Álvarez. (2008). *Introducción al estudio del Estado*. Buenos Aires: Adhoc.
- GRASSO, Pietro Giuseppe. (2005). *El problema del constitucionalismo después del Estado Moderno*. Madrid: Marcial Pons.
- LOEWENSTEIN, Karl. (1979). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel.
- MERINO Merchán, José Fernando, María Pérez-Ugena Coromina y José Manuel Vera Santos. (1995). *Lecciones de derecho constitucional*. Madrid: Tecnos.
- PRIETO Sanchís, Luis. (2003). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta.
- RAMOS Pascua, José A. (2007). *La ética interna del derecho*. Bilbao: Desclée De Brouwer.
- ROYO Pérez, Javier. (2000). *Curso de derecho constitucional*. Séptima edición. Madrid: Marcial Pons.
- SÁNCHEZ Agesta, Luis. (1968). *Derecho constitucional comparado*. Tercera edición. Madrid: Editora Nacional.
- SARTORI, Giovanni. (1962). "A teoria da representação no Estado representativo moderno", en *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Minas Gerais.  
\_\_\_\_\_. (1994). *¿Qué es la democracia?* Bogotá: Altamir.
- SCHMITT, Carl. (1970). *Teoría de la Constitución*. México: Editora Nacional.
- SQUELLA, Agustín. (1996). "Democracia y derecho", en *El derecho y la justicia*. Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta. Madrid: Trotta.

VALLEJO Mejía, Jesús. (2000). *Lecciones de Teoría Constitucional*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.

WEBER, Max. (1981). *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica.

# Tendencias actuales de la democracia en Alemania y en Europa: reflexiones frente a Colombia

Matthias Herdegen\*

## 1. Consagración del principio democrático en Alemania y en Colombia

En la consagración del principio democrático se constata una afinidad en el núcleo constitucional, es decir, en los principios que rigen un orden democrático.

Nuestros países basan la democracia en la soberanía del pueblo (artículo 20 sección 2 de la Ley Fundamental de Alemania; artículo 3 y 103 de la Constitución Política de Colombia). Desde la perspectiva del derecho internacional, existe una estrecha interrelación entre la soberanía del pueblo y la autodeterminación de los pueblos. Sin embargo, algunos intentos de gobiernos extranjeros de manipular, frenar o revolver el proceso democrático violan el principio de no intervención en asuntos internos.

Hace parte del sistema democrático la legitimación periódica de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Ese elemento limita el poder del Estado en el tiempo. A nivel funcional, se limita el poder estatal a través de la separación de poderes. Su esencia consiste en proteger de la prevalencia dominante de un solo poder adentro de la relojería institucional.

A los principios constitucionales señalados anteriormente, se unen los estándares internacionales. La Convención Europea de Derechos Humanos garantiza la participación democrática en el artículo 3 de su Protocolo adi-

---

\* Abogado de la Universidad de Heidelberg y Cambridge; Doctor en Derecho Público, Internacional y Europeo de la Universidad Heidelberg (Alemania); Director de los Institutos de Derecho Internacional y del Derecho Público de la Universidad de Bonn (Alemania); Profesor Honorario del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

cional No. 1. Asimismo, consagran el principio democrático la Carta de París y otros documentos de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE).

La OEA igualmente hace énfasis en el orden democrático y en la protección de un Gobierno democráticamente elegido contra interrupciones constitucionales, con implicaciones notorias, en el controvertido caso de Honduras.

En todos los procesos electorales conocemos la eterna problemática de lo que se llama “el premio sobre la posición legal del poder”, es decir, la posición privilegiada de aquel que disponga de la parafernalia asociada con sus funciones. Hoy en día, registramos en el mundo ciertos testimonios de cambios graduales que afectan las condiciones necesarias para la efectiva vigencia de un orden democrático por tendencias a perpetuar el poder del Ejecutivo.

El espinoso tema de la reelección o de largos períodos electorales son solamente unas facetas particulares de esta problemática. En el siglo pasado los Estados Unidos optaron por una reforma constitucional que limitaba el poder presidencial a dos períodos sucesivos. En Francia, a su vez, se redujo el famoso septenio del período presidencial.

Por otro lado, hay desarrollos en sentido contrario. En cuanto al caso colombiano, me voy a acercar con toda la prudencia y reserva que corresponden al analista extranjero. Hay tendencias hacia la perpetuación del poder mucho más marcadas aun en este hemisferio.

## **2. Relevancia del contexto constitucional**

Las condiciones para una auténtica expresión del pueblo, con todos sus diferentes sectores, se tienen que analizar desde una perspectiva comprensiva. Se tendrá que mirar no solamente a un órgano específico, sino a todo el contexto en el cual opera. En Alemania, con su sistema parlamentario y su sistema federal, con la necesidad permanente de negociar compromisos, la permanencia de un Gobierno por más de una década tiene otro significado totalmente diferente al de un sistema puro de índole presidencial.

En un sistema presidencial, como el de Colombia, no importa solamente la repartición de funciones legislativas o ejecutivas en el sentido estricto, sino el poder de postular o de nombrar funcionarios de mando en órganos de control. Tan solo la imagen completa de pesos y contrapesos permite juzgar los efectos de un cambio de reglas en su integridad. Sistemas mixtos con

Presidente y Primer Ministro, como lo hay en Francia, exigen un análisis más diferenciado aún.

### **3. Legitimación parlamentaria**

En un sistema parlamentario como el que existe en Alemania y en otros países europeos, las grandes decisiones que afectan la vida de la Nación o el goce de derechos individuales exigen, en principio, una ley u otra resolución parlamentaria como fuente de legitimidad. En ese contexto, el rescate de Grecia a cargo del tributario alemán, entre otros, no puede realizarse sin respetar la responsabilidad del Parlamento con el presupuesto nacional. Del mismo modo, la jurisprudencia alemana sometió, por encima de la letra de la Constitución, el despliegue de tropas en el extranjero a una aprobación parlamentaria.

Desde hace muchos años, la participación del cuerpo legislativo en la legislación a nivel de la Unión Europea es un gran tema del constitucionalismo alemán. Esta participación, al lado de la función del Parlamento europeo, garantiza la legitimidad democrática de la Unión Europea, desde la perspectiva del ciudadano.

## **4. Elementos plebiscitarios en Alemania y en Europa**

### **4.1. La Ley Fundamental alemana**

A nivel federal, la Ley Fundamental da poco espacio a instrumentos plebiscitarios como mecanismo de participación ciudadana. Esa reserva refleja malas experiencias con los referendos bajo la Constitución anterior y con el abuso del plebiscito por el régimen nacionalsocialista. Los riesgos de un populismo simplificador y de un uso excesivo en pro de la política del Gobierno, no se pueden ignorar hasta hoy en día en otros sistemas más abiertos para iniciativas populares y legislación popular. (Véase la reforma constitucional para sanción penal al delito de violación a niños en Colombia).

### **4.2. Estados federados**

En contraste, las Constituciones de muchos Estados federados alemanes dan espacio a iniciativas populares o plebiscitos para legislar o para disolver los Parlamentos. Existen límites específicos para este mecanismo de participación ciudadana; por ejemplo, en cuanto a cargas presupuestales. También hay varias formas de participación ciudadana a nivel de los municipios.

### **4.3. Unión Europea**

Para la Unión Europea, el Tratado de Lisboa estableció el novedoso mecanismo de la iniciativa ciudadana con más de un millón de firmas (artículo 12, párrafo 4 TUE).

### **4.4. Otros países europeos**

En otros países europeos, la participación ciudadana, mediante iniciativa popular o referendo, juega un importante papel. En Francia, el Consejo Constitucional considera un referendo como la expresión auténtica de la soberanía del pueblo y, por ende, se niega al escrutinio de fondo. Es muy diferente la posición de la Corte Constitucional de Colombia, que opina que el pueblo opera como órgano de la reforma constitucional, es decir, como una especie de cuerpo legislativo. Esa sería también la posición constitucional en Alemania.

En Suiza, el país madre de los plebiscitos, se adoptó recientemente un referendo constitucional prohibiendo la construcción de minaretes al lado de las mezquitas. Ese referendo es muy controvertido como expresión de una política populista.

El proceso de integración europea sufrió varios reveses por referendos y consultas populares. Ello evidencia la necesidad de conquistar los pueblos, cuando se construye una compleja arquitectura supranacional.

## **5. Interrelación entre democracia y derechos subjetivos**

Existe una estrecha relación entre los derechos subjetivos y el orden democrático. Se otorga así una extensa interpretación en pro de las libertades de opinión o de reunión en contextos que son de mayor relevancia para los procesos democráticos.

El orden democrático se basa en el concepto de una “plaza de mercado para las ideas”. Todas las intervenciones a la libertad de comunicación en todos sus campos, que tienen un efecto congelante (*chilling effect*) sobre la libre discusión de temas de relevancia política, afectan gravemente el proceso democrático. Cuando la libre competencia de las ideas en los temas de interés público se distorsiona, sea por censura previa, por amenaza a los medios o por persecución a los oponentes políticos, el orden democrático está en peligro.

También tiene una función participativa la generosa apertura del acceso al contencioso administrativo y a la jurisdicción constitucional (véanse las

demandas constitucionales contra las leyes aprobatorias de los tratados de la Unión Europea).

## 6. Escrutinio formal

Para asegurar la auténtica expresión de la voluntad ciudadana, es de mayor importancia que se respeten los requisitos formales. Estos requisitos protegen la participación ciudadana contra abusos y contra la mera sospecha de manipulación, ambos fatales para la legitimidad democrática.

En Alemania, la Corte Constitucional de Hamburgo una vez declaró nula una elección parlamentaria porque el proceso de nombramiento de los candidatos de uno de los grandes partidos, violó los dictámenes de la democracia interna del partido.

El respeto hacia la voluntad impide una interpretación que se sale del claro significado de un texto adoptado. Más que en presencia de un Acto Legislativo regular, se impone una interpretación literal. Como la Corte Constitucional de Colombia resalta con toda razón, el ciudadano que apoyó una reforma para el año 2014 no entregó un cheque en blanco para sustituir esta fecha.

## 7. Contenido sustantivo del orden democrático

Como sostiene la Corte Europea de Derechos Humanos, no se puede realizar un orden democrático sin respeto al pluralismo: *no hay democracia sin pluralismo*.

Criterios de democracia también influyen en los límites de los derechos fundamentales. La Convención Europea de Derechos Humanos exige que la restricción de varias libertades específicas se justifica por lo que es “necesario en una sociedad democrática”. En ese contexto, la Corte Europea encontró justificada la prohibición de un partido fundamentalista en Turquía que quiso regir el Estado por dictámenes religiosos. También mantuvo hacia las mujeres la prohibición de usar el velo en la cabeza en instalaciones públicas. Queda todavía por definir la justificación de la prohibición mencionada de minaretes en Suiza. Es un tema particularmente espinoso: se enfrenta un referendo constitucional con un tratado internacional sobre derechos humanos. No sabemos qué pasará con el proyecto legislativo de prohibir la *burka* en Francia.

La Corte Europea aceptó el umbral excepcionalmente elevado del 10% para las elecciones parlamentarias en Turquía. En este caso, se justificó la



grave intervención del Estado en el proceso electoral con el interés legítimo de mantener la estabilidad del sistema de gobierno.

## **Conclusión**

Hoy en día, el gran desafío para el orden democrático del Estado de derecho moderno no reside tanto en el riesgo de un asalto frontal. Los pueblos que gozan de una larga trayectoria democrática disponen de sólidas fuerzas de defensa para enfrentar un ataque de esa índole. Además, crecen y se fortalecen los mecanismos de cooperación internacional para proteger la estabilidad de un orden democrático al interior de los países miembros. Los riesgos que exigen una sensibilidad permanente son, más bien, procesos de una erosión gradual que camina con paso lento y silencioso. Para responder a ese desafío, se exige tanto la vigilancia de las instituciones como la sensibilidad del ciudadano.

Tengo toda la confianza de que la querida tierra de Colombia seguirá de manera acertada en el camino de la democracia y el respeto al espíritu crítico.

# Sobre la democracia participativa y sus falacias\*

Allan R. Brewer-Carías\*\*

## 1. La democracia y los peligros del discurso autoritario

Si algo ha resultado de la práctica democrática que la mayoría de los países de América Latina han experimentado en las últimas décadas, ha sido la toma de conciencia de que la democracia, como régimen político, no puede quedar reducida solo a garantizar la elección de los gobernantes. Más bien tiene que ser concebida como una alianza global entre los gobernados que eligen y los gobernantes electos, dispuesta para garantizar, por una parte, que el ejercicio del poder por los últimos sea efectivo, y por la otra la participación de los primeros en la conducción política de la sociedad, todo basado en la primacía que debe tener el ser humano, y con él, su dignidad y sus derechos.

Pero llegar a esta conclusión no ha sido fácil. Los ciudadanos de nuestros países en efecto, de cara a nuestras democracias, han tenido que enfrentar y siguen enfrentando tremendas incomprensiones y distorsiones que tanto de

---

\*Texto de la videoconferencia para el Seminario “Democracia y participación ciudadana en el contexto del derecho comparado y del derecho nacional”, organizado por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario en Bogotá, el 3 de mayo de 2010.

\*\* Abogado y Doctor en Derecho, con menciones summa cum laude por la Universidad Central de Venezuela. Profesor de la Universidad Central de Venezuela, donde fue Director del Instituto de Derecho Público. Profesor visitante y de Postgrado en la Universidad de Cambridge, en la Universidad de París II y en las Universidades del Rosario y del Externado de Colombia. Profesor visitante y actualmente profesor adjunto en la Universidad de Columbia de Nueva York. Vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado (La Haya). Fue Presidente de la Comisión de Administración Pública, Senador por el Distrito Federal, Ministro de Estado para la Descentralización y Miembro de la Asamblea Nacional Constituyente de Venezuela (1999). Es autor de diversas obras y abogado consultor.

buena como de mala fe, derivan de un discurso político persistente que se solaza en la crítica de las muchas deficiencias que ha mostrado la práctica de la democracia representativa, la cual, efectivamente, en muchos países ha terminado por no representar a los diversos componentes de la población. Esa práctica democrática, por otra parte, en muchos casos no ha logrado servir de instrumento para la efectiva construcción de sociedades donde el ciudadano logre sentirse realmente incluido, y participe efectivamente en el quehacer político que en muchas ocasiones ha quedado secuestrado por los partidos políticos.

Ello ha dado origen, entre otros factores, al clamor que tan seguidamente se oye en nuestros países latinoamericanos por la construcción de una “democracia participativa,” la cual, la verdad sea dicha, muchos demócratas confunden con la democracia directa, llegando incluso a preferirla respecto de la democracia representativa; y muchos no demócratas la esgrimen con el deliberado propósito de, precisamente, acabar con esta última, confundiendo la movilización popular con la participación.

En todo caso, todo ello ha conducido al establecimiento de un falso enfrentamiento entre la democracia representativa, a la cual se ataca despiadadamente, y la democracia participativa, por la cual se clama, a veces incluso planteando el tema como una dicotomía que no existe, como si la segunda –la democracia participativa– pudiera sustituir a la primera; falsa dicotomía en la cual ciertamente, y sin quererlo, muchos demócratas han caído inadvertidamente buscando de buena fe el perfeccionamiento de la democracia representativa. También queriéndolo, y de mala fe, muchos otros falsos demócratas han propugnado ocultando la faz y las fauces del autoritarismo, pretendiendo sustituir la democracia representativa, en fraude a la propia democracia.

Sobre estos temas es que quisiera compartir hoy algunas reflexiones con ustedes, es decir, sobre la democracia representativa y su significado político, sobre las exigencias de la participación ciudadana, en el sentido de que la democracia, sin dejar de ser representativa, debe asegurar la inclusión del ciudadano en el proceso político; y sobre la falsedad de los cantos de sirenas que se oyen con la persistente difusión de la llamada “democracia participativa” para acabar con la representación. Por supuesto, sin desconocer que en muchos países la democrática representativa ha quedado reducida a ser un mecanismo dispuesto para la sola elección de gobernantes –y por ello se habla tanto de democracia formal–, sin lograr satisfacer las exigencias de participación de los

ciudadanos, quienes sin duda se han sentido excluidos del proceso político. Además, teniendo en cuenta que incluso, ante tantas insatisfacciones de vieja data, no se ha logrado realmente identificar lo que es necesario implementar para hacer de la democracia representativa el instrumento de inclusión política que pueda asegurar la participación ciudadana.

Es precisamente en medio de esas realidades, de estas insatisfacciones y de las frustraciones que derivan, donde soplan los vientos del falaz discurso autoritario que vendiendo la idea de la participación lo que busca es sustituir la democracia representativa pero contradictoriamente, en nombre de una supuesta participación, eliminando el único instrumento político que puede permitir la participación ciudadana que es la descentralización política, la cual puede dar origen al desarrollo de gobiernos locales que es donde se puede asegurar la inclusión política.

Lo que tenemos que tener claro desde las trincheras democráticas es que esta llamada democracia participativa en el discurso autoritario, que busca excluir la representación a nivel local y, con ello, todo vestigio de descentralización política, pretendiendo que funcione montada sobre instituciones de democracia directa como asambleas de ciudadanos y consejos comunales a la usanza de los soviets de hace casi cien años, en realidad, es imposible que pueda permitir y asegurar una efectiva participación política del ciudadano en la conducción de los asuntos públicos, como solo la descentralización y la municipalización podrían lograrlo. En realidad, en ese discurso autoritario de la democracia participativa lo único que la misma ofrece es la posibilidad de movilización popular conducida y manejada desde el centro del poder, mediante partidos únicos, por lo cual de democracia solo tiene el nombre, hábilmente utilizado por quienes se aprovechan de los fracasos políticos de las democracias representativas reducidas a asegurar la elección de gobernantes.

Estamos en presencia, en realidad, de un engañoso eslogan propagandístico que, hay que reconocerlo, no deja de tener su atractivo, sobre todo porque quienes claman por que se asegure más participación piensan que ello se puede lograr con la sola movilización popular. Pero como antes dije, la verdad es que el eslogan lo que oculta es un feroz modelo de gobierno autoritario que creíamos superado en nuestro continente, y que comienza ahora a aparecer envuelto en ropa militar de camuflaje, con pintas populares y de legalidad, con algún apoyo de masas empobrecidas que reciben dádivas, pero sin que se genere riqueza ni empleo. Así, por ejemplo, hemos visto florecer un neopo-

pulismo rico o petrolero que está rampante en América Latina, como el que tenemos en mi país Venezuela, que reparte para lograr apoyos populares, pero sin lograr disminuir la pobreza, sino más bien aumentarla y generalizarla y, por sobre todo, sin asegurar la democracia como forma de vida.

En medio de toda esta confusión, y de los discursos tanto democráticos como autoritarios que, a la vez, y al unísono, desde sus propias trincheras claman por la democracia participativa, la verdad es que lo que se impone es comenzar por tratar de poner orden en el debate y distinguir lo que es realmente la democracia como régimen político que por esencia es contrario al autoritarismo. Para ello, necesariamente tenemos que comenzar por replantearnos los principios básicos de la propia democracia, y tratar de situar entonces el concepto de la democracia participativa donde corresponde, que es precisamente donde haya una efectiva representación en el ámbito de la vida y del gobierno local.

## **2. Sobre los elementos esenciales de la democracia y el control del ejercicio del poder**

En el mundo contemporáneo, sin duda, la democracia como régimen político hay que definirla identificando sus elementos esenciales y sus componentes fundamentales, los cuales, por lo demás, desde 2001 se encuentran plasmados en un excepcional instrumento internacional destinado precisamente a regularla: la *Carta Democrática Interamericana* de la Organización de los Estados Americanos; cuyos elementos básicos, incluso en 2007, han sido recogidos en la *Carta Africana de la Democracia, las Elecciones y la Gobernabilidad*.

Allí, según su artículo 3, se identifica a la democracia como un régimen político en el cual tienen que estar garantizados los siguientes *elementos esenciales*: el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; la existencia de un régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los Poderes Públicos.

Todos los ciudadanos en un régimen democrático puede decirse que tienen derecho a todos esos elementos esenciales que pueden ser considerados por los demás como derechos políticos, siendo el sufragio uno de ellos.

Lo importante de concebir a la democracia conforme a esos elementos, no solo es tomar conciencia de que ella no se agota en el sufragio, sino que todos ellos, en conjunto, lo que buscan es asegurarles a los ciudadanos la posibilidad de ejercer un control efectivo del ejercicio del poder por parte de los gobernantes. De eso se trata la democracia, del ejercicio del poder en nombre de los ciudadanos y de la posibilidad real para estos de controlar dicho ejercicio, el cual necesariamente presupone, además, otros componentes esenciales de la democracia como la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad y la responsabilidad de los Gobiernos en la gestión pública; el respeto de los derechos sociales y de la libertad de expresión y de prensa; la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado, incluyendo el componente militar, a la autoridad civil legalmente constituida, y el respeto al Estado de derecho por todas las entidades y sectores de la sociedad (artículo 4).

Por lo tanto, insisto, la democracia es mucho más que elecciones y participación, configurándose como un sistema político dispuesto para asegurar el control del poder, que es a lo que en definitiva el ciudadano en una democracia tiene derecho, incluso participando en su ejercicio. De ahí la importancia, por ejemplo, del principio de la separación de poderes, del cual en definitiva dependen todos los otros elementos de la democracia, pues solo controlando al poder es que puede haber elecciones libres y justas, así como efectiva representatividad; solo controlando al poder es que puede haber pluralismo político; solo controlando al poder es que podría haber una efectiva participación democrática en la gestión de los asuntos públicos; solo controlando al poder es que puede haber transparencia administrativa en el ejercicio del gobierno, así como rendición de cuentas por parte de los gobernantes; solo controlando al poder es que se puede asegurar un Gobierno sometido a la Constitución y las leyes, es decir, un Estado de derecho y la garantía del principio de legalidad; solo controlando al poder es que puede haber un efectivo acceso a la justicia de manera que esta pueda funcionar con efectiva autonomía e independencia; y, en fin, solo controlando al poder es que puede haber real y efectiva garantía de respeto a los derechos humanos. De lo anterior resulta, por lo tanto, que solo cuando existe un sistema de control efectivo del poder es que puede haber democracia, y solo en esta es que los ciudadanos pueden encontrar asegurados sus derechos debidamente equilibrados con los Poderes Públicos.

Por ello es que al inicio calificaba a la democracia como una alianza destinada a asegurar el control del poder, lo que implica, entre otros, tres derechos políticos clave que los ciudadanos tienen, y que son, además del derecho a la separación de poderes, el derecho a la distribución vertical o territorial del poder para asegurar la participación política, y el derecho al control judicial del ejercicio poder, para asegurar la vigencia de los derechos humanos y el sometimiento del Estado al derecho.

Lo cierto es que, como lo enseña la historia de la humanidad, demasiada concentración y centralización del poder, como ocurre en cualquier régimen autoritario por más velo democrático que lo cubra por su eventual origen electoral, inevitablemente conduce a la tiranía. El mundo contemporáneo ha tenido ya demasiadas experiencias que han mostrado toda suerte de tiranos que precisamente usaron el voto popular para acceder al poder, y que luego, mediante su ejercicio incontrolado, desarrollaron Gobiernos autoritarios, contrarios al pueblo, el cual fue movilizadado al antojo de los gobernantes que acabaron con la propia democracia y con todos sus elementos, comenzando por el respeto a los derechos humanos.

Por ello, los Gobiernos autoritarios no soportan la existencia de un sistema de descentralización política o de distribución vertical del poder público hacia entidades territoriales dotadas de autonomía política que estén efectivamente más cerca del ciudadano, que es lo único que puede garantizar la efectiva posibilidad de la participación política democrática en la toma de decisiones y en la gestión de los asuntos públicos. Es decir, y es bueno destacarlo siempre porque se olvida cuando se habla de democracia participativa, esta es solo posible cuando el poder está cerca del ciudadano, lo que solo se logra multiplicando autoridades locales dotadas de autonomía política (Brewer-Carías, 2003, 53-61; 2001, 105-125 y 127-141).

Por ello, la participación política no es simple movilización popular ni se logra estableciendo mecanismos asamblearios de democracia directa. La participación política es la cotidianidad de la vida ciudadana, que en democracia solo se asegura a nivel local, en unidades territoriales políticas y autónomas descentralizadas donde se practique el autogobierno mediante representantes electos en forma directa, universal y secreta.

Por ello es que nunca ha habido autoritarismos descentralizados, y menos aún autoritarismos que hayan podido permitir el ejercicio efectivo del derecho a la participación política. Al contrario, en nombre de esta lo que

han impuesto es la exclusión política al concentrar el poder en unos pocos, independientemente de que hayan sido electos. Por ello, insisto, es que los autoritarismos temen y rechazan tanto la descentralización política como la participación democrática, y en su lugar lo que usualmente hacen es concebir parapetos políticos de control del poder a través de asambleas de ciudadanos controladas por el poder central o por un partido de Gobierno, como los consejos comunales que se están creando en Venezuela,<sup>1</sup> configurados como instituciones de manejo centralizado, dispuesto a hacerle creer al ciudadano que participa, cuando lo que se hace es, si acaso, movilizarlo en forma totalmente controlada.

De todo lo anterior resulta, por tanto, que para pueda existir democracia como régimen político, no son suficientes las declaraciones contenidas en los textos constitucionales que hablen de derecho al sufragio y de participación ciudadana, ni siquiera de separación de poderes. Tampoco bastan las declaraciones constitucionales sobre “democracia participativa” o incluso sobre descentralización del Estado, ni las solas enumeraciones de los derechos humanos. Además de todas esas declaraciones, lo que es necesario en la práctica política democrática es que se pueda asegurar efectivamente la posibilidad de controlar el poder. Solo así es que se puede hablar de democracia, la cual, además de implicar siempre la representación, es un sistema para la participación. Lo único es que esta última no puede quedar reducida a participar en elecciones o votaciones.

### **3. Sobre la democracia: la representación y la participación**

Lo que queda claro, en todo caso, es que el ejercicio de la democracia como derecho ciudadano implica siempre la conjunción de dos principios fundamentales: el principio de la representación y el principio de la participación, que no son excluyentes. Ello es así incluso cuando tengan circunstancialmente peso diverso, como por ejemplo cuando la democracia, siendo representativa, solo asegure en forma deficiente la participación. Lo contrario, en cambio, no es posible pues no puede haber democracia que sea supuestamente participativa, sin representación. Es decir, la democracia representativa que no asegura

---

<sup>1</sup> Ley de los Consejos Comunales en *Gaceta Oficial* N° 5.806 Extraordinaria de 10 de abril de 2006; reformada en 2009, *Gaceta Oficial* N° 39.335 de 28 de diciembre de 2009. Véase: Brewer-Carías, 2007; *Ley de los Consejos Comunales*, 2009.



la efectiva participación es deficiente; pero la supuesta democracia participativa que no asegura la representación es inexistente. De ello resulta, por lo tanto, que la dicotomía que por incomprensión o por destrucción se trata de establecer entre democracia representativa y democracia participativa, es falsa.

En efecto, si a algo se contrapone la representación, es a la democracia directa, de manera que la dicotomía en cuanto a la forma de ejercicio de la democracia está entre la democracia indirecta o representativa y la democracia directa o asamblearia (Aguilar de Luque, 1977).

Otra cosa es el tema de la participación, que si a algo se contrapone, no es a la representación sino a la exclusión. La dicotomía, en este caso, está entre democracia de inclusión o participativa y democracia de exclusión o exclusionista, es decir, entre un régimen democrático en el cual el ciudadano tenga efectiva participación en la conducción de los asuntos públicos, y un régimen democrático en el cual el ciudadano, aparte de elegir, esté excluido de participar en ello.

Y esto es justo lo que no se tiene claro cuando se habla equivocadamente de “democracia participativa” como dizque “contrapuesta” a la democracia representativa, lo que ocurre en todos los frentes: por una parte, desde las mismas trincheras democráticas, queriendo en realidad referirse, sin saberlo, a la necesidad de introducir a la democracia representativa mecanismos de democracia directa; y por la otra, desde las trincheras autoritarias, confundiendo los conceptos para propugnar la eliminación o minimización de la representatividad y establecer una supuesta relación directa entre un líder y el pueblo, a través de los mecanismos institucionales del Estado dispuestos para movilizar a la población y hacer creer que con ellos se participa, cuando en realidad a lo que conducen es a la destrucción de la democracia.

Partiendo del supuesto de que la democracia representativa o democracia indirecta es y seguirá siendo la esencia de la democracia, de manera que nunca podrá haber una democracia que solo sea asamblearia, refrendaria o de cabildos abiertos permanentes, el tema central a resolver es cómo hacer de la democracia un régimen de inclusión política, es decir, participativa, donde el ciudadano sea efectivamente parte de su comunidad política, y pueda contribuir a tomar las decisiones que le conciernen, de manera que la participación no quede reducida a votar en elecciones o en consultas populares.

Hay que recordar que incluso de acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia Española*, participar, en realidad, es estar incluido, lo que no debe

confundirse con mecanismos de democracia directa como las iniciativas legislativas, las consultas populares, los cabildos abiertos y los referendos. Participar, en efecto, en el lenguaje común, es ser parte de, es pertenecer a, es incorporarse a, contribuir a, estar asociado a o comprometerse a; es tener un rol en, es tomar parte activa en, estar envuelto en o tener una mano en. Es, en fin, asociarse con, es compartir con o tener algo que ver con.

Por ello, la participación política para el ciudadano no es otra cosa que ser parte de o estar incluido en una comunidad política, en la cual el individuo tenga un rol específico de carácter activo conforme al cual contribuye a la toma de decisiones. Ello se materializa, por ejemplo, sin duda, en el ejercicio del derecho al sufragio o en votar en referendos o consultas populares, que son formas mínimas de participación; o en ser miembro de sociedades intermedias. La participación no se agota allí, pues para estar incluido es necesario que el ciudadano pueda ser parte efectiva de su comunidad política. Debe permitírsele desarrollar, incluso, la conciencia de su efectiva pertenencia a un determinado orden social y político, por ejemplo a una comunidad, a un lugar, a una tierra, a un campo, a una comarca, a un pueblo, a una región, a una ciudad, en fin, a un Estado (Bobbio, 1992, 42).

En todo caso, el tema central a resolver siempre que se trata de la participación democrática, es determinar cómo y en qué lugar dicha participación puede realizarse. Como lo advirtió Giovanni Sartori cuando se refería a los que primero habían hablado sobre el tema de la democracia participativa: “O el autor de la democracia participativa se decide a clarificar positivamente dónde está lo que corresponde a cuál participación (de cuál naturaleza) y en cuáles lugares (¿en todas partes?); o nos quedamos con un animal que no logró identificar”. Sobre ello, con razón, agregaba, que lo que había era “mucho ruido” y “mucho polémica furiosa”, provocando dudas sobre si efectivamente había “nacido algo nuevo” (Sartori, 1994).

#### **4. La participación como esencia histórica de la democracia y como fenómeno de la vida local**

La verdad, sin embargo, es que la democracia participativa no era ni es nada nuevo. Ha estado siempre, desde los mismos días de las Revoluciones Francesa y Norteamericana del siglo XIX, en muchos países hoy con democracias consolidadas; ha estado siempre allí, en el nivel más ínfimo de los territorios políticos de los Estados, en las asambleas locales, en los municipios, en las co-

munas. Lo que pasa es que muchos no la han querido reconocer e insisten en confundirla. Es decir, muchos no han querido entender *qué es*, efectivamente, participar en política, y *dónde es*, que se puede realmente participar aun siendo ello parte en la corriente sanguínea de la propia democracia, de manera que incluso, quienes la ejercen y la viven cotidianamente no se dan cuenta de ella ni le prestan atención y por ello a veces no se la logra identificar. Eso sucede por ejemplo en las democracias europeas, que son democracias inclusivas, en las cuales ni siquiera el tema es de discusión política pues la participación es asunto de todos los días.

En todo caso, y vale la pena recordarlo, la democracia participativa puede decirse que fue descubierta para Europa, en las mismas tumultuosas primeras décadas del nacimiento del Estado constitucional contemporáneo, por el primer gran constitucionalista moderno, Alexis de Tocqueville. Esto ocurrió cuando en 1831 se topó de frente, sin quererlo –como en general se han hecho los grandes descubrimientos– con el régimen de gobierno local de asambleas que funcionaba desparramado en todo el territorio de las colonias inglesas en la costa este de Norteamérica, y que hervía en los *Town Halls*. Él había ido a estudiar el régimen carcelario en el naciente Estado americano, y lo que resultó fue su gran obra *La democracia en América* publicada en 1835. Esas instituciones comunales, decía De Tocqueville, “son a la libertad lo que las escuelas vienen a ser a la ciencia; la ponen al alcance del pueblo, le hacen paladear su uso político y lo habitúan a servirse de ella” (1973, 78 y ss.). Pero para cuando eso escribía, ya en Europa misma, esa democracia local también estaba en proceso de configurarse como uno de los productos más acabados y a veces incomprensidos de la propia Revolución Francesa. Ello, incluso, lo advirtió el propio De Tocqueville en su otra clásica obra del constitucionalismo histórico, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, escrito veinte años después, al constatar que: “La administración local tiene un contacto diario con [los ciudadanos]; toca continuamente sus puntos más sensibles; influye en todos los pequeños intereses que forman el gran interés que se pone en la vida; es el objeto principal de sus temores y también el de sus esperanzas más queridas; los mantiene vinculados a ella por una infinidad de lazos invisibles que los arrastran sin que se den cuenta” (1982, 15).

Sin quererlo, puede decirse que De Tocqueville había descubierto la participación, precisamente desarrollada en los gobiernos locales representativos en el sentido de participación política como democracia de inclusión,

en la cual el ciudadano toma parte personalmente en un proceso decisorio, interviniendo en actividades estatales y en función del interés general,<sup>2</sup> lo cual solo puede tener lugar efectivamente en los estamentos territoriales más reducidos, en el nivel local, comunal o municipal. Es decir, solo en los niveles político-territoriales inferiores de la organización del Estado es que se puede montar una organización participativa que permita la incorporación del ciudadano individual, o en grupos o en comunidades, en la vida pública, y particularmente en la toma de decisiones públicas generales o de orden administrativo. Como lo señaló Jaime Castro, uno de los destacados alcaldes que tuvo la ciudad de Bogotá:

La democracia moderna no se concibe sin audaces formas de participación ciudadana y comunitaria en el ejercicio del poder a nivel local y regional. Sin la garantía de que todas y todos pueden y deben participar en la preparación de las decisiones que se piensen tomar sobre temas de interés general, en su adopción y ejecución, esto último mediante el control que realicen sobre la gestión de las autoridades y los particulares que ejerzan funciones públicas. Solo esas formas democráticas de participación le cambian la cara a las instituciones y permiten hablar de un nuevo régimen político. (Castro, 2003, 201-202)<sup>3</sup>

Desde luego, para la concepción de ese “nuevo régimen político” que, como se dijo, es tan antiguo como la democracia misma, el tema central que tiene que resolverse es determinar el nivel territorial que se requiere para que pueda haber participación como cotidianidad democrática, y la opción en esta materia, tal como ocurre por ejemplo en Francia, en Norteamérica, y todos los países europeos con democracias arraigadas; la opción está en el munici-

---

<sup>2</sup> Véase, por ejemplo, en relación con la administración de justicia: González, 1997, 76-77.

<sup>3</sup> Por ello, cabría preguntarse: ¿Por qué será entonces que en el excelente libro *Las democracias. Entre el Derecho Constitucional y la Política*, de los profesores Olivier Duhamel y Manuel José Cepeda Espinosa, en sus más de cuatrocientas páginas los autores analizan los regímenes democráticos contemporáneos de Europa y América Latina, en la única página en la cual se habla y se usa la expresión de “democracia de participación” es en relación con el sistema suizo? (Duhamel y Cepeda, 1997, 56). ¿Acaso el régimen constitucional de Suiza, entre otros factores por la superficie incluso del país, no es el paradigma del federalismo y del régimen local o cantonal?

pio desparramado en cada rincón del Estado, en cada villa, pueblo y caserío, situado bien cerca del ciudadano. Definitivamente, al contrario, la opción para la participación no está situada en el gran municipio urbano o rural, ubicado, sin duda, bien lejos del ciudadano.

En esta materia, en efecto, la práctica democrática de los países europeos muestra una realidad incontestable en cuanto al predominio de la existencia en cada Estado de muchos municipios, y entre ellos, incluso, de muchos municipios pequeños. Alemania, por ejemplo, tiene algo más de 16 000 municipios, de los cuales un 75% tiene menos de 5000 habitantes; y España, tiene más de 8000 municipios, de los cuales un 85% también tienen menos de 5000 habitantes. En España, incluso, el 61% de todos los municipios tienen menos de 1000 habitantes (Sagawe, 2003, 40). Es más, en una sola de las comunidades autónomas españolas, por ejemplo la de Castilla y León, hay 2248 municipios, de los cuales más de la mitad, es decir, 1540 municipios tienen menos de 500 habitantes (*Informe sobre el Gobierno local*, 1992, 27). O sea en una sola comunidad autónoma española, con un área territorial diez veces inferior a la de toda Colombia, hay el doble de municipios que en este país. Allá, en Castilla y León, sin duda, hay participación de todos los días, aun cuando los propios ciudadanos castellanos no lo crean o no se den cuenta. En cambio, en contraste, y este es un caso extremo, en un país como Venezuela, con un territorio que también tiene diez veces más área que el de Castilla y León, algo inferior al de Colombia, solo hay 338 municipios, es decir, solo un décimo de los que existen en el país castellano. Por eso es que en Venezuela, con esa estructura territorial de gobiernos locales, simplemente no hay ni podrá haber real participación política.<sup>4</sup>

En todo caso, lo cierto es que entre los muchos aportes que la Revolución Francesa dio al constitucionalismo moderno, se encuentra la participación ciudadana al haber desparramado el poder que hasta entonces estaba concentrado en pocas manos de la Monarquía y de los señores feudales, en más de 40.000 comunas (como allí se denomina a los municipios), lo que permitió que el municipio se comenzara a ubicar, en Europa, en cuanta aldea, pueblo,

---

<sup>4</sup> En nuestros países de América Latina la situación no es muy diferente: Argentina: 1.617 municipios; Bolivia: 312; Brasil: 5.581; Chile: 340; Cuba: 169; Ecuador: 1.079; El Salvador: 262; Guatemala: 324; Honduras: 293; México: 2.418; Nicaragua: 143; Paraguay: 212; Perú: 1.808; República Dominicana: 90; Uruguay: 19 (Brewer-Carías, 2001, 139 y ss.).

villa y ciudad existían, cerca del ciudadano (García de Enterría, 1981, 17, 41, 46, 49, 50, 56). Todo comenzó durante los mismos días de la Revolución, el 4 de agosto de 1789, veinte días antes de que la Asamblea Nacional adoptara la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, cuando la misma Asamblea Nacional declaró irrevocablemente abolidos “todos los privilegios particulares de provincias, principados, cantones, ciudades y comunidades de habitantes, sean pecuniarios o de cualquier otra naturaleza” (Vandelli, 1992, 28, nota 10), disponiendo los días 14 y 22 de diciembre del mismo año de 1789 la instauración de una Municipalidad “en cada villa, burgo, parroquia y comunidad del campo” (Soboul, 1981, 198 y ss.). De ello resultó que para 1791 en la Francia revolucionaria ya había 43.915 municipios, los cuales comenzaron a llamarse comunas y que fueron las que en definitiva dieron origen a los más de 34.000 municipios o comunas que hoy existen en ese país. De nuevo, comparemos lo anterior con la realidad latinoamericana, donde en países con territorio que doblan el área de Francia, como son Colombia y Venezuela, solo hay escasos 1100 o 338 municipios respectivamente.

Frente a estas realidades, acaso nos hemos preguntado por qué será entonces que en los países que llamamos democráticamente desarrollados como los europeos, donde impera la fragmentación municipal, no se plantea con tanta urgencia la necesidad de la participación ciudadana; y, en cambio, en todos nuestros países latinoamericanos, donde al contrario, hay muy pocos municipios para sus enormes territorios y su población, es donde más se grita contra nuestras insuficiencias democráticas clamándose a la vez por una democracia participativa. ¿Por qué?

Creo que la respuesta es obvia, sobre todo cuando constatamos que lo mismo que he señalado respecto a Francia se repite en todos los demás países europeos. Me refiero, siempre teniendo en cuenta las cifras de los 1100 municipios colombianos, o los 338 venezolanos, a los 2539 municipios que existen en Bélgica; a los 16 121 municipios que hay en la Alemania unificada (Sagawe, 2003, 42-43); a los 8104 municipios que hay en Italia y a los más de 3000 cantones que hay en Suiza (Vandelli, 1992, 179; Brewer-Carías, 2001, 139 y ss.). O sea, en Suiza, con un territorio algo mayor que el del departamento de Santander, hay tres veces más municipios que en toda Colombia.

Lamentablemente, en América Latina la conformación del municipio, aun cuando tributario de los principios organizativos del europeo, tomó otro rumbo de distribución territorial. En efecto, a pesar de sus raíces en el muni-

cialismo francés, y haber incluso desarrollado mucho antes que en Europa el concepto mismo de autonomía municipal el cual, por ejemplo en Francia, solo se introdujo con las reformas de Mitterrand en 1982<sup>5</sup> mediante la Ley de Libertad de las Comunas, y en España con la Ley de Bases del Régimen Local de 1985. Ese diferente rumbo derivó, primero, del condicionamiento territorial que en estas tierras impuso el desarrollo institucional del proceso colonial, que terminó por ubicar a los municipios en las capitales provinciales, abarcando enormes territorios; y segundo, por el proceso de conformación del régimen republicano luego de la independencia, que no solo acogió el esquema de municipios establecidos en ámbitos territoriales cada vez más y más alejados de los ciudadanos y de sus comunidades, sino que trató al poder municipal con recelo, particularmente desde el poder central que se estaba conformando. No olvidemos que incluso Bolívar, cuando el gran Estado concebido por él comprendía a Colombia, Venezuela y Ecuador, llegó a suprimir los municipios en 1828, considerando que eran “una verdadera carga para los ciudadanos, y producen muy pocas utilidades al público”.<sup>6</sup>

Lo cierto es que en los doscientos años que han transcurrido desde la Independencia, el panorama territorial de la distribución vertical del poder en los países latinoamericanos ha variado muy poco; aún nuestros países carecen del nivel político territorial necesario para que la democracia pueda efectivamente ser participativa, que es el gobierno local. Y nos empeñamos en buscar en otras partes soluciones que, la verdad, no encontraremos.

Y aquí volvemos a lo que se afirmó al inicio, sobre que la democracia participativa está indisolublemente ligada no a la democracia directa, sino a la descentralización política y la municipalización, de manera que la misma no se puede materializar con solo propuestas de incorporación al régimen democrático, de instrumentos como los referendos o las consultas o las iniciativas populares y mucho menos eliminando la representación.

En realidad, la participación política como cotidianidad democrática o como parte de la democracia como forma de vida, solo puede darse a nivel local. No hay otra instancia para ello en los Estados; lo demás es falacia y engaño, o mecanismos de democracia directa, que son otra cosa. Por ello es

---

<sup>5</sup> Sobre la aplicación de la Ley de 2 de marzo de 1982, véase: Terrazoni, 1987.

<sup>6</sup> Véase el decreto de Supresión de las Municipalidad de 17 de noviembre de 1828, en: Brewer-Carías, 2008, 681.



que el tema, precisamente, no tiene tanta notoriedad en los países europeos, donde la participación es de todos los días, en las pequeñas cosas que pueden tratarse en esos pequeños municipios urbanos y rurales.

La participación política o la democracia participativa están, por lo tanto, íntimamente unidas al localismo y a la descentralización política, y esta a la limitación del poder, lo que es consustancial con la democracia. Por ello, Eduardo García de Enterría afirmó con razón que el régimen local “da curso al derecho ciudadano a participar en todos, completamente en todos los asuntos públicos que afectan a la propia comunidad” (Retortillo, 1973, LVIII); de manera que, como también dijo Sebastián Martín Retortillo hace más de treinta años cuando España aún no había entrado en el proceso de transición hacia la democracia, la participación efectiva del ciudadano común siempre presupone la descentralización (1973, LIX).

Así, sin temor a equivocarnos, podemos afirmar que no puede haber participación política sin descentralización política territorial, es decir, sin que exista una multiplicidad de poderes locales y regionales; sin ellos, en definitiva, no puede haber una democracia participativa. Lo que habría es centralismo, que es la base de la exclusión política al concentrar el poder en unos pocos electos y, a la vez, es el motivo del desprestigio de la democracia representativa por más aditivos de democracia directa o refrendaria que se le implanten.

No hay otra forma de perfeccionar la democracia y hacerla más participativa y más representativa, que no sea acercando el poder al ciudadano, lo que solo puede llevarse a cabo descentralizando política y territorialmente el poder del Estado y llevarlo hasta la más pequeña de las comunidades, es decir, distribuyendo el poder en el territorio nacional (*XXV Congreso Iberoamericano de Municipios*, 2003, 453 y ss.). Por lo tanto, solo municipalizando los territorios de nuestros países se rescatará, más de doscientos años después, lo que fue la decisión terminante de la Asamblea Nacional Constituyente francesa en aquel diciembre de 1789, y que hoy se traduciría en la frase de que toda comunidad rural, todo caserío, todo pueblo, todo barrio urbano, debería tener su autoridad local como comunidad política. Como se enunció, por ejemplo, en el artículo 182 de la Constitución de la Provincia del Chaco, en Argentina: “Todo centro de población constituye un municipio autónomo” (Hernández Barrera, 2003, 108; 2001).

Pero por supuesto para ello, es decir, para una reforma política de esta naturaleza, tenemos que pensar en otro municipio, para no desparramar terri-



torialmente la estructura burocrática local, mal y uniformemente concebida que tenemos en muchos de nuestros países latinoamericanos y que lo que podría provocar es una peor democracia. Esto también se podría originar con los intentos que a veces se han realizado en algunos de nuestros países, donde al contrario de multiplicar los gobiernos locales se ha propuesto una política de reducción de municipios. Dicha política ha sido acertadamente calificada por el mismo Jaime Castro como un verdadero “genocidio municipal” al comentar el intento que se hizo en Colombia, en el año 2001, con el Proyecto de Ley 041/01, que proponía la desaparición de materialmente la mitad de los 1.067 entonces existentes municipios colombianos, aquellos que tenían menos de 14 000 habitantes. Castro advertía, además, que en Colombia “los municipios son el Estado –la única presencia del Estado– en extensas y abandonadas regiones del país”; en consecuencia, lo que habría que hacer, por el contrario, era “fortalecer y transformar el pequeño municipio [para] convertirlo en herramienta eficaz de una política de poblamiento territorial y de ocupación continua del espacio físico” (Castro, 2003, 136-137).<sup>7</sup>

De allí la enorme revalorización que requiere en nuestros países el tema del pequeño municipio como parte del proceso de descentralización político-territorial, para asegurar no solo la presencia del Estado en el territorio, sino para hacer posible la participación democrática, partiendo de la necesaria diversidad que deben tener las entidades locales, es decir, todo lo contrario al uniformismo organizacional.

En fin, de lo que debemos crear conciencia es que no hay que temerle a la descentralización política, pues se trata de un fenómeno propio de las democracias que, por supuesto, es temido por los autoritarismos. Lo cierto es que no hay ni ha habido autocracias descentralizadas; han sido los autoritarismos los que rechazan tanto la descentralización política como la participación democrática, incluyendo los autoritarismos que tradicionalmente nos han gobernado bajo el ropaje del “centralismo democrático”, de cualquier cuño que sea, incluso de orden partidista.

---

<sup>7</sup> No puede dejar de pensarse en los mismos términos de “genocidio municipal”, cuando se lee una noticia de enero de 2010 sobre que para conmemorar los doscientos años de la Independencia, el Gobierno colombiano proyecta la abolición de los resguardos indígenas de origen colonial, retirando a los municipios respectivos los pagos compensatorios del impuesto predial. Véase en: [http://surcolombiano.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=148&Itemid=121&showall=1](http://surcolombiano.com/index.php?option=com_content&task=view&id=148&Itemid=121&showall=1)

No nos dejemos engañar con los cantos de sirenas autoritarios que no se cansan de hablar de “democracia participativa,” pero no para hacerla posible descentralizando el poder en el territorio, sino para acabar con la democracia representativa, imposibilitando a la vez la participación. No nos confundamos los demócratas al intentar dar respuesta a las exigencias políticas crecientes de participación democrática, con el solo establecimiento de paños calientes de carácter refrendario o de iniciativas o consultas populares, que no la agotan en absoluto. En fin, no le tengamos miedo a lo pequeño, que territorialmente hablando es precisamente la *lugarización*, el pequeño municipio rural y la subdivisión municipal suburbana.

## Conclusiones

De los argumentos expuestos a lo largo del escrito, podemos extraer algunas ideas importantes que esbozan elementos relevantes para el contexto analizado:

En primer lugar, es importante tener presente la noción de democracia como una alianza global entre gobernados y gobernantes, que permita garantizar un ejercicio efectivo del poder y la participación de las personas en las decisiones políticas que afectan a la sociedad en la cual se encuentran todos inmersos. Lo anterior explica por qué debe concebirse la democracia más allá del mero concepto del sufragio, que si bien es indispensable en su connotación y alcance, no es elemento único y fundante. La democracia implica el conjunto de elementos analizados en el escrito, los cuales se conciben como unidad, pues sin alguno de ellos sería imposible cumplir el cometido de que los ciudadanos puedan realizar un control efectivo del ejercicio del poder, es decir, sin ese conjunto de elementos la democracia no sería un sistema político.

En segundo lugar, existe una tendencia en nuestros países a presentar una falsa dicotomía entre la democracia representativa y la democracia participativa, como si una fuese completa y absoluta y no requiriera de la otra para el logro de sus propios fines y, por ende, como si una fuese reemplazo de la otra que ha fallado y que debe estar llamada a desaparecer. Ese es el alcance del falso dilema que se ha propuesto: mostrar que la democracia representativa no ha alcanzado los fines de representación que la caracterizan y que por lo tanto no se puede hablar de un modelo verdaderamente incluyente y con una realización plena de la participación como ejercicio político, lo cual se evidencia en el clamor colectivo porque impere un modelo de democracia participativa.

Sin embargo, la gran conclusión es que la democracia, sin dejar de ser representativa, debe garantizar una verdadera inclusión de todos los ciudadanos en los procesos políticos del Estado; como se señaló en líneas superiores, la democracia representativa que no asegure una efectiva y real participación es un modelo que resulta deficiente y, en el mismo sentido, una democracia participativa que no asegure representación, es inexistente.

En tercer lugar, es importante hacer referencia a un aspecto muy importante en el debate político actual; se trata de la relevancia que tiene el fenómeno de la descentralización política, característica esencial de la democracia representativa, sin la cual un modelo político, por más de que se defina asimismo y por el ordenamiento jurídico como democrático, se acercaría más al autoritarismo, pues a ello conlleva la excesiva concentración de poder y el centralismo. Podría en ese sentido también criticarse la democracia participativa, toda vez que se plantearía la posible exclusión de la representatividad en el nivel local, lo que atacaría la esencial del modelo democrático en sí mismo, pareciéndose a otros esquemas políticos; la verdadera participación política, como ejercicio de la democracia real y práctica, solo se evidencia en ese nivel, pues algo diferente de ello es un desarrollo de mecanismos de democracia directa, algo conceptualmente diferente. En síntesis, la participación política (democracia participativa) está referida directamente a la descentralización política, la cual implica limitación en el ejercicio del poder, elementos esenciales del modelo democrático.

En definitiva, y para concluir, como dijo Santiago Ramón y Cajal, premio Nobel de Medicina en 1906 y quien escribió *El mundo visto a los ochenta años*: “No hay cuestiones pequeñas; las que lo parecen son cuestiones grandes no comprendidas”. Y eso es precisamente lo que ocurre con la multiplicidad de municipios y la cuestión de la democracia participativa que plantea: es más grande de lo que a veces creemos, porque en ello se nos va la vida de la propia democracia, representativa y participativa.

## **Bibliografía**

- AGUIAR DE LUQUE, LUIS. (1977). *Democracia directa y Estado Constitucional*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Edersa.
- BOBBIO, Norberto. (1992). *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.

- BREWER-CARÍAS, Allan R. (2001). *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- \_\_\_\_\_. (2003). “El Municipio, la descentralización política y la democracia” en *XXV Congreso Iberoamericano de Municipios. Guadalajara, Jalisco, México. 23 al 26 de octubre del 2001*. México.
- \_\_\_\_\_. (2007). “El inicio de la desmunicipalización en Venezuela: La organización del Poder Popular para eliminar la descentralización, la democracia representativa y la participación a nivel local”, en *AIDA, Opera Prima de derecho administrativo. Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*. Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- \_\_\_\_\_. (2008). *Las Constituciones de Venezuela*. Vol. I. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- CASTRO, Jaime. (2003). *La cuestión territorial*. Bogotá: Oveja Negra.
- DE TOCQUEVILLE, Alexis. (1973). *La democracia en América*. México: Fondo de Cultura Económica.
- \_\_\_\_\_. (1982). *El Antiguo Régimen y la Revolución*. Vol. I. Madrid: Alianza.
- DUHAMEL, Olivier y Manuel José Cepeda Espinosa. (1997). *Las Democracias. Entre el derecho constitucional y la política*. Bogotá: TM Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. (1981). *Revolución Francesa y administración contemporánea*. Madrid: Taurus.
- GONZÁLEZ, Alberto, (1997). “Participación en la administración de justicia”, en *Constitucionalismo, participación y democracia*. Jorge Londoño U. (comp.). Bogotá-Tunja: Librería Jurídica Ethos, Uniboyacá.
- HERNÁNDEZ BARRERA, Augusto. (2003). “Objetivos inéditos de la categorización municipal”, en *Problemática de los pequeños municipios en Colombia ¿Supresión o reforma?* Luis Villar Borda et al. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- \_\_\_\_\_. (2001). *Ordenamiento y desarreglo territorial en Colombia*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.
- Ley de los Consejos Comunales*. (2009). Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- MINISTERIO PARA LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. (1992). *Informe sobre el Gobierno local*. Madrid: Fundación Carles Pi i Sunyer d'Étudis Autònoms y Locals.

- RETORTILLO, Sebastián Martín. (1973). “Introducción”, en *Descentralización administrativa y organización política*. Tomo I. Sebastián Martín Retortillo et ál. Madrid: Alfaguara.
- SAGAWÉ, Torsten. (2003). “La situación de los pequeños municipios en Europa: con especial referencia a la República Federal de Alemania”, en *Problemática de los pequeños municipios en Colombia. ¿Supresión o reforma?* Luis Villar Borla et ál. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SARTORI, Giovanni. (1994). *¿Qué es democracia?* Bogotá: Altamira.
- SOBOUL, Albert. (1981). *La révolution française*. Paris: Gallimard.
- TERRAZONI, André. (1987). *La décentralization a l'épreuve des faits*. Paris: LGDJ.
- VANDELLI, Luciano. (1992). *El Poder Local. Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones*. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas.
- XXV Congreso Iberoamericano de Municipios. Guadalajara, Jalisco, México. 23 al 26 de octubre del 2001. (2003). Madrid: Fundación Española de Municipios y Provincias.

# Reflexiones sobre el carácter participativo de nuestra democracia

Cristina Pardo Schlesinger\*

## Introducción

Dice el “Preámbulo” de la Constitución Política que ella se promulga con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, “dentro de un marco jurídico, democrático y participativo”. Inmediatamente, el artículo 1º de la misma Constitución señala que “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista”. A continuación, el artículo segundo agrega que dentro de los fines del Estado está aquel que consiste en “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”.

Las anteriores disposiciones, contenidas en el encabezamiento mismo de nuestra Carta fundamental, introducen el rasgo distintivo de nuestra democracia: su carácter participativo. Se trata de una nueva impronta, de un nuevo sello que marca una diferencia sustancial con el régimen político precedente, y que tiene hondas repercusiones en la concepción, el ejercicio, la profundidad y, sobre todo, la legitimidad de esta democracia. El hecho de que en el mismo “Preámbulo” y en los dos primeros artículos de la Constitución se señale con

---

\* Abogada y profesora de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario; Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República, desde 1996 se desempeñó como Magistrada Auxiliar de la Corte Constitucional. También ha ejercido como Directora del Área de Derecho Constitucional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y como Directora de la Especialización en Derecho Constitucional.

tanta claridad que la participación es, a la vez, el marco jurídico de la Carta, el fin del Estado y su forma de ser, indica que esta noción forma parte del primer ideario que sustenta todo el ordenamiento jurídico-político de la Nación. A la reflexión sobre este aspecto central de la democracia se consagra esta contribución académica.

## **1. Las necesidades sociales que dan origen al carácter participativo de las democracias contemporáneas**

¿Qué quiso hacer la Asamblea Nacional Constituyente al imprimir este sello participativo a nuestro régimen republicano? Este propósito explícito fue explicado por uno de sus miembros con las siguientes palabras: “El Estado adquiere una nueva dimensión para asumir conjuntamente con la sociedad, la responsabilidad de lograr supremos fines y el cumplimiento de los deberes sociales. Esto conduce de manera necesaria a una mayor participación del ciudadano y de la comunidad en la toma de las decisiones que los afectan, la cual se ve reflejada a lo largo de todas las decisiones de la Carta, en donde el pueblo asume el papel de verdadero actor” (Ramírez Ocampo, 1991, 5).

La anterior indicación condensa las razones fundamentales que la ciencia política y la doctrina *ius publicista* han señalado como causas de la tendencia moderna del constitucionalismo hacia la profundización de la democracia, mediante el desarrollo de los llamados mecanismos de participación ciudadana. Estas causas son las siguientes:

### **1.1. El crecimiento del Estado y la centralización del poder político y de la función administrativa**

La doctrina *ius publicista* explica que el desarrollo e implementación del concepto de participación se asocia a la crisis de representatividad y al debilitamiento de los Parlamentos o Congresos como órganos representativos de la sociedad civil, ocasionada por el tránsito del modelo del Estado liberal de derecho al de Estado social de derecho.

En efecto, el Estado social de derecho, a diferencia del Estado liberal clásico, se edifica a partir del principio de solidaridad, que cobra vigencia para orientar la política pública y la acción administrativa hacia la satisfacción de las necesidades básicas de toda la población, especialmente de las clases menos favorecidas. Este cambio no fue algo casual o accidental, sino que respondió a una larga historia de transformaciones institucionales ocurridas no solo en

nuestro orden jurídico fundamental, sino también en el de las principales democracias constitucionales del mundo.

Es conocido que el concepto de “Estado bienestar,” antecedente del “Estado social de derecho”, apareció en Europa a principios de este siglo, como respuesta a demandas sociales de variada índole (Sentencia C-866 de 1999). Esta nueva concepción implicaba una transformación del antiguo modelo reducido de Estado, de aquel Estado mínimo, también llamado Estado gendarme o policía, el Estado del dejar hacer-dejar pasar, propio del liberalismo clásico, para dar paso a una estructura político-administrativa mucho más grande y compleja, promotora de toda la dinámica social hacia la garantía de satisfacción de las necesidades básicas de la población en campos como el de la salud, la vivienda, el trabajo, la educación, la alimentación, la seguridad, etc., satisfacción de necesidades que paulatinamente vino a ser concebida como derecho subjetivo y no como mera beneficencia. Así pues, aparece la consagración, en la mayor parte de las Constituciones del mundo, incluida por supuesto la nuestra, de un catálogo de derechos de contenido social, económico y cultural. Y, a nivel institucional, la aparición de la actividad intervencionista y planificadora del Estado y el crecimiento desmesurado de este último, a fin de alcanzar a cumplir los logros sociales de él esperados. Se produce así un “Estado máximo” que algunos no han dudado en llamar “el Estado megalómano”,<sup>1</sup> una macrocefalia social en cabeza del aparato burocrático público.

Ahora bien, en los regímenes políticos democráticos, el redimensionamiento del Estado que este cambio de concepción produjo, vino asociado con una pérdida de legitimidad del poder; históricamente empezó a presentarse un fenómeno sociopolítico que bien podría calificarse como una verdadera crisis de representatividad democrática, subsiguiente a la ampliación de las funciones estatales. El crecimiento burocrático y el desbordamiento de la función ejecutiva, principal responsable del actuar público para el logro de los cometidos estatales, redujo la importancia y el peso relativo de la actividad legislativa. Igualmente, el auge de la actividad judicial en su papel de garante de los derechos fundamentales contribuyó más adelante a este debilitamiento del papel del Congreso o Parlamento como principal órgano público represen-

---

<sup>1</sup> En *El Estado megalómano*, Jean François Revel sostiene que el Estado contemporáneo se ha extendido en exceso, llegando a invadir todas las actividades humanas y erigiéndose en un peligro para la libertad del hombre.



tante y defensor de los derechos ciudadanos, que había sido concebido por el liberalismo decimonónico como máximo depositario de la soberanía nacional.

Además, como es sabido, por razones del proceso de industrialización de las naciones, esta macrocefalia administrativa vino acompañada de procesos sociales de concentración de la población en los grandes centros urbanos, principalmente en las capitales de los Estados. Por otro lado, el fortalecimiento de las funciones del Estado central condujo, en la mayor parte de las democracias occidentales, a un acuciante centralismo político-administrativo, fenómeno que se viene presentando a partir del pasado siglo aun dentro de las formas de Estado compuesto o federal (Naranjo Mesa, 2000, 297), como consecuencia del necesario manejo y planificación a nivel nacional de las políticas macroeconómicas, las de seguridad nacional, las de seguridad social, las relaciones internacionales, etc.

Todo este panorama de cambios alejó al ciudadano común y corriente del contacto más cercano con los gobernantes y los funcionarios públicos, para enfrentarlo a una relación absolutamente impersonal con grandes estructuras burocráticas centralizadas. Especialmente dentro del nivel nacional de la administración se comenzó a presentar un alejamiento de la ciudadanía, por el origen centralista de las autoridades. Además, la centralización administrativa indujo o generó la concentración político-económica, en una cadena de sucesos que bien podría calificarse de círculo vicioso: a todos resulta más conveniente estar cerca del centro de poder que en la periferia (Sánchez, 2000, 23 y ss.), por lo cual cada vez más el centralismo genera un mayor centralismo, y con este más distancia entre los problemas locales y cotidianos del ciudadano y las políticas públicas de los gobernantes. Hasta que finalmente llegó a consumarse una verdadera crisis política originada en la pérdida de legitimidad de las instituciones, que este alejamiento entre el Estado y la sociedad propiciaba.

La respuesta a este alejamiento del ciudadano respecto de las autoridades y del poder consistió en una reorientación del constitucionalismo moderno en varios sentidos: (i) de un lado, se buscó fortalecer el Parlamento tratando de hacerlo verdaderamente representativo, profesionalizándolo y aumentando sus competencias especialmente en materia de control político; en el caso colombiano este fue un objetivo explícito de la Constitución de 1991;<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> En la Sentencia C-759 de 2004, la Corte Constitucional explicó que “uno de los objetivos que persiguió la Asamblea Nacional Constituyente fue el de mejorar de manera general la representatividad

(ii) de otro lado, se trató de acentuar la descentralización política y administrativa y avanzar hacia la autonomía de las entidades territoriales, en una búsqueda de cercanía entre los verdaderos intereses y problemas locales y cotidianos de la sociedad y los cometidos de las autoridades públicas; (iii) y por último, en forma intencional se abrieron espacios de participación ciudadana que permitieran dotar de legitimidad al poder público. Así pues, la participación ciudadana viene a ser una de las respuestas del constitucionalismo, quizá la más directa, para enfrentar la crisis de legitimidad y de representatividad característica del Estado democrático en la era posmoderna, y para borrar los linderos entre el Estado, de un lado, y la sociedad, del otro.

Ciertamente, la ciencia política por lo general ha entendido el concepto de “legitimidad” como el apoyo ciudadano al ejercicio del poder. Este apoyo se produce cuando se reconoce la competencia o la aptitud del gobernante para adoptar soluciones justas a los problemas sociales. A su vez, este apoyo o adhesión del conglomerado social a la forma en la cual se ejerce el poder conduce a su estabilidad, haciendo innecesario el recurso a la fuerza para lograr el obediencia a la ley (André Hauriou citado en Naranjo Mesa, 2000, 297). Por el contrario, la falta de credibilidad en los gobernantes y de confianza en su capacidad para ejercer el poder se manifiestan en inestabilidad política y en crisis de legitimidad.

Así pues, la legitimidad democrática no consiste simplemente en el origen electivo o popular del poder, sino que además exige que los gobernantes democráticamente elegidos gobiernen según la idea de poder que tienen los gobernados, es decir que las autoridades se hagan intérpretes de las necesidades sociales, adopten las soluciones y tomen las medidas que los ciudadanos estiman justas, oportunas y adecuadas para resolver esos requerimientos, y por esta razón obtengan su confianza. Ahora bien, esta conexión entre gobernantes y gobernados que está a la base de la legitimidad del poder no es

---

del Congreso de la República, para lo cual se consideró necesario revisar su sistema de elección. Con este propósito se introdujo la circunscripción nacional para la elección del Senado, estimando que así se abriría espacio a las minorías y nuevas fuerzas políticas sociales, y con la misma finalidad se promovió la representación de las comunidades de las entidades territoriales que por su escasa población no tenían entonces influencia en la Cámara de Representantes. Para lograr este objetivo se consagró el referido artículo 176 de la Constitución que, al asegurar que habría por lo menos dos representantes por cada circunscripción electoral, abrió un espacio para la representación permanente de las comunidades asentadas en aquellas circunscripciones que no estaban teniendo tal representación congresional”.

posible si no existen los mecanismos de acercamiento entre unos y otros que, como se vio, por el tamaño y la centralización de las funciones del Estado han dejado de darse naturalmente en las sociedades contemporáneas, por lo cual el constitucionalismo se ha visto obligado a abrir esos espacios, creando una nueva cultura del ejercicio de la actividad política.

## **1.2. El carácter pluralista de las democracias contemporáneas**

Pero no solamente el crecimiento del Estado y la centralización del poder político y de la función administrativa explican la necesidad que experimentó el constitucionalismo contemporáneo de abrir cauces de acercamiento entre el Estado y la sociedad civil y entre los ciudadanos y sus gobernantes. También un cambio cualitativo en el entendimiento de la democracia condujo al mismo resultado. En efecto, el tipo de sociedad en que se vive condiciona la forma de vivir lo público y de interpretar el derecho constitucional, puesto que en sociedades pluralistas y multiculturales, como lo son casi todas las de nuestro tiempo, se tiende a abrir espacio a los valores e intereses de todos los grupos y a las lecturas de consenso respecto de los textos jurídicos fundamentales. Así, a pesar de que hoy en día las democracias que se desenvuelven en este tipo de sociedades pluralistas y multiculturales siguen funcionando con base en el principio mayoritario, su tendencia apunta hacia la inclusión y la recepción de las minorías, el respeto a las diferencias, y a la tolerancia social de aquellos grupos que presentan rasgos culturales distintivos que los diferencian de la cultura predominante.

En este sentido, la Constitución en un Estado pluralista, poliétnico y pluricultural como el que propone la Carta de 1991 que actualmente nos rige, no es solo la regla fundamental mayoritariamente aceptada, sino una fórmula consensuada, un punto de encuentro que, además, debe obrar como garantía plena de los derechos fundamentales e incluso de los sociales, económicos y culturales de todos los ciudadanos.

En efecto, en una sociedad pluralista, entendida como aquella en la que se abre espacio a la presencia de una diversidad de corrientes sociales con intereses, ideologías y aun culturas diferentes, la Constitución es un punto de encuentro, un lugar de convergencia o de coexistencia de valores y principios, que permite construir la unidad e integración de la Nación en torno de un proyecto de vida colectivo, y por esta razón construye un marco jurídico apto para alcanzar la paz, pues dentro de este esquema la Constitución es un

compromiso de convivencia en donde todos los valores y principios recogidos en ella tienen igual importancia, pues representan esta suerte de acuerdo fundamental que permite la integración de la sociedad y evita su disociación.

Ahora bien, el Estado social de derecho supone que la Constitución no es un sistema de valores y principios formal, sino más bien una carta de navegación llamada a proyectarse efectivamente en la vida de la Nación y de cada uno de sus individuos y a regular la convivencia. A esta realidad el neo constitucionalismo la llama “la fuerza normativa de la Constitución”; y para que esta operatividad o proyección práctica de la Carta se haga realmente efectiva, ella misma prevé los cauces adecuados. Así las cosas, para lograr la construcción de una sociedad efectivamente pluralista, el constitucionalismo debe acudir a diversos mecanismos que permitan a todos los grupos sociales acercarse al ejercicio y al control del poder y contribuir a la toma de las decisiones que los afectan. La participación democrática aparece entonces como el vehículo que permite a las minorías ser oídas y encontrar un espacio, si bien no necesariamente decisorio o definitorio de la orientación de la legislación y de las políticas públicas, sí suficiente para influir en su diseño e implementación.

En resumen, en las democracias contemporáneas que operan dentro del modelo de Estado según la forma “social de derecho”, el principio mayoritario se ve complementado con el de participación, de manera que por este camino las minorías encuentran un lugar para la expresión de sus intereses y para la construcción de una sociedad más incluyente.

### **1.3. La pérdida de representatividad de los partidos políticos tradicionales colombianos**

La Constitución de 1991, siguiendo la tendencia mundial, acogió la participación ciudadana como una respuesta a la crisis de legitimidad democrática ocasionada por el crecimiento desmesurado del Estado y su tendencia hacia la centralización, y como el vehículo para integrar a las minorías étnicas y culturales. No obstante, es una realidad histórica que en nuestra historia política reciente, para cuando se expidió la Carta de 1991, se hacía más urgente que en otras naciones la apertura de canales de expresión democrática distintos de los estrictamente electorales.

Ciertamente, la institucionalización del régimen bipartidista del Frente Nacional había contribuido a la pérdida del papel representativo de los partidos políticos y al debilitamiento de su identidad ideológica. Su perfil de

empresas electorales los transformó en sinónimo de organizaciones clientelistas, en donde la relación entre el elegido y el elector está marcada por el agenciamiento de intereses individuales. Cada vez más la clase política empezó a aparecer separada de la sociedad civil y de las necesidades de los grupos sociales (Leal, 1989 citado por Sánchez, 2000). Este panorama, para 1991, hacía urgente abrir canales para la expresión de intereses colectivos no electorales, es decir, no asociados al interés personal de acceder a un cargo público electivo que es visto como cuota personal de poder. Era necesario orientar la vida política nacional hacia la superación del monopolio que sobre ella ejercían los profesionales del clientelismo electoral y al “establecimiento de relaciones suprapersonales, no clientelistas, entre políticos y ciudadanos” (Sánchez, 2000, 33). En este sentido, son elocuentes las siguientes palabras de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente, explicando las razones por las cuales se adoptaba en la nueva Constitución el modelo de democracia participativa: “Se busca superar la simple representación y, avanzando en la participación democrática, crear a través de ella un medio, entre otros, eficaz para superar el clientelismo y corrupción en que ha caído gran parte de la administración” (Esguerra y López, 1991, 4-7).

Asimismo se hacía imperioso reconocer las dimensiones no electorales de la política, es decir, no vinculadas al interés de resultar elegido popularmente, para lo cual debía darse posibilidad de expresión de los intereses difusos o colectivos (Sánchez, 2000, 33). Intereses estos que, usualmente, son agenciados por asociaciones, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, profesionales benéficas o de utilidad común no gubernamentales, es decir, por movimientos sociales provenientes de la sociedad civil, desprovistos de intereses clientelistas, cuya importancia como actores y legitimadores de la democracia ya venía siendo estudiada por la ciencia política y el constitucionalismo en otras latitudes.

Concluyendo, las razones sociales que explican la adopción del principio participativo en la Constitución tienen que ver, de un lado, con la necesidad de superar la crisis de legitimidad del poder ocasionada por el crecimiento y la centralización del Estado; de otro lado, con la tendencia al pluralismo y a la inclusión de las minorías en las democracias pluriculturales de nuestro tiempo; y, finalmente, con la pérdida de la capacidad de los partidos políticos para representar los intereses colectivos de los ciudadanos.

## 2. Concepto de participación ciudadana

Una interpretación sistemática o contextual de nuestra Constitución Política muestra que la participación ciudadana fue concebida por el constituyente como un valor, un principio y un derecho constitucional.

### 2.1. La participación como valor constitucional

Como anteriormente se hizo ver, el “Preámbulo” de la Constitución afirma que ella se promulga “dentro de un marco jurídico, democrático y participativo”. Enseguida, como también se vio, el artículo 1º señala que “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista”. A continuación, el artículo 2º agrega que dentro de los fines del Estado está aquel que consiste en “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”.

Así las cosas, la participación es el “marco”, el “carácter” y uno de los “fines” del Estado colombiano, todo lo cual indica que se trata de un valor constitucional. En efecto, las fórmulas constitucionales que consagran valores se caracterizan por un contenido abstracto y abierto, como el que presentan el “Preámbulo” y los dos primeros artículos de la Carta cuando se refieren a la participación democrática; este carácter abierto hace que las cláusulas de valores hayan sido entendidas como indicadores de metas y como determinantes de criterios interpretativos del resto del ordenamiento.<sup>3</sup> Así pues, la participación ciudadana vista como valor constitucional debe ser considerada como una norma programática, como una aspiración o ideal de profundización de la democracia, que debe guiar no solo la producción y la aplicación del derecho, sino la vida colectiva de la Nación. En tal sentido, la participación ciudadana no es una meta ya alcanzada por la Constitución que nos rige, sino la formulación de una aspiración colectiva para cuyo logro todos los ciudadanos estamos llamados a contribuir.

---

<sup>3</sup> En el artículo “Constitución y valores del ordenamiento”, incluido en estudios los sobre la Constitución española en homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Luciano Parejo (1991, 122 y ss.) analiza las posiciones doctrinales de Eduardo García de Enterría, Gregorio Peces Barba, A. Pérez Luño, M. Aragón, L. Prieto Sanchís y Ronald Dworkin.

## **2.2. La participación como derecho fundamental**

No obstante, la participación también es entendida por la Constitución como un derecho subjetivo en cabeza de los ciudadanos, que en ocasiones se hace extensivo a todos habitantes del territorio. En efecto, el artículo 40 superior, ubicado en el Capítulo I del Título II, denominado “De los Derechos Fundamentales”, reza así: “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.”

No cabe pues duda alguna en cuanto a que existe en cabeza de los ciudadanos un *derecho fundamental de participación* que puede ejercerse a través de las formas que los artículos 40 y 103 superiores mencionan.

## **2.3. La participación como principio constitucional**

Pero la Constitución Política no entiende la participación ciudadana simplemente como un valor y un derecho, según se acaba de ver, sino que adicionalmente lo concibe como un principio, y en tal virtud como una norma que también condiciona la interpretación del ordenamiento, pero con mayor grado de concreción y, por lo tanto, de eficacia jurídica, alcanzando un carácter deontológico. Como tal, es decir como principio, la participación impone deberes a los gobernantes, tal como lo indica el mandato contenido en el artículo 103 de la Constitución, que en su parte final señala que “[e]l Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan”. Nótese pues que el constituyente da un mandato u ordena a las autoridades públicas contribuir a la organización de los movimientos sociales a través de los cuales se hacen efectivos ciertos mecanismos de participación democrática.

A este carácter de principio constitucional de que se reviste la participación democrática se ha referido insistentemente la jurisprudencia, explicando los alcances que tiene en los momentos de producir las normas jurídicas y de aplicarlas. En este sentido, por ejemplo, ha dicho que “el principio de participación democrática expresa no solo un sistema de toma de decisiones, sino un modelo de comportamiento social y político, fundamentado en los principios del pluralismo, la tolerancia, la protección de los derechos y libertades

así como en una gran responsabilidad de los ciudadanos en la definición del destino colectivo”.<sup>4</sup> Y en el mismo sentido ha señalado que “la interpretación constitucional encuentra en el principio democrático una pauta inapreciable para resolver dudas o colmar lagunas que puedan surgir al examinar o aplicar un precepto. En efecto, a la luz de la Constitución la interpretación que ha de privar será siempre la que realice más cabalmente el principio democrático, ya sea exigiendo el respeto a un mínimo de democracia o bien extendiendo su imperio a un nuevo ámbito” (Sentencia C-089 de 1994).

### **3. El *modus operandi* de la democracia participativa: los mecanismos de participación democrática**

La democracia calificada de “participativa” opera a través de estrategias constitucionales y legalmente diseñadas para permitir a los ciudadanos (i) adoptar directamente ciertas decisiones o participar en el debate previo a su adopción por la autoridad pública competente, a lo cual genéricamente se le llama *participación para la toma de decisiones*, o (ii) ejercer directamente control sobre el ejercicio de una función pública, a lo cual se le llama *participación para el control*.<sup>5</sup> A estas estrategias se las conoce con el nombre genérico de *mecanismos de participación ciudadana*, que conviven con los mecanismos tradicionales de la democracia simplemente representativa.

#### **3.1. Mecanismos de democracia representativa y mecanismos de democracia participativa**

Ahora bien, en este punto es muy importante reparar en que los llamados mecanismos de participación ciudadana difieren sustancialmente de los métodos a través de los cuales históricamente ha operado la democracia simplemente representativa, aunque convivan con ellos. Por ejemplo, la elección de representantes del pueblo a través del voto o sufragio universal es un mecanismo de democracia meramente representativa; o la posibilidad de conformar partidos políticos igualmente lo es, a pesar de que con cierta frecuencia la doctrina y la jurisprudencia se refieran genéricamente al voto y al derecho de los ciudadanos a conformar partidos y movimientos políticos o grupos ciudadanos como formas

---

<sup>4</sup> Sentencia C-180 de 1994, Magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara.

<sup>5</sup> Sobre la participación para la toma de decisiones y para el control del poder público, véase la Sentencia C-292 de 2003, Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett.



de ejercicio de democracia participativa. Incluso la misma Constitución Política de Colombia parece incurrir en dicha confusión pues, dentro de los mecanismos de participación ciudadana que enumera incluye la posibilidad de “elegir y ser elegido”. Sin embargo, sin una clara distinción entre lo propiamente participativo y lo simplemente representativo no es posible entender cuál es el cambio cualitativo que significa el paso a este nuevo modelo de democracia.

Lo que es consubstancial al concepto moderno de participación ciudadana es la posibilidad de actuar directamente ejerciendo prerrogativas propias del poder público, tales como (i) adoptar normas jurídicas, (ii) definir políticas públicas o participar en el debate previo a su adopción, o (iii) controlar el poder soberano. Sin ese actuar directo de los ciudadanos en estas materias no es posible hablar de participación en el sentido que le otorga al término el derecho constitucional moderno. En todos aquellos eventos en los cuales se vota por representantes, se actúa a través de ellos o se organizan estructuras tendientes a su elección, estamos en el ámbito de la democracia simplemente representativa. La democracia participativa empieza donde, además de lo meramente representativo, aparece la posibilidad del ciudadano de actuar personal y directamente, a la manera de los griegos en la Asamblea reunida en el Ágora, o en las instituciones atenienses de control como la famosa *Bulle* o el Consejo de los Quinientos, órgano con funciones de control en el cual participaban alternativamente todos los ciudadanos de Atenas. Ahora bien, lo anterior no significa que ese actuar personal y directo de la ciudadanía, propio de la democracia participativa, no se pueda realizar a través del sufragio, y que también opere a través del principio de las mayorías, consubstancial a la democracia, como de hecho sucedía en la democracia griega, paradigma de la participación directa.

La Constitución Política señala en su artículo 103 que “son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato”. Esta enunciación recoge las formas de actuación democrática propiamente participativas y no simplemente representativas, por implicar ese desempeño directo del ciudadano en la adopción de decisiones. Empero, el voto, que aparece de primero en la lista, no es propiamente un mecanismo de participación. El voto es simplemente el *modus operandi* de la democracia, que puede ser utilizado tanto en el ámbito de lo simplemente representativo, como de lo participativo. Se repite: lo propio de la participa-

ción es poder adoptar decisiones o intervenir en el proceso de su adopción, o ejercer control sobre el ejercicio del poder.

Así pues, el voto no puede ser calificado de mecanismo de participación ciudadana, pues en ocasiones es tan solo el método a través del cual opera la democracia simplemente representativa, justo para elegir representantes, aunque en otras sea utilizado como vehículo de la participación directa.

Ahora bien, como se dijo, no solo en el artículo 103 la Constitución Política se refiere a los mecanismos de participación. También lo hace su artículo 40 relativo a las formas en las cuales el ciudadano puede hacer efectivo su derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Al respecto, esta norma señala que puede hacerlo de diversas maneras, no todas las cuales constituyen formas de actuación directa del ciudadano, connotables a la noción de participación. En efecto, dentro del listado de mecanismos que aparecen allí, el numeral 1º recoge el de “elegir y ser elegido”. Este modo de participación, dirigido a la conformación del poder político, como antes se dijo, es típico de la democracia simplemente representativa. Puede decirse que aquí el constituyente no añadió nada nuevo al régimen anterior que prefiguraba una democracia representativa a secas.

En cambio, el numeral 2º del mismo artículo 40 recoge los mecanismos de participación propiamente dichos, dirigidos a la adopción por el pueblo de decisiones. Allí se indica que el ciudadano puede tomar parte en “plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática”. No obstante, también se señala que podrá tomar parte en elecciones, lo cual no constituye un proceso de ejercicio de participación, sino más bien de representación.

Similar es el caso del numeral 3º del mismo artículo 40, conforme al cual los ciudadanos pueden “constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas”. Esta posibilidad no es una novedad que responda a la participación ciudadana entendida como posibilidad de ejercicio directo de ciertas prerrogativas soberanas. La posibilidad de fundar partidos políticos o movimientos de la misma naturaleza igualmente existe en las democracias que no tienen un acento participativo, y usualmente busca crear un andamiaje o estructura para lograr el acceso a los cargos públicos de elección popular. Lo anterior sin perjuicio de la función que deben cumplir los partidos políticos en la formación de la ciudadanía para cuando se trate de que ella participe directamente en la toma de decisiones o en el ejercicio de formas de control del poder.

Los demás numerales del artículo 40 recogen mecanismos que pueden ser calificados como propios de la democracia participativa. Tal es el caso del derecho ciudadano a la iniciativa en las corporaciones públicas, forma de participación directa para la adopción de decisiones, o las posibilidades de revocar el mandato de los elegidos o interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley, claras formas de actuar personal y directo ejercidas para el control del poder político.

Finalmente, el numeral 7º señala como otro mecanismo de participación ciudadana al derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, enfatizando que las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la administración pública.

En conclusión, al leer las normas superiores relativas a los llamados mecanismos de participación ciudadana, se encuentra que algunos de ellos constituyen procesos propios de la democracia simplemente representativa, al paso que otros establecen la posibilidad de que el ciudadano actúe personal y directamente en la esfera de lo público. Se aprecia, por tanto, cierta confusión entre los unos y los otros, de manera que podría decirse que la Constitución se refiere de manera genérica a los derechos políticos de los ciudadanos, de los cuales unos responden al modelo representativo y otros al participativo. En cualquier caso, debe destacarse que el artículo 40 superior, como el artículo 103, no tenían equivalente en la Constitución anterior.

Esta confusión de mecanismos de una y otra forma de democracia en el nivel constitucional ha llevado a admitir que esta presencia simultánea de mecanismos de democracia representativa y participativa plantea un falso dilema y que, más bien, con la Constitución de 1991, puede decirse: “Colombia se inscribe abiertamente en la órbita de la democracia integral, donde se mantiene la democracia representativa y se adiciona la participativa”.<sup>6</sup> Empero, la distinción académica entre las dos nociones resulta útil, entre otras cosas porque sirve para evaluar cuándo un régimen democrático es verdaderamente participativo, por prever y fomentar los mecanismos propiamente dichos.

### **3.2. Las posibles clasificaciones de los mecanismos de participación**

La doctrina hace diversas clasificaciones de los mecanismos de participación ciudadana. Así, por ejemplo, algunos se refieren a la participación política y a

---

<sup>6</sup> Sentencia C-011 de 1994 Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

la administrativa. También se observan clasificaciones que hablan de participación individual<sup>7</sup> en contraposición a la participación colectiva.<sup>8</sup> Hay también una división entre la participación consultiva<sup>9</sup> y la participación directa.<sup>10</sup>

Ahora bien, lo cierto es que, a partir de la propia Constitución, podríamos decir con la Corte Constitucional<sup>11</sup> que de un lado están los mecanismos de la democracia representativa y de otro los mecanismos de participación propiamente dichos; y que entre estos últimos cabe distinguir, de un lado, los de participación para la adopción de decisiones y, de otro, los de participación para el control de la función pública.

Son mecanismos constitucionales para la adopción de decisiones el plebiscito,<sup>12</sup> el referendo,<sup>13</sup>

---

<sup>7</sup> Posibilidad de un particular de participar e intervenir en las decisiones en las que no tiene un interés directo (Sánchez, 2000).

<sup>8</sup> Es la que se lleva a cabo a través de organizaciones ciudadanas (Sánchez, 2000).

<sup>9</sup> En esta modalidad la autoridad decide después de consultar a los ciudadanos o a los grupos u organizaciones.

<sup>10</sup> Según la doctrina, en la participación directa el ciudadano sustituye a la autoridad en la toma de la decisión (Sánchez, 2000).

<sup>11</sup> Sentencia C-292 de 2003, Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>12</sup> Biscaretti di Ruffia (1982) define el plebiscito como “una manifestación del cuerpo electoral no actuada en relación a un acto normativo (como el referendo), sino más bien, respecto a un simple hecho o suceso, concerniente a la estructura esencial del Estado o de su gobierno (por ejemplo, una adjudicación de territorio, el mantenimiento o la mutación, de una forma de gobierno, la designación de una determinada persona en un oficio particular, etc.)”. El plebiscito es una especie de consulta popular convocada por el Presidente de la República. Por tal razón, para que su convocatoria y realización se haga en forma constitucionalmente válida, se precisa cumplir con las exigencias previstas en el artículo 104 de la Constitución. Para ello, es indispensable el concepto previo y favorable del Senado de la República.

<sup>13</sup> El referendo es el mecanismo mediante el cual el pueblo aprueba o rechaza las decisiones normativas de las autoridades, expresadas en un texto ya elaborado de proyecto; lo hay para derogar reformas constitucionales y leyes, para aprobar reformas a la Constitución y para convocar asambleas constituyentes. En la Sentencia C-180 de 1994, la Corte Constitucional recordó que los tipos de referendos que autoriza la constitución son los siguientes:

a) El referendo derogatorio de una ley previsto en el artículo 170 de la Constitución, en la siguiente forma: “Un número de ciudadanos equivalente a la décima parte del censo electoral, podrá solicitar ante la organización electoral la convocación de un referendo para la derogatoria de una ley. La ley quedará derogada si así lo determina la mitad más uno de los votantes que concurran al acto de consulta, siempre y cuando participe en éste una cuarta parte de los ciudadanos que componen el censo electoral. No procede el referendo respecto de las leyes aprobatorias de tratados internacionales, ni de la ley de presupuesto, ni de las referentes a materias fiscales o tributarias”.

Otra modalidad es el referendo derogatorio de una reforma constitucional aprobada por el Congreso, relacionada con los derechos fundamentales reconocidos en el Título II, Capítulo 1 de la Constitución,

## la iniciativa popular<sup>14</sup>

---

con los procedimientos de participación popular o con el Congreso, el cual se produce con el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, previa participación a lo menos de la cuarta parte del censo electoral, y que se contempla en el artículo 377 de la Carta.

b) El referendo aprobatorio, el cual se prevé como mecanismo para convertir una región en entidad territorial (artículo 307 de la Constitución Política), al igual que para reformar directamente la Constitución (artículo 374) y para referendar las reformas constitucionales que el Congreso aprobare en relación con los derechos fundamentales y sus garantías (Capítulo I, Título II de la Constitución), con los procedimientos de participación popular o con el Congreso mismo (artículo 377). Dichas normas establecen:

Artículo 307. La respectiva ley orgánica, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial, establecerá las condiciones para solicitar la conversión de la región en entidad territorial. La decisión tomada por el Congreso se someterá en cada caso a referendo de los ciudadanos de los departamentos interesados.

Artículo 374. La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo.

Artículo 377. Deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran a los derechos reconocidos en el Capítulo 1 del Título II y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. La reforma se entenderá derogada por el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que en la votación hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral.

Artículo 378. Por iniciativa del Gobierno o de los ciudadanos en las condiciones del artículo 155, el Congreso, mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas Cámaras, podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley. El Referendo será presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado qué votan positivamente y qué votan negativamente.

La aprobación de reformas a la Constitución por vía de Referendo requiere el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, y que el número de éstos exceda de la cuarta parte del total de ciudadanos que integren el censo electoral.

<sup>14</sup> La iniciativa es la facultad de presentar proyectos de acto legislativo y de ley ante el Congreso de la República, de ordenanza ante las Asambleas Departamentales, de acuerdo con los Concejos Municipales o Distritales y las resoluciones ante las Juntas Administradoras Locales. Se trata en todos los casos de normas jurídicas que regulan situaciones de carácter general, abstracto e impersonal. La iniciativa popular o normativa no procede respecto de resoluciones de carácter particular o subjetivo.

En la Sentencia C-180 de 1994, la Corte explicó así los fundamentos constitucionales de la iniciativa normativa:

La Carta Política de 1886 reservaba la iniciativa legislativa al Gobierno o a los miembros de los cuerpos colegiados en los ámbitos nacional, regional o local, con lo cual limitaba sensiblemente la participación activa y efectiva de los ciudadanos. En la Constitución Política que actualmente rige los destinos de la nación, los ciudadanos tienen la oportunidad y, por

y la consulta popular.<sup>15</sup> Asimismo, el cabildo abierto se inscribe como un mecanismo de participación para la adopción de decisiones.<sup>16</sup> Otro tanto sucede con

---

sobre todo, el derecho de presentar proyectos de ley o de reforma constitucional. En efecto, esta consagra varios casos de iniciativa popular:

- En primer lugar, un número de ciudadanos igual o superior al 5% del censo electoral existente en la fecha respectiva, pueden presentar ante el Congreso proyectos de ley o de reforma constitucional (CP., artículos 154 y 155); de igual modo, previo cumplimiento de los requisitos que la ley señale y en los casos que ésta determine, los habitantes de las entidades territoriales podrán presentar proyectos de ordenanzas o de acuerdos, sobre asuntos que sean de competencia de la respectiva corporación pública (CP., artículo 106). En el primer caso, los proponentes tienen derecho a designar un vocero que será oído por las Cámaras en todas las etapas del trámite; en el segundo, las corporaciones públicas del nivel departamental, distrital o municipal, tienen la obligación de tramitar las iniciativas ciudadanas.
- Podrán presentar proyectos de ley o de reforma constitucional un número igual o superior al 30% de los concejales o diputados del país. Así mismo, el 30% de los concejales y el 5% de los ciudadanos inscritos en el censo electoral vigente, podrán presentar al igual que el Gobierno, proyectos de acto legislativo (CP., artículo 375 en concordancia con el 155).
- Igualmente, un número de ciudadanos equivalente a la décima parte del censo electoral podrá solicitar ante la organización electoral la convocatoria de un referendo para la derogatoria de una ley (CP., artículo 170). Siempre y cuando no se trate de una ley aprobatoria de un tratado internacional, ni de la ley de presupuesto ni de las referentes a materias fiscales o tributarias.
- Asimismo, el número de ciudadanos que determine la ley, podrá solicitar la creación de una provincia (CP., artículo 321).

<sup>15</sup> La Corte Constitucional, en la citada sentencia C-180 de 1994, explicó que “la consulta popular es la posibilidad que tiene el gobernante de acudir ante el pueblo para conocer y percibir sus expectativas, y luego tomar una decisión. En otros términos, es la opinión que una determinada autoridad solicita a la ciudadanía sobre un aspecto específico de interés nacional, regional o local, que la obliga a traducirla en acciones concretas”.

De conformidad con la Constitución Política, la consulta popular, de acuerdo con la Carta, es obligatoria para la formación de nuevos departamentos (artículo 297); para la vinculación de municipios a áreas metropolitanas o para la conformación de estas (artículo 319) y para el ingreso de un municipio a una provincia ya constituida (artículo 321), previo el cumplimiento de los requisitos y formalidades que determine la ley orgánica de ordenamiento territorial (artículo 105) Por su parte, el artículo 105 de la Carta la prevé en forma facultativa al indicar que, previo el cumplimiento de los requisitos formales que señale el estatuto general de la organización territorial y en los casos que el mismo determine, los gobernadores y alcaldes, según el caso, podrán realizar consultas populares para decidir sobre asuntos de competencia del respectivo departamento, distrito o municipio. La ley consagra la consulta popular como mecanismo de participación, a través del cual el pueblo se pronuncia de manera obligatoria acerca de una pregunta de carácter general, que le somete el Presidente de la República (artículo 104), el gobernador o el alcalde (artículo 105) según el caso, para definir la realización o buscar el apoyo generalmente de actuaciones administrativas de carácter trascendental en el ámbito nacional, regional o local.

<sup>16</sup> El cabildo abierto es la reunión pública de los concejos distritales, municipales o de las Juntas Administradoras Locales, en la cual los habitantes pueden participar directamente con el fin de discutir asuntos de interés para la comunidad (Ley 134 de 1994, artículo 9º). Refiriéndose a la posible capacidad decisoria del cabildo abierto, en la Sentencia C-180 de 1994, la Corte dijo lo siguiente: “En este punto

la consulta a las comunidades indígenas, mecanismo de participación para la adopción de decisiones exigido por tratados internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad<sup>17</sup> y por el parágrafo del artículo 330 superior.

También son mecanismos constitucionales para el control del poder, la revocatoria del mandato<sup>18</sup> y las acciones públicas que los ciudadanos pueden interponer ante la rama Judicial para la defensa de la constitucionalidad y la legalidad de las normas jurídicas.<sup>19</sup> Asimismo, las acciones populares y la acción de cumplimiento. Mecanismos para el control del poder público, de diseño legal, son por excelencia las veedurías ciudadanas, reguladas en la Ley 850 de 2003.<sup>20</sup>

#### **4. Fundamentos teóricos, alcances y desarrollo de la participación ciudadana en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana**

Explicando los alcances de la participación ciudadana entendida como un valor, un principio y un derecho fundamental, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha vertido una profusa jurisprudencia que no es posible dejar de reseñar, aunque sea en sus aspectos más generales, so pena de no presentar una reflexión mínimamente comprensiva de lo que ha sido el desarrollo del debate nacional en torno al concepto de participación ciudadana.

Esta breve reseña pasa por traer a colación aquellos conceptos jurisprudenciales relativos a la participación en sus rasgos más generales.

---

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

<sup>17</sup> Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales de Países Independientes, aprobado por la Ley 21 de 1991, cuyos artículos 6, 7 y 34 se refieren de manera concreta a este derecho colectivo de participación.

<sup>18</sup> La revocatoria del mandato es un derecho político por medio del cual los ciudadanos dan por terminado el mandato que le han conferido a un gobernador o a un alcalde.

<sup>19</sup> Acción de inconstitucionalidad de las leyes y acción de nulidad.

<sup>20</sup> Las veedurías ciudadanas son formas y sistemas de participación que permiten a los ciudadanos vigilar que la gestión pública, así como sus resultados, se cumplan en los diversos niveles administrativos.

#### **4.1. La democracia participativa como alternativa entre la democracia directa y la representativa**

Ha hecho ver la Corte que “la democracia participativa constituye una alternativa entre la democracia directa y la representativa, que toma fundamento en la noción de soberanía popular por oposición a la de soberanía nacional que sirve de soporte al modelo de democracia representativa”.<sup>21</sup>

Esta explicación hace referencia a una realidad que también ha sido destacada por la doctrina: la democracia participativa opera dentro del modelo representativo, es decir, no lo abandona, pues por razón del tamaño de las naciones y de las comunidades políticas resulta imperativo que el régimen democrático continúe funcionando principalmente con fundamento en la elección de representantes del pueblo popularmente elegidos. No obstante, el principio de participación implica una superación del modelo representativo, en cuanto admite el actuar directo del ciudadano a través de la puesta en práctica de los llamados mecanismos de participación, a los cuales nos referiremos anteriormente.

La Corte, además, ha destacado que el paso de la democracia meramente representativa a la participativa implica un cambio en el fundamento teórico de la doctrina de la soberanía sobre la que se edifica el modelo democrático, pues la democracia representativa se soporta en la tesis de la soberanía nacional que “estima que este atributo del poder político se radica en la Nación, entendida como la totalidad del cuerpo social, que viene a ser su titular” (Sentencia C-179 de 2002). Por el contrario:

[La tesis de la soberanía popular] supone que la soberanía pertenece al pueblo y que, conforme lo expusiera Rousseau, es la suma de todas las voluntades individuales. Esta diferencia conceptual supone ciertas consecuencias, especialmente la de la naturaleza del mandato que reciben los elegidos. En la democracia representativa, los funcionarios públicos elegidos democráticamente representan a la Nación entera y no a sus electores individualmente considerados, por lo cual el mandato que reciben no les impone obligaciones frente a los electores. Tal mandato se denomina “representativo”. En la democracia

---

<sup>21</sup> Sentencia C-179 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.



participativa, los elegidos representan la voluntad del pueblo y, por lo tanto, reciben un mandato imperativo. (Sentencia C-179 de 2002)

#### **4.2. El carácter universal y expansivo de la democracia participativa**

En muchas oportunidades la Corte ha tenido ocasión de sentar una doctrina jurisprudencial relativa a las características del principio participativo y a las consecuencias que se derivan del modelo democrático participativo que acoge la Constitución Política.

Así, por ejemplo, en la Sentencia T-006 de 1992,<sup>22</sup> se profundizó en el tema de los diversos mecanismos que permiten a los ciudadanos participar en la toma de las decisiones que los afectan, y cómo ellos constituyen la forma propia de “autodeterminación del pueblo”.<sup>23</sup>

En otros fallos, la Corporación ha destacado con particular énfasis que el principio democrático es esencialmente universal y expansivo. Así por ejemplo, en la Sentencia C-089 de 1994<sup>24</sup> la Corte explicó que: “Se dice que es universal en la medida en que compromete variados escenarios, procesos y lugares

---

<sup>22</sup> Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>23</sup> Sobre estos mecanismos participativos que fueron llamados de “autodeterminación del pueblo”, la Corte expresó:

La autodeterminación del pueblo puede ser estimulada por grupos y entes especialmente diseñados para canalizar la participación ciudadana, pero ella en últimas se ejerce a través de cada individuo. Los mecanismos de participación del pueblo –el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato– se orientan a la participación libre e igualitaria de cada miembro de la comunidad política. 28. El principio de autodeterminación del pueblo refiere a éste el origen del poder público y de las principales decisiones políticas que configuran y unifican la comunidad. Para que las supremas decisiones y orientaciones políticas y la articulación del poder público, no se imputen al pueblo estableciendo con este un nexo puramente formal y teórico, incapaz de ganar legitimación para la autoridad establecida y el proceso de toma de decisiones, se hace necesario que las personas y ciudadanos que integran el pueblo cumplan en verdad con su deber constitucional de participar en la vida política, cívica y comunitaria del país (CP art 95-5). 29. Para que se cumpla la aspiración propia del Estado social de derecho y el poder y su aparato se construya a partir de la sociedad misma, cuya participación por esta razón resulta decisiva, debe brindarse a los miembros de la comunidad posibilidades reales e iguales de participación en un proceso político abierto, libre, transparente y pluralista.

En esta Sentencia la Corte analizó cómo no era viable establecer la incontrovertibilidad absoluta de las sentencias judiciales porque esto sería trasladar la titularidad de la soberanía en cabeza de los jueces.

<sup>24</sup> Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder social”.

En el mismo fallo agregó que el principio democrático es expansivo pues “ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción”.<sup>25</sup>

### **4.3. La democracia participativa como una nueva cultura ciudadana**

La Corte también se ha referido al cambio conceptual que significa la democracia participativa frente a la representativa y a la incidencia de haber adoptado este modelo político, incidencia que no recae exclusivamente en el terreno de lo puramente electoral. Ciertamente, en este sentido ha dicho que:

El concepto de democracia participativa lleva ínsita la aplicación de los principios democráticos que informan la práctica política a esferas diferentes de la electoral. Comporta una revaloración y un dimensionamiento vigoroso del concepto de ciudadano y un replanteamiento de su papel en la vida nacional.

No comprende simplemente la consagración de mecanismos para que los ciudadanos tomen decisiones en referendos o en consultas populares, o para que revoquen el mandato de quienes han sido elegidos, sino que implica adicionalmente que el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios no electorales que incidirán significativamente en el rumbo de su vida. Se busca así fortalecer los canales de representación, democratizarlos y promover un pluralismo más equilibrado y menos desigual.

La participación ciudadana en escenarios distintos del electoral alimenta la preocupación y el interés de la ciudadanía por los problemas

---

<sup>25</sup> En esta Sentencia la Corte estudió la constitucionalidad del proyecto de Ley estatutaria por el cual se dictaba el Estatuto Básico de los Partidos y Movimientos Políticos.

colectivos; contribuye a la formación de unos ciudadanos capaces de interesarse de manera sostenida en los procesos gubernamentales y adicionalmente hace más viable la realización del ideal de que cada ciudadano tenga iguales oportunidades para lograr el desarrollo personal al cual aspira y tiene derecho.<sup>26</sup>

Así pues, la democracia participativa y los mecanismos de participación previstos para hacerla efectiva implican una nueva cultura, una nueva dimensión de los derechos políticos que supera el simple derecho a elegir y a ser elegido, único modo a través del cual opera de la democracia simplemente representativa e incluso sobrepasa el derecho a tomar parte en los llamados mecanismos de participación directa.

## 5. Los riesgos de la participación

En las reflexiones anteriores se ha tratado de indagar acerca de la filosofía que inspiró al constitucionalismo a evolucionar hacia la participación democrática, y al carácter universal y expansivo de la participación como valor, principio y derecho de estirpe constitucional.

Debemos ahora detenernos en lo que la participación no es, o no debe ser. Ciertamente, la nueva cultura participativa implica riesgos evidentes que no fueron desconocidos por el constituyente de 1991. Estos riesgos han sido denominados de diversas maneras por la ciencia política y el derecho constitucional. Algunos se han referido a tales peligros bajo las denominaciones de “democracia electoral”, “cesarismo plebiscitario”, “democracia plebiscitaria” o “despotismo democrático”. Cualquiera de estas expresiones hace alusión a aquellos regímenes políticos que se sustentan en la realización de elecciones periódicas, pero no en la vigencia material o en el desarrollo efectivo de contenidos democráticos. En estos escenarios, no son los principios y valores de la democracia, ni su dinámica institucional la que preside la adopción de las decisiones políticas, sino que estas se toman al amparo del caudillaje de un líder por excelencia carismático.

---

<sup>26</sup> Sentencia C-180/94. Magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara. En esta sentencia se analizó la constitucionalidad del proyecto de Ley estatutaria de instituciones y mecanismos de participación ciudadana.

El constituyente de 1991 no fue ajeno a la preocupación por los riesgos de la participación democrática. Un análisis de los antecedentes históricos de las normas superiores relativas al referendo confirma que la Asamblea Nacional Constituyente tuvo conciencia de los peligros implícitos en esta institución, por lo cual se preocupó de regularla para sujetarla a controles.<sup>27</sup>

Muestra de la conciencia de estos riesgos es la inquietud manifestada en el Informe de Ponencia para Primer Debate en Plenaria, donde se recordaron tales riesgos de los mecanismos de decisión directa del pueblo, al señalar que el propósito de la Asamblea Constituyente al consagrar el plebiscito o el referendo era ampliar la participación dejando claro que esos medios “por sí solos no garantizan la democracia”, ya que “pueden ser utilizados al estilo de Napoleón o como los ejerció Pinochet, que en cada momento acudían a esos mecanismos para legitimar la dictadura”, por lo que había que regular con cuidado “quién, cómo, en qué momento, para qué se utilizan”.<sup>28</sup>

La Carta Democrática Interamericana<sup>29</sup> en sus artículos 2º, 3º y 4º recoge lo que podrían considerarse los clásicos elementos esenciales o definitorios de la democracia: la vigencia del principio de soberanía popular realizado en la celebración de elecciones periódicas, libres y basadas en el sufragio universal; el respeto a los derechos humanos; el derecho de acceso al poder y a su ejercicio con arreglo a la ley, el pluralismo político, la separación de las ramas del poder y el sometimiento de los ciudadanos y de las autoridades al imperio de la ley y de la Constitución. Pero al lado de estos ingredientes, dicha Carta destaca con particular énfasis cómo la promoción y observancia de los derechos económicos, sociales y culturales son consustanciales a la consolidación de la democracia y cómo la pobreza, el analfabetismo y los bajos niveles de desarrollo humano son factores que inciden negativamente en la implementación de la misma.

En efecto, es un lugar común en la Teoría Constitucional y en la ciencia política destacar la diferencia entre las nociones de *democracia real* y *democracia formal*. En la primera, los elementos esenciales o definitorios de la democracia

<sup>27</sup> Ver: Sentencia C-551 de 2003. Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>28</sup> Ver el “Informe Ponencia para Primer Debate. ‘Democracia Participativa, Reforma y Pedagogía de la Constitución’” en la *Gaceta Constitucional* (No 81, p 6).

<sup>29</sup> Aprobada el 11 de septiembre de 2001, en sesión especial de la Asamblea de la Organización de los Estados Americanos (oea) en Lima, Perú.

no son un simple marco teórico revestido simplemente de valor programático, sino que tienen verdadera proyección normativa y eficacia. En cambio, en la democracia simplemente formal, a pesar de ser el presupuesto jurídico de la democracia real, la vivencia efectiva de los principios y valores democráticos no es posible, principalmente por ausencia de una infraestructura social, económica y cultural que asegure a los ciudadanos la satisfacción de sus necesidades básicas, y con ello la posibilidad de actuar conscientemente en la vida política y participar en ella de manera libre e independiente.<sup>30</sup>

Es por ello que la Carta Democrática Interamericana alerta sobre la necesidad de hacer efectivos los derechos económicos sociales y culturales, cuando señala que la democracia y el desarrollo económico y social “son interdependientes y se refuerzan mutuamente” (artículo 5), y desarrolla este enunciado al señalar cómo la falta de desarrollo y equidad, la discriminación, el analfabetismo, la pobreza, la falta de respeto por los derechos de los trabajadores y las mujeres, son factores negativos para la consolidación de la democracia.

Así pues, es necesario que nuestras sociedades avancen en el reconocimiento efectivo de mínimos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, pues la pobreza y la desigualdad siguen siendo el mayor factor que repercute negativamente en la calidad de la democracia. Pero junto a ello, también es un cometido urgente trabajar para construir una ciudadanía activa y crítica, no apática a los procesos de adopción de decisiones políticas, consciente de la prevalencia del interés general; una ciudadanía formada desde la infancia en el respeto a los valores ciudadanos e interesada por lo público, que no deje tales asuntos en manos de los políticos profesionales, y esto en todos los niveles sociales.

Numerosos pensadores políticos han alertado sobre estas cuestiones y sobre los peligros de construir la democracia solamente sobre el prestigio de grandes líderes, sin una ciudadanía deliberativa y responsablemente participativa. Este elemento sociocultural, hoy en día, puede ser incluido dentro del catálogo de los requisitos esenciales del Estado.

La falta de educación y de cultura ciudadana, el hambre, la necesidad de votar en procura de las más apremiantes necesidades personales a cambio de prebendas inmediatas, el miedo impuesto por grupos al margen de la ley, etc., distorsionan la libertad del sufragante, corrompen la democracia, le

---

<sup>30</sup> Sobre este tema, ver: Naranjo Mesa, 2000, 449.

restan la libertad al sufragio. Más aún, niegan la posibilidad de tomar parte activamente en los mecanismos participativos de adopción de decisiones o de control de la gestión pública, que exigen del ciudadano mayores conocimientos y mayor actitud crítica. Todo esto ha sido ampliamente estudiado por la Ciencia Política y la Teoría del Estado, sin que en las sociedades en desarrollo se haya podido aún superar los índices de pobreza extrema y de precariedad en la formación ciudadana que nos permitan acercarnos siquiera a un ideal de democracia actuante.

He ahí la importancia de los movimientos y los grupos ciudadanos, la importancia de la prensa libre, la importancia de la educación: solo a partir de ellos será posible construir el espacio adecuado de la participación y de la representación y permitir el desarrollo de una verdadera democracia crítica, reflexiva, madura y libre. De manera especial debe ponerse énfasis en la necesidad de desarrollar una cultura de las sociedades civiles, las organizaciones ciudadanas, los movimientos sociales, verdadero semillero de las virtudes cívicas y espacio de formación de la democracia crítica, además de escenario jurídico del control ciudadano del poder.

La democracia participativa exige tener en cuenta la dimensión educativa de los procesos participativos, el papel de los medios de comunicación, la educación en la tolerancia, el sentido de pertenencia al grupo, pero también al colectivo nacional.

## **Conclusiones**

El crecimiento del Estado y la centralización del poder político han sido señaladas como algunas de las causas que han conducido al constitucionalismo moderno a la profundización en el estudio de la democracia, pues han conllevado a una crisis del modelo de representación. Esto se ha visto reflejado en un desbordamiento de la función ejecutiva que, sumada al fortalecimiento del poder judicial en su labor de garantía del catálogo de derechos incluido en la Carta Política, han conducido a un debilitamiento del órgano de representación por excelencia: el Congreso.

La implementación cada vez más frecuente de este modelo conllevó a un centralismo político y administrativo que terminó por alejar al ciudadano de las autoridades y del mismo ejercicio del poder, siendo esa relación la base de la legitimidad del poder. Es por esta razón que la tendencia moderna se dirige a reflexionar sobre esos espacios en los cuales debe procurarse el ejer-

cicio de la actividad política, en el marco de un ordenamiento constitucional determinado por el pluralismo ideológico, étnico y cultural.

La existencia de un texto constitucional garante de los espacios de discusión y participación política, no solamente evidencia la importancia del valor de la diferencia y el respeto por esta, sino que permite a las autoridades que ejercen el poder dimensionar el tamaño del Estado, la variedad y la importancia de contemplar la participación como valor, principio y derecho, entendiendo la importancia de analizar el principio de la mayoría en concordancia con el de la participación.

En consecuencia, se ha creado la necesidad de revisar los mecanismos de la democracia representativa y los de la democracia participativa, como elementos integrantes del ordenamiento jurídico y de la realidad jurídica, política y social de nuestro modelo democrático. Sin embargo, esta revisión no ha sido pacífica, pues ante la confusión por la caracterización de unos y otros se ha creado el falso dilema de la existencia de una democracia integral que mezcla elementos de una y otra de las clases de democracia descritas.

Por lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en desarrollo de su función de análisis y estudio del cuerpo constitucional, ha establecido que, de un lado, están los mecanismos de la democracia representativa y, de otro lado, los de la democracia participativa, siendo ambos elementos esenciales para el desarrollo de los fines del Estado social de derecho. Adicionalmente, su consolidación en el ejercicio del control del poder por parte de los ciudadanos y la superación de la noción de democracia como el simple sufragio, han hecho que la democracia participativa y sus mecanismos se conciban como una nueva cultura de derechos políticos e implican una dimensión fundamental para el alcance del modelo político mismo, para el desarrollo constitucional y para la educación en el ejercicio del poder y de los derechos de los ciudadanos.

Como todo modelo político, la participación conlleva riesgos, pero es indispensable la educación en los derechos, en el respeto por estos y en el reconocimiento de la importancia de tenerlos, pues no todos los modelos de Estado y sistemas políticos existentes en el mundo así lo permiten. Los derechos políticos han de concebirse como una potestad en cabeza de los gobernados, pero asimismo como un deber para con los gobernados mismos, con sus conciudadanos, con su futuro y con su patria.

## Bibliografía

- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. (1982). *Las instituciones legislativas de la democracia directa*. Madrid: Tecnos.
- ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos y Jaime Arias López. (1991). “Ponencia: Democracia participativa, reforma y pedagogía de la Constitución”, en *Gaceta Constitucional* N° 81.
- LEAL B., Francisco. (1989). “El sistema político del clientelismo”, en *Análisis Político* N° 8.
- NARANJO MESA, Vladimiro. (2000), *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Bogotá: Temis.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. (1991). “Constitución y valores del ordenamiento”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Tomo I. Madrid: Civitas.
- RAMÍREZ OCAMPO, Augusto. (1991). “Exposición de Motivos de la ponencia para segundo debate en la plenaria”, en *Gaceta Constitucional* N° 112.
- SÁNCHEZ, Carlos Ariel. (2000). *Participación ciudadana y comunitaria*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.





Segunda parte  
**Los retos actuales de la participación ciudadana  
administrativa**



# Delimitación conceptual de la participación ciudadana administrativa

Rocío Araújo Oñate\*

## Introducción

En el presente texto se tratará de estudiar el modelo de Estado democrático previsto en la Constitución Política de Colombia de 1991, determinando las características de la democracia participativa, de la participación ciudadana administrativa, de la cooperación de los particulares con el ejercicio de funciones administrativas, para establecer los elementos que inciden en la participación ciudadana propiamente administrativa.

En esa medida, el estudio delimita las principales relaciones y diferencias específicas que se deducen de los mecanismos de participación del pueblo en el ejercicio de su soberanía y la participación ciudadana administrativa, formas democráticas adoptadas por la Constitución de 1991 y que inciden en la calidad de la democracia del Estado y en los procesos de deliberación, concertación, control y evaluación de la gestión administrativa.

Esta contribución es importante porque proporciona claridad conceptual frente a cada una de las instituciones, pretendiendo permitir adecuados desarrollos de estos temas tanto legislativos, como doctrinarios y jurisprudenciales, para entonces proceder al fomento decidido de la participación ciudadana en la gestión pública, deuda pendiente aún con la Constitución Política.

---

\* Abogada; Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario; Maestra de las Ciencias Administrativas (Speyer, Alemania); Maestra de las Ciencias Jurídicas (Heidelberg, Alemania); Diploma de Estudios Avanzados (DEA) de la Universidad Alfonso X El Sabio, Villanueva de la Cañada, España); Profesora titular de carrera de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, directora de la Especialización en Derecho Administrativo, y directora de la Línea de investigación en Régimen Económico y de la Hacienda Pública.

## 1. Democracia participativa y participación ciudadana

El concepto y el alcance de la democracia en el Estado contemporáneo ha sido objeto de múltiples interpretaciones y discusiones (Zamagni, 2005, 6-19). No obstante ello, la democracia es regla estructural del Estado constituido, por lo cual apareja consecuencias para el funcionamiento del Estado, los individuos, la sociedad civil.

De acuerdo con el artículo 1 de la Constitución Política, el fundamento jurídico de la democracia es la Constitución, que estructura el modelo, los mecanismos y los procedimientos democráticos, así como el poder del Estado sobre un marco político derivado de la soberanía popular, capaz de legitimar la gestión estatal. Por ello, la Constitución debe redundar en favor del pueblo, entendido como un grupo de individuos con intereses comunes que detentan parte del poder y que conforman estructuras comunes de acción política. En dicho marco político convive la participación ciudadana con la subordinación al poder.

En las decisiones democráticas no es posible identificar los intereses de ciertos individuos o sectores, sino que, por el contrario, las decisiones políticas del Estado deben ser libres e igualitarias y deben satisfacer el interés común que nace de los distintos intereses que se encuentran en juego y se apartan de intereses determinados.

Esta comprensión de la democracia supone la soberanía popular, que concibe a cada uno de los asociados de la organización política detentando una fracción idéntica del poder, lo cual explica lo previsto por el constituyente en el artículo 3 de la Constitución Política, cuando señala que “la soberanía reside exclusivamente en el pueblo del cual emana el poder público”. También contiene esta disposición dos formas de democracia: una directa, ejercida directamente por el pueblo, a través de los mecanismos distintos del voto previstos en el artículo 103 de la Constitución Política y que se refieren al plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato; y otra, indirecta o representativa, que es la que ejercen los elegidos, a través del sufragio universal.

La legitimación del poder público, puede provenir del directo consentimiento de los ciudadanos, a través del sufragio y de los mecanismos de democracia directa, así como también de la participación ciudadana administrativa, creando de esta manera un vínculo inseparable entre estas formas y el poder

constituido, con lo cual se origina un presupuesto indispensable para que la sociedad entera respete las decisiones del Estado.<sup>1</sup>

Tal forma de legitimación se encuentra, a su turno, comprendida por la subordinación de los organismos de la organización política a la Constitución y a la ley, como manifestación democrática del Estado que conforma el interés general, produciendo consecuencias sobre la estructura, organización y funcionamiento del mismo. También se ve representada en la posibilidad de renovar periódicamente las autoridades públicas elegidas popularmente, lo que implica un principio de responsabilidad de estas frente al pueblo. A su vez, la legitimación popular causa la necesidad de que las autoridades garanticen los derechos fundamentales, dentro de los cuales se encuentra la igualdad de trato a todos los asociados del Estado. A partir de la libertad y de la igualdad reconocida y garantizada por el Estado puede el pueblo hacerse partícipe de la deliberación, gestión y control de las principales decisiones de la organización.

La responsabilidad política de los representantes directos del pueblo se verifica en el momento de las elecciones, por cuanto los ciudadanos al votar pueden consentir o rechazar las ejecutorias de sus representantes, votando por ejemplo por el mismo o por otro proyecto político y, en consecuencia, aceptando o negando el apoyo a quien en el pasado proceso electoral recibió el beneplácito.

De otro lado, el artículo 3 de la Constitución posibilita que el pueblo pueda ejercer en forma directa su soberanía, en los términos que esta fuente jurídica establece. En ese sentido, el concepto de pueblo que hace parte de la democracia participativa no puede ser ajeno a la noción de pluralismo, que implica la coexistencia de diferentes ideas, intereses, razas, géneros, orígenes, religiones, instituciones o grupos sociales, así como los intereses que los asociados del Estado representan.

La Corte Constitucional,<sup>2</sup> al realizar una relación entre la democracia, la soberanía popular y el pluralismo político, caracteriza los linderos de la legitimidad de las decisiones adoptadas por el pueblo directamente cuando establece que:

---

<sup>1</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-540 del 24 de noviembre de 1993. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.

<sup>2</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-141 del 26 de febrero de 2010. Magistrado ponente: Humberto Sierra Porto.

El pueblo de tan heterogénea composición al escoger un modelo de democracia constitucional acepta que todo poder debe tener límites y, por lo tanto, como pueblo soberano acuerda constituirse y autolimitarse de conformidad con ese modelo democrático e instituye cauces a través de los cuales pueda expresarse con todo y su diversidad. Por ello, en los Estados contemporáneos la voz del pueblo no puede ser apropiada por un solo grupo de ciudadanos, así sea mayoritario, sino que surge de los procedimientos que garantizan una manifestación de esa pluralidad.

Para fortalecer la calidad de la democracia representativa, el constituyente de 1991 definió los mecanismos de democracia participativa o directa, los cuales cobijan a la sociedad política por entero y tienden a proporcionar al ciudadano un mecanismo de decisión directa sobre los principales aspectos políticos del Estado y que se instrumentan a través del plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato.

Estas formas se diferencian de los mecanismos de participación ciudadana administrativa, propuestos por el inciso 3 del artículo 103 de la Constitución y que se relacionan con la posibilidad que tienen los ciudadanos y las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, es decir, las organizaciones de la sociedad civil, para contribuir en la formulación, concertación, ejecución, control, vigilancia y evaluación de la gestión pública, toda vez que estos mecanismos inciden ya no en el plano político, sino fundamentalmente en la actuación administrativa del Estado.

Tanto la democracia representativa, como participativa y los mecanismos de participación ciudadana dependen del Estado de derecho y por ello revisten un carácter reglado y deben respetar el procedimiento (Schumpeter, 1983, 311). Esta es la condición democrática más importante, porque para producir cualquier decisión se requiere el irrestricto cumplimiento de los lineamientos jurídicos previstos por las mayorías, que deben posibilitar el ejercicio de los derechos de las minorías en dicho proceso democrático, con la posibilidad real de que estos en el futuro puedan obtener la mayoría.

La libertad de conciencia y de manifestación de pensamiento, el derecho de reunión y de asociación, de información y de comunicación, la justicia, los

elementos que caracterizan el buen gobierno, los procedimientos de acceso al proceso decisorio, los procesos electorales periódicos, libres, secretos y universales, las condiciones de garantía efectiva de los derechos políticos y los mecanismos de protección de derechos fundamentales y de ciertos intereses básicos de todos los seres humanos, condicionan la existencia y calidad misma de la democracia.

Del ejercicio de los mecanismos de democracia que consagra la Constitución se deriva la legitimación democrática con la que actúan las autoridades públicas, la ley democrática como instrumento para la consecución de los fines del Estado, la separación de poderes, la autonomía que se reconoce a las entidades territoriales y la necesidad de garantizar los derechos fundamentales. Por esta razón, la democracia entraña la posibilidad de operar como principio sustantivo y a la vez estructural,<sup>3</sup> de donde se coligen las características que dotan de contenido el principio.

En esa medida, el principio democrático, a partir de lo previsto en los artículos 1, 2, 3 de la Carta Política, se caracteriza por ser universal y expansivo.

Es *universal* en la medida en que compromete varios escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder social. El principio democrático es *expansivo* pues su dinámica, lejos de ignorar el conflicto social, lo encausa a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de aplicarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C- 866 del 15 de agosto de 2001. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

<sup>4</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-089 de 1994. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.



Con lo explicado anteriormente se concluye que la consagración constitucional del principio de la democracia demuestra que su contenido no se relaciona exclusivamente con la posibilidad de elegir y ser elegido, lo que se concreta a través del ejercicio del sufragio que tiene por consecuencia la representación política de los ciudadanos (atribución que se encuentra prevista en el artículo 40, numeral 1 y 103 inciso 1 de la Carta), ni con los instrumentos de democracia participativa (que inciden en las decisiones políticas legitimadas por los ciudadanos a partir del ejercicio directo de su soberanía, con el alcance antes explicado y cuyo fundamento se encuentra en el artículo 40, numerales 2 y siguientes y en el 103, inciso 1 de la Constitución), sino que de acuerdo con el carácter universal y expansivo de la democracia, esta se proyecta sobre todos los ámbitos de la vida personal, familiar, social y comunitaria, como está previsto en el artículo 95, numeral 5 y en el 103, inciso 3 de la Constitución que constituye el fundamento constitucional de la participación ciudadana de carácter administrativo, buscando así profundizar en el carácter democrático de nuestro Estado.

De allí surge la diferencia de los instrumentos de democracia participativa, que se legitiman a partir de la soberanía popular y, por lo tanto, persigue el interés general. En este aspecto, para efectos de la calidad de la democracia merece permanente cuestionamiento la composición adecuada de los intereses en juego que se entienden comprendidos en cada mecanismo de democracia participativa (Schmidt-Assmann, 2003, 120).

Con respecto a los otros mecanismos de participación ciudadana, es decir, la propiamente administrativa y la colaboración privada con la Administración, su fundamento es el carácter universal y expansivo de la democracia. La legitimación de este tipo de intervenciones no siempre se funda en la soberanía popular, porque los individuos o los sectores que se identifican bajo aspectos personales comunes o las asociaciones que representan diversos intereses, no se equiparan en todos los casos al concepto de pueblo (Schmidt-Assmann, 2003, 118) ni representan siempre el interés general sino que en ocasiones defienden intereses difusos o colectivos y grupales. Por ello, en estos casos la administración pública es la responsable de tomar la decisión que se mejor adapte al interés general.

El derecho administrativo ha desarrollado diversas formas de participación ciudadana que redundan en beneficio de las actuaciones administrativas y procesos de adopción de decisiones y que pueden transformar el espectro

de derechos individuales y subjetivos, así como derechos e intereses legítimos colectivos o corporativos.

También pueden comprender actuaciones en favor del interés del imperio de la legalidad, como cuando los ciudadanos hacen uso de la acción de nulidad o la de inexequibilidad, que son acciones reconocidas a favor de toda persona para proteger la juridicidad del ordenamiento jurídico.

Estos mecanismos tratan, fundamentalmente, de fortalecer la racionalidad, la transparencia, la calidad de las decisiones administrativas y su control, a través del acceso generalizado a la información administrativa, la comunicación y el diálogo, con lo cual se procura reducir el espacio de discrecionalidad conferido por la ley a las autoridades administrativas, ganando la administración pública legitimidad institucional.

## 2. Fundamentos constitucionales de la participación ciudadana administrativa

La participación ciudadana es un elemento de importancia estructural para el ordenamiento constitucional colombiano<sup>5</sup> y se encuentra consagrada expresamente en el “Preámbulo” de la Carta, motivo por el cual habrá de entenderse como un *valor*,<sup>6</sup> por lo cual tiene eficacia interpretativa,<sup>7</sup> cuando un conflicto jurídico se relaciona con el sentido del derecho.

A su turno, en el artículo 1 se establece el carácter democrático, participativo y pluralista del Estado, y en el artículo 2 se determina la participación de todos en las decisiones que los afectan, motivo por el cual además de ser utilizado como un valor es también un *principio* y, como tal, además de parámetro de interpretación, también sirve para resolver conflictos de naturaleza constitucional e incluso en otras áreas del derecho cuando se trate de casos complejos o difíciles (Dworkin, 1984, 75-78).

---

<sup>5</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T- 1005 del 30 de noviembre de 2006. Magistrado ponente: Clara Inés Vargas.

<sup>6</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992. Magistrado ponente: Ciro Angarita Barón.

<sup>7</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C- 1287 del 5 de diciembre de 2001. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

También prevé el artículo 95 de la Constitución que es un *derecho y un deber* de toda persona y de los ciudadanos participar en la vida política, cívica y comunitaria del país.

En cuanto a las actividades que pueden ser desarrolladas por los ciudadanos a partir de los nuevos espacios de participación ciudadana en lo administrativo, encontramos el siguiente marco constitucional:

- Como manifestación de la participación ciudadana para la concertación de actividades administrativas, el artículo 45 de la Carta establece la necesidad de que el Estado y la sociedad garanticen la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.
- El artículo 78 dispone que la ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización, y que el Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.
- El artículo 79 establece que todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.
- El artículo 92 prevé que cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades públicas.
- El artículo 95 en el numeral 5 señala el deber de participar en la vida política, cívica y comunitaria del país.

Además de estas disposiciones novedosas, la Carta Fundamental contempla mecanismos de intervención de los particulares, que bien pueden caracterizar la cooperación ciudadana en el ejercicio de funciones administrativas y que se conoce como ejercicio de funciones administrativas por particulares. Lo anterior depende de disposiciones constitucionales y legales que originan relaciones contractuales o convencionales entre la Administración y los parti-

culares, por lo cual no puede entenderse como un derecho que puede redundar en la validez de la actuación y por lo tanto, tal intervención no es obligatoria, generalmente es remunerada y se efectúa conforme a la regulación y bajo las instrucciones y control estatal.

El marco constitucional general de la cooperación de los particulares en el ejercicio de funciones administrativas se encuentra, en primer lugar, en el artículo 103, inciso 3, a través de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, que pueden cooperar con el ejercicio, control y vigilancia de la gestión pública que se establezca.

En segundo lugar, en forma específica los artículos 123 y 210 de la Constitución posibilitan el ejercicio de funciones administrativas por parte de particulares de manera temporal y a título de cooperación de los particulares en el ejercicio de funciones administrativas, para lo cual el legislador regulará sus condiciones. Estas disposiciones se encuentran desarrolladas en el capítulo xvi de la Ley 489 de 1998, y en ellas se establece que la regulación, el control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa ejercida por los particulares corresponden al legislador y a la entidad pública titular de la función. Por lo cual, en el marco del acto administrativo de autorización y en el del convenio que posibilita el ejercicio de la función por los particulares, el organismo titular de la función debe impartir las instrucciones y directrices necesarias para su ejercicio y controlará el cumplimiento de las finalidades, objetivos, políticas y programas que deban ser observados por el particular.

- Ejemplo de cooperación de los particulares en la gestión de servicios públicos es la que se contempla en el artículo 68 de la Ley Fundamental que establece que la comunidad educativa participará en la dirección de las instituciones de educación.
- También, cuando se define que la educación es un servicio público, que puede ser prestado por los particulares en las condiciones para su creación y gestión, previstas por la ley.
- En esta misma dirección, el artículo 365 de la Constitución consagra que dichos servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, pero en todo caso el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia sobre dichos servicios.

- El artículo 369 señala que la ley establecerá las formas de participación de los usuarios en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio.
- El artículo 48 garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social, precisando que el Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley.
- La seguridad social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.
- El artículo 49 determina que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.
- Otra forma de cooperación es la que se prescribe en el inciso 6 del artículo 272 cuando se señala que los contralores departamentales, distritales y municipales, según lo autorice la ley, pueden contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal.
- También de estas disposiciones se derivan las relaciones contractuales de la administración pública con los particulares, reguladas por el Congreso de la República conforme con el último inciso del artículo 150 de la Carta.

De otro lado, el artículo 32 de la Ley 489 de 1998 señala que los ciudadanos pueden *participar* en la formulación, control y evaluación de la gestión pública, con lo cual se le da alcance al derecho –deber de intervenir voluntariamente en las distintas instancias creadas por la ley, aspectos que comprenden la participación ciudadana en lo administrativo, propiamente dicha y que cobija la concertación, el control y la vigilancia de la gestión pública.

Ejemplos de la participación para la *regulación* de distintas materias, se evidencian:

- Cuando la Constitución la impone en el artículo 78, que prescribe que el Estado debe garantizar la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen.

- Este mismo es el caso de la participación de la comunidad en las decisiones que la afecten en materia de la protección de un ambiente sano.
- También el artículo 56 consagra la participación en el ámbito de la concertación de las políticas salariales y laborales.
- En las decisiones relacionadas con la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas deberán participar los representantes de las respectivas comunidades, de acuerdo con el parágrafo del artículo 330 de la Carta.
- El artículo 106 de la Constitución prevé las siguientes posibilidades de participación ciudadana en aspectos normativos en las localidades:
  - Previo el cumplimiento de los requisitos que la ley señale y en los casos que esta determine, los habitantes de las entidades territoriales podrán presentar proyectos sobre asuntos que son de competencia de la respectiva corporación pública, la cual está obligada a tramitarlos.
  - Decidir sobre las disposiciones de interés de la comunidad a iniciativa de la autoridad o corporación correspondiente o por no menos del 10% de los ciudadanos inscritos en el respectivo censo electoral.
  - Elegir representantes en las juntas de las empresas que prestan servicios públicos dentro de la entidad territorial respectiva.
  - El artículo 318 señala que, con el fin de mejorar la prestación de los servicios y asegurar la participación de la ciudadanía en el manejo de los asuntos públicos de carácter local, los concejos podrán dividir sus municipios en comunas cuando se trate de áreas urbanas, y en corregimientos en el caso de las zonas rurales.
  - En cada una de las comunas o corregimientos habrá una Junta Administradora Local de elección popular, integrada por el número de miembros que determine la ley.
- Se dispone también de mecanismos que fomentan el control ciudadano sobre la gestión desarrollada por los que ejercen función administrativa, entendidos como formas de participación voluntarias:
  - El artículo 270 de la Constitución señala que la ley organizará las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan

vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados.

- Igualmente, el artículo 273 señala que: “A solicitud de cualquiera de los proponentes, el Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal competentes, ordenarán que el acto de adjudicación de una licitación tendrá lugar en audiencia pública”.
- La Junta Administradora Local participará con sujeción al artículo 318 de la Constitución en la elaboración de los planes y programas municipales de desarrollo económico y social y de obras públicas.
- Se señala igualmente en el artículo 369 de la Constitución que la ley determinará entre otros aspectos las formas de participación de los usuarios de servicios públicos en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el respectivo servicio. La Junta Administradora Local participará con sujeción al artículo 318 de la Constitución en la vigilancia y control de la prestación de los servicios municipales en su comuna o corregimiento y las inversiones que se realicen con recursos públicos.

Asimismo, se consagran mecanismos de participación ciudadana con un grado de influencia en la *planeación*:

- El artículo 340 señala que habrá un Consejo Nacional de Planeación integrado por representantes de las entidades territoriales y de los sectores económicos, sociales, ecológicos, comunitarios y culturales. El Consejo tendrá carácter consultivo y servirá de foro para la discusión del Plan Nacional de Desarrollo.
- El artículo 369 determina que la ley establecerá los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio, y definirá la participación de los municipios o de sus representantes, en las entidades y empresas que les presten servicios públicos domiciliarios.

Con la dinámica de estos ejercicios democráticos conformados tanto por formas de cooperación como de participación ciudadana, puede reconfigurarse la sociedad civil, ante su desencuentro con la institucionalidad política y administrativa (Grzybowski, 2004, 51). Ello implica la necesidad de trascender la forma emblemática del modelo estatal del liberalismo de participación ciudadana fundamentalmente en el procedimiento administrativo para que defiendan sus derechos públicos subjetivos e intereses legítimos, que por otra parte ha implicado el reto para el derecho administrativo colombiano de estructurarlo idóneamente.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> La Ley 167 de 1941 “Sobre organización de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, en sus artículos 74 y siguientes reguló la oponibilidad del acto administrativo y los recursos que proceden contra estos en el procedimiento administrativo, no consagrando ninguna regla jurídica sobre los derechos que le asistieran al interesado en el trámite de dicho procedimiento, con lo cual se advierte la falta del establecimiento de un procedimiento administrativo completo e integral. A través del Decreto-Ley 2733 del 7 de octubre de 1959 “Por el cual se reglamenta el derecho de petición, y se dictan normas sobre procedimientos administrativos”, se reglamentó el derecho de petición previsto en el artículo 45 de la Constitución Política y en virtud de ello se consideró que la garantía del derecho de petición exige normas de procedimiento administrativo que hagan efectivo su ejercicio, en provecho común de los gobernados y de los gobernantes. La Ley 58 del 28 de diciembre de 1982 concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República para reformar el Código Contencioso Administrativo y para dictar normas que regulen el procedimiento administrativo, sobre la base de haber considerado la necesidad de garantizar la respuesta oportuna que debe dar la administración pública al derecho de petición, así como la precisión de las finalidades y principios que deben fundar toda actuación administrativa, el reconocimiento del debido proceso en la actuación administrativa, el derecho a ser parte dentro de la actuación administrativa, cuando se demuestre ser titular de un derecho o un interés legítimo y el carácter de público de la actuación, salvo norma especial en contrario. Con fundamento en el artículo 11 de la Ley 58 de 1982, el Gobierno nacional produjo el Decreto-Ley 01 de 1984 contenido del Código Contencioso Administrativo, el cual en su primera parte estableció el procedimiento administrativo, cuyos preceptos son aplicables a falta de disposición especial por los organismos del Estado del sector central, descentralizado, comprendiendo las entidades territoriales y por personas de derecho privado, siempre y cuando todas ellas ejerzan funciones administrativas. Con este conjunto de disposiciones, Colombia contó por primera vez con un procedimiento administrativo, buscando encausar las principales relaciones entre la Administración y el ciudadano. El Decreto-Ley 01 de 1984 fue redactado con fundamento en la Constitución de 1886, por lo cual ante la visión de la Constitución de 1991 el Gobierno nacional encontró que tales disposiciones no se adecuaban a las nuevas disposiciones constitucionales, que fundamentalmente se relacionaban con la necesidad de garantizar el reconocimiento oportuno de derechos fundamentales por parte de la Administración, la necesidad de darle alcance a los principios constitucionales que habrían de regir el procedimiento y el proceso administrativo (en especial el debido proceso y el acceso a la justicia), la necesidad de armonizar las acciones contencioso administrativas y las establecidas en la Constitución referidas a la de tutela, de cumplimiento, populares y de grupo, y el deber de simplificar sustancialmente todos los procedimientos administrativos y el proceso contencioso administrativo para poder cumplir con el derecho del plazo razonable, por lo cual presentó la iniciativa legislativa correspondiente que se tramitó y fue el origen de la Ley 1347 de 2011, que entrará a regir el 2 de julio de 2012.



A partir de las definiciones constitucionales de las materias en las que se puede cooperar y participar en lo administrativo, el nuevo reto del derecho administrativo consiste en la organización y sistematización de las nuevas formas de cooperación y participación de las *comunidades* quienes, sobre la base del acercamiento de lo público y lo privado y la solidaridad, procuran defender una determinada identidad de intereses y objetivos de los que participan de ella; la de *personas naturales o jurídicas* que bajo las condiciones legales y convencionales o contractuales cooperan con el ejercicio de funciones administrativas; la de las *asociaciones* que defienden un particular interés que beneficia principalmente a todos los asociados; así como también la cooperación y participación de la *sociedad civil*, que es abierta al público y que persigue el bien común.

A su turno, teniendo en cuenta los fenómenos de la internacionalización de la economía, la globalización y la sociedad de la información, que han planteado retos para la humanidad, en el Estado y el derecho a nivel mundial, así como múltiples ventajas, se reconoce la necesidad de posibilitar formas de participación global, a través de las cuales se puedan canalizar decisiones frente a aspectos que trascienden las fronteras del Estado-Nación (Schmidt-Assmann, 2003, 118).

### **3. Elementos de la participación ciudadana**

La apertura de espacios de participación ciudadana en lo administrativo, a los que se encuentra obligada la administración pública o los que ella posibilita, permiten la interacción con los ciudadanos. Con ello se puede fortalecer la legitimación de la Administración, siempre y cuando se garantice el acceso igualitario de todas las personas, el interés general y se conjugue con dicha intervención la racionalidad de las decisiones administrativas.

#### **3.1. La construcción de la ciudadanía y la configuración de la sociedad civil comienzan en el municipio**

La participación ciudadana requiere de la construcción de la ciudadanía a partir del respeto del interés general y de la autonomía de las personas. Lo ideal es que el Estado cuente con ciudadanos en ejercicio de sus derechos y deberes y comprometidos con lo público.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Compromiso con lo público implica que los ciudadanos actúen de manera responsable, con objetividad, solidaridad, conocimiento, sea propositivo y proactivo a fin de producir impacto preventivos, concomitantes a la acción o posteriores a éstas.

La democracia de la ciudadanía<sup>10</sup> propone abrir nuevos espacios de participación ciudadana con influencia en el funcionamiento de la administración pública, los cuales son necesarios para conformar un nivel intermedio entre el ciudadano y los distintos órdenes y sectores de la rama Ejecutiva del poder público, fortaleciendo la democracia representativa y participativa y, por ende, el modelo democrático y social de derecho, que caracteriza al Estado colombiano y, por lo tanto, es uno de sus fines esenciales hacia los cuales se debe orientar su actividad.

El plano local es el escenario ideal (Canales, 2005, 193) en el que, por esencia, el ciudadano debe vivir la democracia, toda vez que se trata de ser incluido y de poder participar de los procesos de decisiones administrativas que más directamente los afectan, pues es en el municipio donde se desarrollan todos los aspectos de su vida y por ello es el espacio social común que permite el reconocimiento efectivo de sus derechos civiles y donde se establece el proceso de auto-organización de la sociedad civil en torno a sus necesidades e intereses.

De lo anterior, se deducen las sinergias y los procesos de retroalimentación que surgen del trípode: poder local, mecanismos democráticos y la ciudadanía, y que lo conducen a un proceso de diálogo, comunicación, deliberación, concertación y control.

El desarrollo de los territorios y la calidad de vida de las personas dependen de la proximidad de sus habitantes con el gobierno local, porque constituye un desafío colectivo la identificación, integración, coordinación de las grandes necesidades de la población, los chances deducidos del progreso y de la cohesión social y territorial, así como la responsabilidad ciudadana, en aras de encontrar la igualdad de la distribución del ingreso.

Ello obliga a seguir las reglas de la gobernanza para ejercer sus competencias contando con las distintas organizaciones de la colectividad que trabajan en red, con lo cual se propicia la interacción social en el territorio y la articulación de los proyectos sociales y económicos. Es así como se conforman los distintos grupos sociales a través de los cuales se organiza la ciudadanía y la sociedad civil, lo cual representa el aspecto más decisivo para el desarrollo económico, social y humano sostenible (Pascual y Godàs, 2010, 62). Al igual que la reorientación de las economías rurales y de la pequeña empresa,

---

<sup>10</sup> La democracia de la ciudadanía es una ciudadanía que posibilita que en unos nuevos espacios de participación quepan todos, donde todos puedan interactuar y comunicarse (Seco, 2005, 15-32).

procesos que involucran una tendencia hacia el equilibrio macroeconómico y la estabilidad, elementos estos que comprenden un proyecto político de transformación estructural con incidencia directa en la vida de las personas (Perales, 2004, 36-37).

La utilización de los sistemas masivos de información y comunicación, así como la articulación de las redes que contienen los presupuestos de investigación, formación, producción, comercialización y distribución, condicionan el desarrollo social y económico, permiten construir una sociedad abierta y relacional, sobre la base de la solidaridad y cooperación, no obstante los recursos públicos con los que cuentan generalmente los municipios. Por ello, el tejido y la cohesión social, basados en la confianza social, las normas y las redes, son elementos esenciales para resolver los problemas comunes.

El desarrollo de los mecanismos de participación ciudadana integra y acerca a las personas al Estado, sobre la base de la existencia de unos nuevos espacios de influencia del ciudadano, principalmente en el entorno donde habita, cuyo escenario se caracteriza por la inmediatez entre las necesidades de la población y la administración local, generando confianza y legitimidad, que se sostiene mediante la calidad y sistematización institucional (Bifarello, 2010, 156-157). Cuando se involucra a los ciudadanos activos y autónomos y a las distintas organizaciones civiles del municipio (Consejo Nacional de Política económica y Social, 2010)<sup>11</sup> en los procesos de formulación, deliberación, interlocución, control y evaluación de la administración pública local, esta contribuye a conformar la cohesión social del Estado y así se construye la democracia de la ciudadanía.

La participación ciudadana, en los distintos aspectos de la sociedad, procura un aumento cuantitativo y cualitativo en las oportunidades de los individuos y colectividades para que puedan canalizar sus intereses en los procesos de adopción de decisiones administrativas.<sup>12</sup> Esto, a su turno, genera espacios amplios de legitimación democrática, convirtiéndose su ejercicio en

---

<sup>11</sup> Si bien las precisiones conceptuales alrededor de la noción de Sociedad Civil Organizada (sco) difieren de acuerdo al rol que se le otorgue, en una perspectiva general puede comprenderse a la sco como el conjunto de ciudadanos y sus expresiones organizativas formales e informales –movimientos y asociaciones– que recogen y visibilizan las principales problemáticas que surgen en las comunidades y las transmiten vía demandas y propuestas.

<sup>12</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-1338 de 2000. Magistrado ponente: Cristina Pardo Schlesinger.

una manifestación de la libertad individual de los ciudadanos, orientada a la inclusión y, con ello, a la intervención en la dirección de la comunidad política de la cual forman parte, a la estructuración de nuevas plazas de trabajo y a la satisfacción de las necesidades básicas insatisfechas.

Concebida la participación ciudadana como un valor y un principio, de donde se deducen las características que le subyace, también se infiere que esta constituye una fase anterior de la democracia participativa, porque aquella es la forma primigenia de integrar al ciudadano con lo público a través del suministro de la información más relevante, la instrumentalización y efectividad de las comunicaciones, la formulación de consultas ciudadanas sobre temas que son de especial interés, etc., lo cual incentiva el debate, la planificación, la buena regulación y el control ciudadano sobre los asuntos administrativos.

El carácter expansivo de la democracia exige la necesidad de democratizar la administración pública y el Estado, lo cual se logra a partir de la construcción de la ciudadanía y la cohesión social. Cuando se conforma una cultura de participación ciudadana en los asuntos administrativos es posible activar la ciudadanía y conformar la sociedad civil sobre ideales que tienden a superar la desigualdad y la exclusión social.

Superado este camino, pueden mejorarse las condiciones para que el ciudadano como titular de una parte de la soberanía popular influya en lo político, bajo la lógica constructiva del proceso decisorio de abajo hacia arriba, es decir, sobre el presupuesto de la integración sostenida de todos en las relaciones sociales, políticas, económicas, culturales y ecológicas y, por ende, con el Estado para que pueda hacer uso autónomo de los otros mecanismos de la democracia, distintos del sufragio.

La reingeniería social permite a los ciudadanos configurar y afirmar su identidad; esto los conduce a la lucha para obtener su inclusión a través de una mayor conciencia de sus derechos e intereses y de lo público, con lo cual se puede conformar la opinión pública que, siendo comunicada masivamente, visibiliza y representa una opción real de articular sus luchas con los demás y de fortalecer sus demandas. De esta manera, se origina una opción real de recrear la ciudadanía, permitiendo la integración del individuo con la sociedad política, lo cual implica que la política deje de ser un escenario exclusivo de los partidos y movimientos políticos y de la institucionalidad estatal, lo que puede posibilitar que la ciudadanía detente las condiciones reales de disfrute de sus derechos civiles, políticos y sociales.

En conclusión, la razón última de la condición de legitimidad de las actuaciones administrativas y de los principios que enmarcan la función administrativa, se encuentra fundada en la necesidad de involucrar los derechos y garantías de las personas, lo cual se privilegia, en la medida en que se desarrollen los mecanismos de participación ciudadana.

### **3.2. Participación ciudadana administrativa y colaboración privada a la administración pública**

Dentro del nuevo modelo de administración pública, la interacción entre lo público y lo privado es un elemento esencial del Estado activo. Dicha interacción procura dejar de lado sus manifestaciones unilaterales e imperativas para darle alcance a la concertación, participación y a la colaboración de los ciudadanos en el ejercicio de las funciones encomendadas típicamente a la administración pública.

Las disposiciones constitucionales y legales no establecen elementos que permitan diferenciar la participación ciudadana administrativa y la colaboración privada en el ejercicio de las funciones administrativas, por lo cual es tarea del derecho administrativo establecer los elementos que permitan caracterizar y diferenciar estas formas de intervención ciudadana en las actuaciones administrativas.

La Constitución, con su carácter supremo, y la ley, como desarrollo de esta, se encargan de establecer la estructura, organización, acciones y procedimientos administrativos. De allí surge una relación directa entre la Constitución, su fundamento democrático, y el principio de legalidad al que se encuentra sometido el ejercicio de las funciones administrativas.

El principio democrático que rige a la administración pública parte de una estructura jerárquica que cuenta con distintas formas de organización y funcionamiento. Dentro de esa estructura se encuentran los organismos y los particulares que colaboran con la administración pública ejerciendo funciones administrativas o desarrollando objetos contractuales y ciudadanos que pueden deliberar, concertar, controlar y vigilar la gestión pública.

La colaboración privada o cooperación ciudadana (Parada, 2000, 72-81) supone un compromiso y una responsabilidad mayor de los particulares con la Administración y que se concreta en las disposiciones que rigen el convenio, las cuales obedecen a las disposiciones legales. Esto no sucede en la participación ciudadana administrativa propiamente dicha.

La legitimación democrática proviene del vínculo de la rama Ejecutiva con los procesos democráticos realizados por el pueblo con fundamento en la soberanía popular, de donde se origina el orden jurídico que procura la prevalencia del interés general, a través de un proceso de adopción de decisiones que suponen un criterio de libertad e igualdad.

La legitimidad de las actuaciones desarrolladas por los particulares que cooperan con la Administración y ejercen función administrativa, se encuentra en el deber de cumplir con las reglas y principios que enmarcan dicha función. Los principios se encuentran previstos en el artículo 209 de la Constitución y en los artículos 3 del Decreto 01 de 1984 y 3 de la Ley 1437 de 2011, dentro de los cuales se cuentan igualdad, imparcialidad, publicidad, transparencia, moralidad, eficacia, economía, celeridad, seguridad jurídica y debido proceso.

La legitimidad funcional que subyace a los organismos y particulares que ejercen función administrativa, se deduce de la Carta Fundamental por cuanto de ella se desprende la estructura, la organización, las competencias y formas de funcionamiento, así como las normas sustantivas y procedimentales que deben ser aplicadas por las autoridades en el ejercicio de sus competencias. De allí se infiere que la decisión adoptada por la Administración es legítima porque debe ser conforme con el derecho, reconduciendo tal legitimidad a la decisión del pueblo que conformó la Asamblea Nacional Constituyente.

El hecho de que las actuaciones de la Administración y de los particulares que ejercen función administrativa se sometan al control de tutela que ejercita la cabeza del sector sobre los organismos que de ella dependen y por el superior jerárquico del organismo titular de la función, como también al control judicial que debe ejercer el juez de manera autónoma (artículo 228 de la Carta), supone, asimismo, la aplicación del criterio democrático del Estado, porque se apoya en el valor básico de la libertad, toda vez que solo el ordenamiento jurídico es superior al ciudadano (García de Enterría, 2000, 72).

Para el ejercicio de las libertades ciudadanas resulta fundamental que la Administración cumpla eficientemente con los cometidos para los que se encuentra instaurada, y que los jueces se encuentren en condiciones de autonomía e independencia que les permitan tutelar los intereses legítimos de los ciudadanos, los cuales pueden ser conculcados por el ejercicio del poder administrativo en forma ilegítima.

En este orden de ideas y de conformidad con la legitimidad funcional, los funcionarios y particulares encargados de desarrollar la función administrativa

deben ajustar su actuación a derecho y someterse a los controles diseñados por la Constitución y la ley, bien por las instituciones estatales que les corresponde esta labor o por los ciudadanos.

Se deduce de la democracia que la Administración debe caracterizarse por estar construida de manera idónea para el cumplimiento de sus funciones y competencias de una forma eficaz. Su actuar debe ser coherente con el derecho y la realidad. También su gestión debe ser sistemática, lo cual se debe traducir en decisiones objetivas que redunden en beneficio del interés general y en la aceptación social de las decisiones adoptadas. Esto implica mayores exigencias de la sociedad civil a la administración de información, publicidad y transparencia, que brinda el chance de mejorar la realización efectiva de los derechos de los ciudadanos (García Macho, 2010, 28) y el grado de confianza del ciudadano con respecto de la Administración.

El principio democrático también comprende la transparencia y neutralidad de la administración pública, que implica otra manifestación de la legitimidad (Sommermann, 2010, 12) con la que se debe ejercer el poder, por cuanto cubija el derecho de igualdad de todas las personas ante la ley (artículo 13 de la Constitución), garantía de la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a la Administración.

La relación del principio democrático y la Administración también involucra la legitimidad personal-orgánica (Schmidt-Assmann, 2003, 105) de los servidores públicos que ejercen las competencias atribuidas por el ordenamiento jurídico, en el que tal legitimidad deviene del Presidente de la República que es elegido popularmente, de donde se origina una cadena de legitimación, con respecto de los demás funcionarios que son por él nominados. En lo relacionado con las autoridades locales ellos detentan la legitimación personal a partir de la elección democrática por parte de los ciudadanos, conforme se dispone en la Constitución, lo que implica el rompimiento de la cadena de legitimación democrática de estas autoridades con respecto al Presidente. Sin embargo, existen mecanismos de armonización entre el sector central y el descentralizado territorialmente y de control de tutela. Este se explica a través de la legitimación funcional, antes tratada.

Las actuaciones administrativas desarrolladas para resolver los conflictos jurídicos de carácter particular y subjetivo suponen una calidad democrática que se configura cuando los ciudadanos tienen acceso a los procedimientos y se les reconoce y garantiza sus derechos de parte y, en general, todos los prin-



cipios que se deducen del derecho al debido proceso administrativo. Por ello deben someterse a la decisión que en términos de legalidad, razonabilidad y justicia adopte la administración pública, la cual se funda a su vez en las normas legales y constitucionales, buscando de esta manera garantizar no solo el derecho público subjetivo o los intereses legítimos, sino también el interés general, en la medida en que la Administración resuelve pacíficamente un conflicto, dándole alcance al ordenamiento jurídico.

De otro lado, los mecanismos de participación ciudadana administrativa, propiamente dicha, es decir aquella donde intervienen voluntariamente los interlocutores sociales sin desplegar ningún específico interés y con el fin de promover la participación activa de los ciudadanos en los procesos decisivos, dejando de ser meros observadores de los mismos (Sánchez Rodríguez, 2002, 15-24), se encuentran previstos en los preceptos legales que definen la intervención de las personas en las actuaciones administrativas por el simple hecho de ser miembros de la comunidad. Así, se promueve el interés general, en razón a que ha existido interlocución entre la sociedad civil y la Administración y, por lo tanto, se tiene a defender los derechos difusos y colectivos (Sánchez Morón, 1980, 137).

Por esta razón se excluye un interés particular o subjetivo en su participación y se concibe su intervención voluntaria en la actuación. No son parte procesal y, por lo tanto, no adquieren derechos de parte en el procedimiento administrativo. No ejercen función pública ni se les atribuyen potestades públicas. Tampoco son responsables de su participación y por ello es la administración pública frente a la que intervienen los ciudadanos, la responsable de la decisión.

#### **4. Clases de participación ciudadana administrativa**

Conviene examinar las clases de participación ciudadana en lo administrativo, de donde se puede extraer la definición de si la intervención ciudadana tiene un carácter configurador o no de la decisión administrativa. Otro aspecto que se desprende de la clasificación es el carácter informal o formal de la participación que depende de si las opciones de participación y decisión se dejan a la discreción de la autoridad administrativa correspondiente, caso en el cual la consecuencia jurídica de tal intervención ciudadana es que su intervención no es vinculante para la Administración. Sin embargo, de abrirse el espacio de



participación se considera que la Administración debe informar la decisión que adopta y su motivación.

También se muestran otras formas de intervención ciudadana que exceden la definición de la participación ciudadana administrativa, propiamente dicha, a través de las cuales se distingue si la intervención del particular en la actuación administrativa es o no obligatoria dentro del procedimiento administrativo; porque en el caso de representar un derecho público subjetivo, la Administración ve condicionada la validez de la actuación a la convocatoria que se hizo frente al titular del derecho o interesado legítimo, el efectivo acceso al procedimiento y la motivación de la decisión administrativa (Tafur, 1993, 24).

#### **4.1. Participación orgánica e institucional**

Esta forma de participación ciudadana implica la inserción de los particulares en organismos administrativos con el fin de que participen en el proceso de adopción de decisiones, sin que estos pierdan su autonomía ni su condición de privada. También se puede identificar un género de participación orgánica y es la que sucede cuando los organismos administrativos reclaman la presencia de instituciones privadas, generalmente representantes de gremios, para que intervengan en el proceso decisional, con lo cual se alude a la participación institucional (Fernández García, 2005, 28 y ss.).

Generalmente, la ley señala que la injerencia se reduce al derecho a voz pero no a voto, porque quien debe en todo caso adoptar la decisión y es responsable por ella, es la administración pública. Sin embargo, puede ser que la ley señale que además del derecho a voz tengan derecho al voto, caso en el cual la intervención es mayor. Estos casos generan el problema de determinar el espectro de la responsabilidad de estos colaboradores ciudadanos, pues es claro que estas personas representan un sector y por lo tanto tienen intereses que no necesariamente pueden coincidir con el interés general.

Ejemplos de la participación orgánica encontramos en la Ley 30 de 1992, que establece la presencia de dos rectores de universidades privadas, en el Consejo Nacional de Educación Superior o la prevista en la Ley 62 de 1993, que establece la participación de ciudadanos voceros de gremios por invitación y con derecho a voz en el Consejo Nacional de Policía y Seguridad Ciudadana.

La participación institucional se ilustra cuando la Ley 590 de 2000 señala que el presidente de Confecámaras, Fenalco y Acopi deben intervenir en el Consejo Superior de Pequeñas y Medianas Empresas, o el caso establecido

por la Ley 301 de 1996, que determinó la presencia del presidente de la Caja de Crédito Agrario, de la Sociedad de Agricultores de Colombia, el presidente de Fedegán y la Asociación Nacional de Usuarios Campesinos y el gerente de la Federación Nacional de Cafeteros en la Comisión Nacional Agropecuaria y Agroindustrial.

#### **4.2. Participación procedimental**

Esta forma se define por la intervención de ciudadanos que no hacen parte de la estructura organizacional de la administración pública y participan voluntariamente en el proceso de adopción de decisiones sin que represente un interés subjetivo, por lo cual en este caso existe un ánimo de diálogo, de comunicación, de discusión y deliberación. Así, en estos casos es indispensable el suministro de la información relevante y pertinente a todos aquellos que quieran participar de dicho procedimiento; también los quejosos o denunciantes o los que participan en sondeos o encuestas.

En estos casos, la Administración recoge de los participantes los diversos intereses y argumentaciones que les asisten, para que esta se encuentre en condiciones de adoptar la decisión que mejor se adecúe al interés general, constituyendo una nueva fuente de legitimación de sus determinaciones.

Ejemplo de la participación procedimental es la que se especifica en el artículo 46 de la Ley 1437 de 2011, que señala que cuando la Constitución o la ley ordenen<sup>13</sup> la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar.

A su turno, también se señala en el inciso tercero del artículo 35 de la misma Ley que las autoridades podrán decretar la práctica de audiencias en el curso de las actuaciones, con el objeto de promover la participación ciudadana.

También el artículo 33 de la Ley 489 de 1998 establece que cuando la Administración lo considere conveniente y oportuno se podrán convocar audiencias públicas en las cuales se discutirán aspectos relacionados con la formulación, ejecución o evaluación de políticas y programas a cargo de la entidad y, en especial, cuando esté de por medio la afectación de derechos o intereses colectivos.

---

<sup>13</sup> La Constitución ordena en qué materias es obligatoria la intervención ciudadana, como ya lo hemos visto.

Las comunidades y las organizaciones podrán solicitar la realización de audiencias públicas, sin que la solicitud o las conclusiones de las audiencias tengan carácter vinculante para la Administración. En todo caso, se explicarán a dichas organizaciones las razones de la decisión adoptada.

En el acto de convocatoria a la audiencia, la institución respectiva definirá la metodología que será utilizada.

Cuando es obligatoria la participación ciudadana procedimental, la decisión que se adopte sin haber realizado previamente la convocatoria será inválida, porque este es un elemento configurador de la decisión y por lo tanto la Administración debe tenerla en cuenta bien para acogerla o rechazarla y en este caso, en virtud del debido proceso administrativo, debe dejar constancia de los motivos razonables que le asisten para no acoger dichas propuestas.

La intervención ciudadana en el procedimiento administrativo que entraña intereses colectivos o difusos y que se instrumenta a partir del derecho de petición en interés general, es una forma de participación procedimental.

En este caso, se trata de un interés que abarca a un número plural de personas que se ven afectadas con la conducta desplegada por la autoridad del Estado o un particular que ejerce funciones públicas.

Si se trata de un interés supraindividual reconocido implícita o explícitamente a una pluralidad indeterminada o indeterminable de sujetos, que incluso puede comprender a todas las personas que integran el conglomerado social, se trata de un interés difuso. Pero en cambio, si el interés proviene de comunidades, cuyos sujetos son determinables porque tienen características sociales, económicas, políticas, culturales comunes, se trata entonces de un interés colectivo (Sánchez Morón, 1980, 116 a 128).

Los derechos difusos y colectivos se caracterizan porque son derechos de solidaridad, no son excluyentes, pertenecen a todos y cada uno de los individuos y no pueden existir sin la cooperación entre la sociedad civil, el Estado y la comunidad internacional. En este sentido, los derechos colectivos generan en su ejercicio una doble titularidad, individual y colectiva, que trasciende el ámbito interno del individuo.

También los derechos difusos y colectivos se caracterizan porque exigen una labor anticipada de protección y, por ende, una acción pronta de la Administración o de la justicia para evitar su vulneración u obtener, en dado caso, su restablecimiento. De ahí que su defensa sea eminentemente preventiva. Otro rasgo es que superan la tradicional división entre el derecho público y el

derecho privado. Además, son de índole participativos, puesto que mediante su protección se busca que la sociedad delimite los parámetros dentro de los cuales se pueden desarrollar las actividades productivas. Igualmente, los derechos difusos o colectivos son de amplio espectro en la medida en que no pueden considerarse como un sistema cerrado a la evolución social y política.

Finalmente, estos derechos tienen carácter conflictivo en tanto y en cuanto implican transformaciones a la libertad de mercado.<sup>14</sup> En general, se trata de proteger a la comunidad en su conjunto y respecto de sus derechos e intereses difusos y colectivos.

Cuando las personas participan en defensa de un interés difuso o colectivo, teniendo en cuenta que no se trata de un derecho o interés subjetivo, les asiste la legitimación por activa, por lo tanto puede actuar cualquier persona a nombre de la comunidad sin poder exigir requisitos adicionales.

La autoridad administrativa o judicial encargada de resolver este tipo de actuaciones debe velar por el respeto del debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes, así como decidir si dispone o se abstiene de adoptar un conjunto de disposiciones o si desplegará una actuación tendiente a volver las cosas al estado anterior o si paga sumas de dinero.

La decisión judicial, en caso de que hubieren sido desplegados los mecanismos de protección jurídica de estos derechos,<sup>15</sup> podrá contener una orden de hacer o de no hacer, exigir la realización de las conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior o el pago de una suma de dinero. En el caso de daño a los recursos naturales se deberá asegurar la restauración del área afectada.

Como lo indica el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, cuando se trata de una actuación administrativa tendiente a beneficiar o a suprimir o prevenir la amenaza del daño contingente que puede afectar a una comunidad entera, estamos ante un procedimiento en interés difuso o colectivo.

En este caso, cualquier persona natural o jurídica de derecho privado puede ejercitar un derecho de petición en interés general para iniciar la actuación administrativa a favor de la sociedad entera. Otra forma de adelantar este tipo de actuaciones es que la Administración inicie de oficio la actuación,

---

<sup>14</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-377 del 14 de mayo de 2002. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>15</sup> La acción constitucional popular, prevista en el artículo 88 de la Carta es la que corresponde a esta clase de protección judicial.

siempre y cuando esta esté dentro del marco de sus competencias. Una última posibilidad es que una persona de derecho público, en virtud del principio de colaboración armónica, pida al organismo competente que se realice la actuación en interés difuso o colectivo.

### **4.3. Control social fiscal**

La participación ciudadana para la vigilancia se fundamenta en el artículo 270 de la Constitución, y tiene como objeto reservar al Legislativo la facultad de organizar las formas y sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública y sus resultados en sus diferentes niveles administrativos.

Mediante la Ley Estatutaria 850 de 2003 el Congreso Nacional reglamentó las veedurías ciudadanas definiéndolas como el mecanismo democrático de representación que le permite a los ciudadanos o a las diferentes organizaciones comunitarias, ejercer vigilancia sobre la gestión pública, respecto a las autoridades administrativas, políticas, judiciales, electorales, legislativas y órganos de control, así como de las entidades públicas o privadas, organizaciones no gubernamentales de carácter nacional o internacional que operen en el país, encargadas de la ejecución de un programa, proyecto, contrato o de la prestación de un servicio público.

En esta medida, las veedurías ciudadanas son concebidas como formas democráticas encaminadas a permitir a los ciudadanos organizados, sin ningún interés subjetivo, el ejercicio de la vigilancia de la gestión pública.

A través de las veedurías se permite que organizaciones de naturaleza privada, por lo tanto, autónomas, puedan encargarse de velar por la transparencia en la gestión pública, particularmente en la correcta utilización de los recursos públicos y por la debida prestación de los servicios públicos.

### **4.4. Otras formas de intervención ciudadana en los procedimientos administrativos que no entrañan la participación ciudadana administrativa, propiamente dicha**

#### **4.4.1. Intervención ciudadana en el procedimiento administrativo que entraña un derecho público subjetivo o un interés legítimo**

En este caso la participación ciudadana en la actuación administrativa constituye un derecho del titular del derecho o interés legítimo y por lo tanto cuando la Administración obra de oficio debe garantizar la oportuna vinculación de

estas personas al procedimiento para que hagan uso de sus derechos, por lo cual a través de la garantía de acceso al procedimiento se condiciona la validez de las decisiones que se adopten en su seno.

Por otro lado, las personas pueden ejercitar el derecho de petición para que se inicie la actuación administrativa. El derecho de petición puede comprender un interés particular, una información o una petición de consulta. En consecuencia, la Administración, en todo caso, debe pronunciarse bien concediendo o bien negando el derecho, suministrando la información, salvo que se trate de información reservada o secreta, o resolviendo la consulta.

Cada acto administrativo, ya sea el que desencadena la actuación, los instrumentales o intermedios, el que le pone fin, el que comunica este último y los destinados a resolver los recursos en sede administrativa, deben responder al principio de legalidad y del debido proceso.<sup>16</sup> También debe tenerse en cuenta que mediante el procedimiento administrativo se logra el cumplimiento de la función administrativa, por lo cual este debe estar presidido por los principios constitucionales que gobiernan esta función pública, previstos en el artículo 209 de la Constitución. Estos principios son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Del cumplimiento de los parámetros constitucionales y legales en la forma indicada se origina la legitimidad de la decisión motivada y razonable que se adopte.

También puede ocurrir que el beneficio o la amenaza de un daño afecten a individuos determinados o determinables que constituyen un número plural de personas, en cuyo caso estamos en presencia de un procedimiento administrativo grupal. En este caso, el mecanismo de protección puede ser la acción de grupo o la acción legal correspondiente que se instaura en beneficio de una persona o de un grupo determinado de personas. De no disponerse de ningún otro medio de defensa judicial, o de utilizarse como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, puede la persona incoar acción de tutela.

Con todo lo anterior estamos indicando que un mismo hecho puede beneficiar a un colectivo, a un individuo o a un grupo de personas determinadas o determinables, por lo cual en todo caso debe la Administración identificar cuál es el interés que se ve representado en cada actuación.

---

<sup>16</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-640 del 13 de agosto de 2002. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

#### **4.4.2. Participación ciudadana para favorecer la juridicidad**

Otra categoría, distinta a la anterior, son las actuaciones que ejercidas por cualquier ciudadano o persona, en aras de favorecer la juridicidad.

De acuerdo con el artículo 40, numeral 6 de la Constitución, el ordenamiento jurídico colombiano prevé la acción pública de inconstitucionalidad, consagrada en el artículo 242, numeral 1 de la Constitución Política y artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, así como la acción pública de nulidad por inconstitucionalidad o por ilegalidad, prevista por el artículo 84 del Decreto 01 de 1984, subrogado por el artículo 14 Decreto Extraordinario 2304 de 1989 y los artículos 135 y 137 de la Ley 1437 de 2011 que empezará a regir el 2 de julio de 2012.

También el artículo 87 de la Constitución establece la acción de cumplimiento, la cual, cuando se dirige el cumplimiento de una ley o un acto administrativo de carácter general, está llamada a producir efectos jurídicos frente a todo el conglomerado.

En estos casos, cualquier persona se encuentra legitimada por activa para intervenir en la actuación administrativa, bien coadyuvando o bien impugnando la actuación.

### **5. Responsabilidad de la administración pública en los procesos que permiten la participación ciudadana en lo administrativo**

Es decisiva la responsabilidad de la Administración en la garantía del acceso a todos los ciudadanos que quieran participar en el proceso de adopción de la decisión, permitiendo la confluencia de distintos tipos de identidades e intereses, del diálogo y la deliberación sobre los argumentos que soportan a cada grupo y la determinación de la decisión, a cargo siempre de la Administración.

Aunque la participación ciudadana parte de la inexistencia de intereses subjetivos de quienes participan, para nada obsta que ciudadanos con determinados intereses participen de dicho proceso. Por ello, la Administración debe sintetizar las distintas posiciones, identidades e intereses para ponderarlas a la luz de las disposiciones que comprenden los diversos supuestos de hecho que soportan los intereses en juego, y encontrar así la decisión que mejor favorezca al bien común, dentro de la legitimidad que se deduce de la regla que permite la respectiva participación. Solo de esta forma puede entenderse el concepto de legitimidad en este tipo de decisiones.

El riesgo que se presenta en el proceso de adopción de la decisión es cuando la Administración actúa de manera selectiva, no obstante que los intereses que defienden los diferentes grupos de actores son formalmente iguales, pero en la realidad se puede privilegiar la participación y el peso y la presión de determinados grupos sociales o económicos o políticos (Younes, 2011, 26).

Si la Administración cede a las presiones e influencia de un determinado grupo, la decisión no puede reputarse como legítima porque quebranta el principio democrático que parte de la igualdad política y permite, por lo tanto, la expresión de intereses múltiples y opuestos (Faria, 2001, 101).

Ello resulta ser complejo, pues se trata de adoptar una decisión imparcial en un escenario con una gran dosis de discrecionalidad con la que cuenta la Administración sobre aspectos sociales o económicos, que se relacionan con derechos fundamentales o colectivos y que son los que normalmente se discuten en estos tipos de procedimientos, por lo cual la mejor decisión es la que se adecúa a los fines de la norma que la autoriza, debiendo ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

No obstante la complejidad de la decisión, debe llamarse la atención sobre un condicionamiento que sufre la ciudadanía y, por ende, la democracia y es que requiere de un mínimo de bienestar social y económico (Tezanos, 2002), aspectos que proporcionan la integración del ciudadano a la organización política posibilitando pues la participación activa.

La legitimación que arroja la utilización del procedimiento surge de la neutralización de la propensión de las organizaciones que pertenecen a sectores estratégicos de la economía a actuar de manera imperialista y colonizadora frente a las demás organizaciones, en la que se propician posiciones de cooperación y se evitan las que entrañen conflictos, propio del derecho reflexivo que procura la conformación social (Tezanos, 2002, 153). Llama la atención la legitimación que surge de los resultados obtenidos por la Administración y por ende de la satisfacción de las necesidades de las distintas asociaciones y de la misma sociedad civil.

Los mecanismos de participación ciudadana que se canalizan a través de los procedimientos establecidos por la ley son importantes por el solo hecho de brindar la oportunidad de encausar un diálogo con las personas titulares de un derecho o interesados legítimos o distintas organizaciones. Esto implica la necesidad de que la Administración suministre la información relevante y veraz, compenetrando a los participantes con lo público; lo cual, a su turno,



tiene la capacidad de otorgarle racionalidad y calidad a la decisión a través de las formas de comunicación efectiva que debe utilizar la Administración, aminorando así los espectros de discrecionalidad con los que cuenta.

## Conclusiones

Al determinar las características de la democracia participativa, de la participación ciudadana administrativa y de la colaboración privada con la Administración, pudimos establecer los elementos que inciden en la definición conceptual de participación ciudadana, propiamente administrativa.

Teniendo en cuenta lo anterior, pudimos diferenciar la participación administrativa de la colaboración ciudadana con la administración pública y otras formas de intervención del ciudadano en los procedimientos administrativos o judiciales.

Si la actuación administrativa implica diálogo, interlocución, deliberación en un proceso de adopción de decisiones en los que se encuentra en debate la determinación de intereses de una colectividad pudiendo actuar no solo el individuo sino las asociaciones de la sociedad civil, se trata entonces de la defensa de un interés general, difuso o colectivo, en cuyo caso la Administración deberá adoptar la decisión que mejor corresponda a la finalidad de las disposiciones con fundamento en las cuales actúa. Esta decisión debe ser adoptada por la Administración, así como motivada y razonable. El trasfondo de la participación es mejorar la calidad y legitimidad material de las decisiones. Quien adopta la decisión es la Administración.

Si la persona actúa en el procedimiento administrativo movido por la posible afectación de un derecho subjetivo o un interés legítimo, en este caso su intervención no tiene relación con la soberanía popular sino que la justificación de su participación es el derecho o el interés particular y concreto.

Si se trata del ejercicio de funciones administrativas por parte de los particulares, a través de un título de habilitación, dicha habilitación se presta a manera de colaboración privada con la Administración, siendo esta una forma de participación voluntaria por parte del ciudadano y generalmente por su gestión se pacta una remuneración.

## Bibliografía

- BIFARELLO, Mónica. (2010). “Desarrollo institucional y cohesión social” en *El buen gobierno 2.0: La gobernanza democrática territorial. Ciudades y regiones por la cohesión social y una democracia de calidad*. Josep M. Pascual Esteve y Xavier Godàs y Perez (coords.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- CANALES ALIENDE, José Manuel. (2005). “La democracia participativa local” en *Revista de Ciencias Sociales* No. 184-185.
- CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. (Mayo 10 de 2010). *Documento Conpes No. 3661*. Bogotá.
- DWORKIN, Ronald. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- FARIA, José Eduardo. (2001). *El derecho en la economía globalizada*. Madrid: Trotta.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Amaya. (2005). *Participación y colaboración ciudadana en la administración agraria*. 1ª ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. (2000). *Democracia, jueces y control de la Administración*. 5ª ed. Madrid: Civitas.
- GARCÍA MACHO, Ricardo. (2010). “El derecho a la información, publicidad y transparencia en las relaciones entre la Administración y el ciudadano”, en *Derecho administrativo de la información y administración transparente*. Madrid: Marcial Pons.
- GRZYBOWSKI, Cándido. (2004). “Democracia, sociedad civil y política en América latina: notas para un debate”, en *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos. Contribuciones para el debate*. Buenos Aires: Aguilar, Altea, Alfaguara.
- PARADA, Ramón. (2000). *Derecho administrativo II*. 14ª. ed. Madrid: Marcial Pons.
- PASCUAL ESTEVE, Josep M. y Xavier Godàs y Perez (coord.) (2010). *El buen gobierno 2.0: La gobernanza democrática territorial. Ciudades y regiones por la cohesión social y una democracia de calidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PERALES ARRETXE, Iosu. (2004). *Poder local y democracia participativa en América Latina*. Bogotá: Fundación para la investigación y la cultura.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. (1980). *La participación del ciudadano en la administración pública*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Juan Ignacio. (2002). “Formas de participación ciudadana”, en *Revista Análisis Local* No. 44.

- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. (2003). *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons, Instituto Nacional de Administración Pública.
- SCHUMPETER, Joseph. (1983). *Capitalismo, socialismo y democracia*. Tomo II. Barcelona: Orbis.
- SECO MARTÍNEZ, José María y Rafael Rodríguez Prieto. (2005). “Por una nueva ciudadanía. Una re-lectura y un punto de partida”, en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales* No. 188.
- SOMMERMANN, Karl-Peter. (2010). “La exigencia de una administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de derecho” en *Derecho administrativo de la información y administración transparente*. Madrid: Marcial Pons.
- TAFUR GALVIS, Álvaro. (1993). *La Constitución de 1991 y la modernización del Estado colombiano. La participación, la colaboración convencional, las empresas públicas y la privatización*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- TEZANOS, José-Félix. (2002). *La democracia incompleta. El futuro de la democracia postliberal*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- YOUNES MEDINA, Diego. (2011). *Consejos superiores de la administración. Neocorporativismo y participación orgánica*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- ZAMAGNI, Stefano. (2005). “Un modelo de democracia para la sociedad post-industrial”, en *Revista Cultura Económica* Año XXIII, No. 63. Pontificia Universidad Católica Argentina.

# Colaboración privada convencional: ¿mito o realidad?

Manuel Alberto Restrepo Medina\*

## Introducción

Uno de los principios que define la caracterización constitucional del Estado colombiano es el de la participación. En esa medida, uno de sus fines esenciales, señalado en el artículo 2º de la Constitución, es “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”.

De acuerdo con las anteriores declaraciones de la parte programática de la Carta Política, el artículo 123 indica que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio, y de manera más específica el artículo 210 prevé que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.

En ese orden de ideas y de acuerdo con el marco constitucional referido, el ejercicio de funciones administrativas por particulares se hace presente en el ordenamiento nacional y se expresa en la práctica administrativa mediante tres modalidades de habilitación, de las cuales la tercera es la que constituye la verdadera novedad del régimen constitucional vigente, pues las dos anteriores ya venían siendo aplicadas dentro del régimen anterior.

---

\* Abogado, especialista en Legislación Financiera, magíster en Estudios Políticos y en Derecho Administrativo, doctor en Derecho. Es profesor titular y director de los programas de maestría de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

Así, una primera forma de habilitación es la autorización constitucional con desarrollo legal, en cuya virtud desde el propio texto constitucional se asigna a los particulares el ejercicio de la función, en algunos casos incluso de manera exclusiva, como acontece con la función notarial, cuyo régimen de ejercicio luego es precisado por la ley.

Una segunda forma de habilitación es la autorización legal con desarrollo también legal, en cuya virtud es la ley la que establece el ejercicio de la función en cabeza de los particulares, y la misma ley fija el régimen de su ejercicio, como acontece con ciertas funciones administrativas asignadas a las cámaras de comercio o con los curadores urbanos.

En esta segunda modalidad, por regla general la ley indica la entidad a cuyo cargo se encuentra la escogencia o la designación de los particulares que van a ejercer la función, como acontece con los cónsules *ad honorem* o los ya mencionados curadores urbanos, y de manera excepcional los indica directamente, como acontece con las cámaras de comercio.

En ambas modalidades de habilitación la duración del ejercicio de la función a cargo del particular puede ser indefinida, como acontece con los notarios o las cámaras de comercio, o limitada en el tiempo, como sucede con los curadores urbanos, según lo que al respecto haya definido la respectiva regulación legal.

La tercera modalidad de habilitación es la autorización legal con desarrollo administrativo, que es la novedad aportada en materia de colaboración privada con la Administración en el ejercicio de funciones administrativas dentro del marco provisto por las nuevas reglas constitucionales, consistente en que la ley autoriza de manera general a las entidades públicas titulares de las mismas para que sean ellas las que discrecionalmente decidan si las trasladan a los particulares, cumpliendo con los requisitos y las condiciones fijados por la misma ley y precisados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En esa medida, hay una gran diferencia con las dos formas precedentes, ya que en ellas la decisión de trasladar la función es tomada por el constituyente o por el legislador y en ambos casos regulada por este último, mientras que en la nueva modalidad es la propia Administración la que por autorización legal decide trasladar la función administrativa a los particulares y lo concreta mediante un proceso de selección que concluye con la suscripción de un convenio con el particular que la va a ejercer.

Así, la Ley 489 de 1998 estableció algunas condiciones para que las entidades públicas que cumplen funciones administrativas pudieran trasladarlas a los particulares y fijó los requisitos para adelantar este procedimiento. La Corte Constitucional en las sentencias C-702/99 y C-866/99 validó y complementó en gran medida las condiciones y efectuó algunas precisiones a los requisitos, de manera que el régimen vigente sobre la materia es el que se describe a continuación.

## **1. Régimen Jurídico de la colaboración privada convencional**

- 1.1. El plazo máximo para trasladar el ejercicio de la función a un particular en razón de una convocatoria es de cinco años, sin perjuicio de que si la entidad estima conveniente mantener trasladada la función realice una nueva convocatoria en la cual se podría presentar el particular que en forma precedente la venía ejerciendo, sin que en ningún caso exista la posibilidad de conferirle una prórroga del plazo inicial.
- 1.2. Teniendo en cuenta que todas las autoridades administrativas están habilitadas para trasladar el ejercicio de alguna o algunas de sus funciones a los particulares, esa autorización también cobija al Presidente de la República en su condición de suprema autoridad administrativa, pero ha de entenderse que un eventual traslado de sus funciones a particulares por voluntad suya solamente sería predicable de aquellas de las cuales es titular en esa calidad, pero en ningún caso de las que la Constitución le confiere en el artículo 189 como Jefe de Estado o como Jefe de Gobierno.
- 1.3. No son trasladables a los particulares las funciones administrativas en relación con las cuales exista una reserva constitucional o legal para su ejercicio, lo cual significa que no son trasladables a los particulares aquellas funciones de titularidad exclusiva de las entidades de carácter público, tales como la potestad reglamentaria, la ordenación del gasto o la potestad nominadora.
- 1.4. Asimismo, y aunque parezca obvio, la Corte Constitucional ha determinado como condición para trasladar el ejercicio de una función administrativa a un particular que la entidad que lo haga sea la titular de la misma, pues nadie puede dar de lo que no tiene. Aunque la Administración ha de obrar con arreglo al principio de legalidad, cuyo primer postulado es el de la competencia (lo que haría suponer que solamente las entidades titulares de las funciones serían las que realizarían los trámites encamina-

dos a trasladarlas para su ejercicio a los particulares), podría suceder que una entidad determinada adujera ser la titular de una función específica en relación con la cual otra entidad haya proferido un acto administrativo por el cual declara su voluntad de efectuar ese mismo traslado o que inclusive haya efectuado la convocatoria y suscrito el o los convenios a que haya lugar; este evento llevaría a que el conflicto de competencias fuera resuelto por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y que de acuerdo con el resultado se mantuviera el trámite adelantado o se generara la aplicación de los mecanismos jurídicos de corrección que fueren pertinentes.

- 1.5. El traslado del ejercicio de funciones administrativas a particulares no puede implicar un vaciamiento de las competencias de la entidad que lo realiza, por lo cual en el acto administrativo por el que se declara la voluntad de efectuarlo, en la convocatoria que se realice para materializarlo y en el convenio que se suscriba con el seleccionado, debe identificarse de manera precisa la función trasladada.
- 1.6. Ahora bien, en la medida en que la titularidad de la función sigue en cabeza de la entidad cuyo ejercicio transfiere al particular, aquella conserva el control, la regulación, la vigilancia y la orientación de la misma, de modo que aquella no se desentiende de la función cuando la traslada, sino que facilita su operacionalización con el concurso del particular. Pero al conservar la responsabilidad por su ejercicio, en la medida en que sigue siendo titular de la misma, ha de disponer de los instrumentos aludidos para garantizar que ella se ejerza de acuerdo con el principio de legalidad y se evite que por un daño ocasionado por el particular al ejercerla, sea la Administración quien responda, aun si puede recurrir a la acción de repetición o al llamamiento en garantía con la misma finalidad.
- 1.7. Por último, y enfatizando en que lo que se traslada es el ejercicio de la función pero no su titularidad, la entidad tiene la potestad, por motivos de interés público o social, de dar por terminado en forma anticipada el convenio por medio del cual en forma previa se hubiere habilitado al particular para el ejercicio de la función, sin perjuicio de que eventualmente se deba indemnizar a este último por el daño antijurídico que esa decisión le pueda ocasionar.

## **2. Requisitos para el ejercicio de funciones administrativas por parte de particulares por el mecanismo convencional**

- 2.1. El primer paso para efectuar el traslado de una función administrativa a particulares por este mecanismo de habilitación es la expedición de un acto administrativo en el que la entidad titular de la función exprese su voluntad de que el ejercicio de una o varias precisas y determinadas funciones administrativas de su competencia pasen a serlo por particulares, de acuerdo con los términos que luego se fijan en el pliego de condiciones por medio del cual se realice la convocatoria para su escogencia.
- 2.2. A partir de esa declaración de voluntad, a la cual debe dársele la publicidad exigida en las normas generales que aseguren el máximo de difusión y conocimiento a los terceros, la Administración elabora el pliego de condiciones en el cual indica de la manera más precisa posible la función a trasladar, fija los requerimientos que deben ser cumplidos por el particular para poder participar del proceso de selección y en función de cuya evaluación podrá ser escogido, determina las condiciones de ejercicio de la función (incluyendo si habrá lugar a remuneración, y en caso afirmativo el mecanismo de pago y el plazo de ejercicio de la función, no superior a cinco años), establece las garantías exigibles al particular que sea seleccionado y fija los criterios de evaluación de las propuestas.
- 2.3. Contando con el pliego de condiciones elaborado, la Administración procede a efectuar la convocatoria, mediante la divulgación en medios masivos de comunicación social, incluyendo los formatos electrónicos. En dicha convocatoria se efectúa la invitación a los interesados en participar, señalando las fechas de apertura y cierre del proceso, y se indica la dirección postal o electrónica en la cual se puede consultar el pliego de condiciones.
- 2.4. Vencido el plazo para la presentación de las propuestas, se procede a su evaluación en función de los criterios definidos en el pliego de condiciones y se configura una lista en orden descendente de calificación, la cual se irá agotando en el mismo orden para suscribir los convenios correspondientes, dependiendo de los criterios establecidos en el pliego. Así, el pliego puede haber definido que la escogencia se hará a un particular, a varios o a todos los que superen un baremo mínimo.
- 2.5. Por último, se suscriben los convenios, a los cuales se trasladan los elementos contenidos en el pliego de condiciones: objeto (función), condiciones



de ejercicio de la función, duración, plazo, remuneración si a ella hubiere lugar y garantías; por ministerio de la ley, en los convenios deben incluirse las cláusulas exorbitantes. Adicionalmente, los representantes legales y miembros de las juntas directivas de las personas jurídicas particulares seleccionadas que suscriban los convenios quedan sujetos respecto del ejercicio de la función al mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para los servidores públicos de las entidades titulares de la función; asimismo, los contratos que esos particulares requieran celebrar para el ejercicio de la función deben someterse al estatuto de contratación administrativa.

### **3. Verificación del empleo de la habilitación por autorización legal y desarrollo administrativo**

A partir del marco jurídico existente, que permite a las entidades que ejercen funciones administrativas tomar la decisión de trasladar su ejercicio a los particulares, en orden a evaluar el uso institucional de este mecanismo de participación ciudadana, resulta pertinente preguntarse si aquellas entidades han recurrido a la habilitación legal que les fue conferida y, en caso afirmativo, de qué manera lo han hecho.

Para este propósito y con la finalidad de disponer de una muestra representativa de las entidades que conforman la estructura de la administración pública, se presentaron sendos derechos de petición a los trece ministerios que actualmente conforman ese tipo de órganos principales de la Administración en el nivel nacional, inquiriéndoles por el uso que ellos o las entidades adscritas o vinculadas de su respectivo sector hubieran hecho de la habilitación dada por la Ley 489 de 1998 para trasladar el ejercicio de funciones administrativas a los particulares.

El resultado obtenido es bastante desolador con respecto al uso de este mecanismo de participación ciudadana, pues de las respuestas obtenidas solamente en el sector de agricultura y desarrollo rural, el Instituto Colombiano Agropecuario (ICA), cuya naturaleza es la de un establecimiento público, ha recurrido a este mecanismo mediante la expedición del Acuerdo No. 8 de 2003 de su Consejo Directivo.

Por medio de este acto administrativo, el Consejo Directivo de esta entidad creó y organizó el Sistema de Autorización de Organismos de Inspección y Laboratorios de Prueba y Diagnóstico para el ejercicio de actividades rela-

cionadas con la protección y la producción agropecuaria, en el cual estableció las condiciones para el ejercicio de funciones administrativas por particulares, así como los requisitos y procedimientos de los actos administrativos y convenios para conferir dichas funciones.

Con base en el Acuerdo, mediante tres convocatorias públicas realizadas en los años 2005, 2006 y 2008, el ICA ha vinculado por convenios a 47 laboratorios particulares autorizados para el diagnóstico de brucelosis, ubicados en catorce departamentos, así como a setenta organismos de inspección para brucelosis y 34 para tuberculosis, ubicados en dieciséis departamentos.

Es de anotar que el Gobierno nacional también expidió el Decreto 1037 de 2009, por medio del cual determinó conferir a particulares la función de expedir los certificados de origen que solicitaran los usuarios de comercio exterior, de acuerdo con el procedimiento y los criterios de origen que indicara el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Sin embargo, en atención a que en los más recientes Tratados de Libre Comercio suscritos por Colombia se ha previsto que el tema de origen sea manejado por la autoridad aduanera, la función se ha mantenido en cabeza de la Dirección de Comercio Exterior del referido Ministerio, con el propósito de buscar su traslado a corto plazo a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, teniendo en cuenta que esta entidad cuenta con la estructura administrativa y de fiscalización para adelantar acciones administrativas integrales de control y sanción.

## Conclusiones

La reflexión que surge de este desolador balance en el empleo de este mecanismo de habilitación para el ejercicio de funciones administrativas por particulares a iniciativa de la Administración, es que se pueden estar presentando al menos tres situaciones concurrentes que han llevado a que en el nivel nacional, en el orden de los sectores presididos por los ministerios, no se le haya dado prácticamente ningún desarrollo.

En primer lugar, podría haber un desconocimiento de la existencia y forma de empleo de este mecanismo por parte de las entidades que eventualmente tendrían interés en valerse de los particulares para su ejercicio; en segundo lugar, las entidades potencialmente interesadas tendrían dificultades para recurrir a este mecanismo por su desconfianza en la capacidad de gestión de los particulares y en cierto temor de que funciones públicas no sean

ejercidas directamente por autoridades administrativas. Finalmente, dado que los particulares que entren a ejercer funciones administrativas por este mecanismo de habilitación quedan sujetos al régimen de derecho público y, por ende, a las responsabilidades consiguientes, no tendrían mayor interés en asumir su ejercicio.

Por lo anterior, si en realidad se quiere incidir sobre la administración pública para que sus entidades hagan uso de este mecanismo y para que de esta manera se propicie una verdadera colaboración ciudadana en la vida administrativa de la Nación, valdría la pena adelantar una investigación que se ocupara de validar estas hipótesis y en razón de sus hallazgos propiciar una política de divulgación del instrumento o afinar la regulación de la Ley 489 de 1998 con el fin de hacerla más atractiva para los particulares.

# El derecho a la participación y la consulta previa a pueblos indígenas

Gloria Amparo Rodríguez\*

## Introducción

Durante los últimos tiempos, de manera reiterada se ha hecho referencia tanto en los escenarios políticos como en los académicos y jurídicos a temas de gran importancia para los pueblos indígenas como son la participación, la consulta y el consentimiento previo, libre e informado.

El presente documento hará mención a este tema, señalando en primer lugar que la participación puede ser individual o colectiva pero que los pueblos indígenas, tradicionalmente, de acuerdo con sus usos y costumbres, se han caracterizado por promover procesos que involucran a toda la colectividad. No obstante, según ellos mismos, “la participación debe ser voluntaria y por eso ningún comunero puede ser obligado en contra de su voluntad a participar de actos o reuniones a los cuales no desee asistir” (C.S.J. ONIC, 2006, 47).

En diferentes pronunciamientos, la Corte Constitucional ha garantizado el derecho fundamental a la participación, a la consulta previa y al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas, y ha recabado en el hecho de que la participación indígena debe ser real y efectiva en relación con los asuntos que afectan a las comunidades, particularmente respecto de

---

\* Abogada con Especialización en Derecho Ambiental y Negociación, Conciliación y Arbitraje de la Universidad del Rosario. Magíster en Medio Ambiente y Desarrollo con énfasis en Gestión Ambiental de la Universidad Nacional de Colombia. Doctoranda en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia. Profesora de Carrera Académica de la Facultad de Jurisprudencia, integrante del Grupo de Investigación en Derecho Público y Directora de la Especialización y de la Línea de Investigación en Derecho Ambiental de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

la explotación de recursos naturales yacientes en sus territorios; y que los mecanismos de participación no pueden limitarse a cumplir una simple función informativa; así como que dichos mecanismos, particularmente el derecho de consulta previa, deben desarrollarse de buena fe, de manera apropiada a las circunstancias y con miras a alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento de las comunidades indígenas acerca de las medidas legislativas propuestas.<sup>1</sup>

El presente documento tiene como objetivo dar una visión y presentar los principales mecanismos de participación con los que cuentan los pueblos indígenas, los cuales han sido establecidos por la normatividad colombiana, algunos de ellos fueron creados después de sus ingentes luchas por defender sus territorios y derechos.<sup>2</sup>

## 1. El derecho a la participación de los pueblos indígenas

*El respeto por las minorías debe traducirse en formas reales de participación como minorías, en el respeto por la diferencia como garantía de libre expresión.*

Corte Constitucional<sup>3</sup>

El derecho y el deber de las comunidades y de los ciudadanos a la participación, la encontramos fundamentada en el artículo 1º de la Carta Política; desde su mismo “Preámbulo” se hace referencia al hecho de que Colombia es un Estado democrático y participativo, y a lo largo de sus diversos artículos se habla del derecho a la participación de los pueblos indígenas:

- Derecho a la participación en el ejercicio y control del poder político para lograr la efectividad de los derechos (artículo 40).
- Derecho a la participación en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales (artículo 67).

---

<sup>1</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-891 de 2002. Magistrado ponente: Jaime Araújo Rentarías.

<sup>2</sup> Se sugiere ver sobre este tema: Rodríguez, 2009.

<sup>3</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-866 de 2001. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

- Derecho a la participación en las decisiones ambientales tanto administrativas como legislativas que puedan afectar sus territorios (artículo 79).
- Derecho a la participación política representativa y a su elección mediante circunscripción especial. Los representantes de los pueblos indígenas que aspiren a integrar el Senado de la República, deben haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líderes de una organización indígena (artículos 171 y 176).
- La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe realizarse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, y en las decisiones que se adopten en estos casos se debe contar con la participación de los representantes de las respectivas comunidades (artículo 330 par.).
- Los representantes de pueblos indígenas tienen derecho a participar en la conformación y delimitación de las entidades territoriales que sean previstas en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (artículo 329).
- Derecho a participar y concertar con el Gobierno nacional los Planes de Desarrollo (artículo 339).

Adicionalmente, en el ámbito internacional, tanto en la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* como en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>4</sup> se garantiza el derecho a la participación cuando se establece que:

Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones. (Artículo 18 de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*)

---

<sup>4</sup> El Convenio núm. 169 sobre los pueblos indígenas y tribales es el instrumento jurídico internacional más actualizado sobre el tema. Fue adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en junio de 1989 y fue ratificado en Colombia mediante la Ley 21 de 1991.

Es deber del Estado asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos indígenas, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de los pueblos indígenas y a garantizar el respeto de su integridad. De igual forma deben adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos indígenas, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo, y establecer los medios a través de los cuales puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, así como participar a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan (*Convenio 169 de la OIT, Arts. 2, 5, 6,*).

Los pueblos indígenas, según dicho Convenio 169, deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, así como el derecho de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y de nivel de salud y educación de los pueblos indígenas, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento (*Convenio 169 de la OIT, artículo 7*).

Sobre este marco, es responsabilidad del Estado contribuir a la organización, promoción y capacitación de los pueblos indígenas, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan y fortalezcan sus mecanismos democráticos de representación en las diversas instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública.

Los pueblos indígenas tienen sus propias formas de vida e intereses que obedecen a la visión que tienen del mundo, y el principio de diversidad étnica y cultural les otorga un estatus especial que se manifiesta en el ejercicio de facultades normativas y jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de acuerdo con sus valores culturales propios. Igualmente, la Carta Política les confiere el derecho de gobernarse por autoridades propias según sus usos y

costumbres, además consagra una circunscripción electoral especial para la elección de senadores y representantes y les garantiza el pleno ejercicio del derecho de propiedad de sus resguardos y territorios.<sup>5</sup>

## **2. Dimensiones de la participación indígena**

De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional ha resaltado cómo se deben distinguir dos dimensiones del derecho de participación de los pueblos indígenas:<sup>6</sup> por un lado, la obligación de establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; y, por otro, el deber de consulta en relación con las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a dichos pueblos.

Cuando se adopten medidas en aplicación del Convenio 169, cabe distinguir dos niveles de afectación de los pueblos indígenas: el que corresponde a las políticas y programas que de alguna manera les conciernan (evento en el que debe hacerse efectivo un derecho general de participación), y el que corresponde a las medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente (caso para el cual se ha previsto un deber de consulta,<sup>7</sup> tema que será abordado más adelante en este documento).

Con base en estos principios y derechos, se han creado en nuestro país diferentes espacios y mecanismos de participación para los pueblos indígenas, entre los cuales podemos destacar a continuación los siguientes.

### **2.1. Mesa Permanente de Concertación de los pueblos y organizaciones indígenas**

El Decreto 1397 de 1996 crea la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas, adscrita al Ministerio del Interior, la cual tiene por objeto concertar entre estos y el Estado todas las decisiones

---

<sup>5</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia SU 510 de 1998. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>6</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-030 de 2008. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

<sup>7</sup> *Ibíd.*



administrativas y legislativas susceptibles de afectarlos, evaluar la ejecución de la política indígena del Estado y hacerle seguimiento al cumplimiento de los acuerdos a que allí se lleguen.

La Mesa Permanente tiene entre sus funciones la de adoptar principios, criterios y procedimientos en relación con biodiversidad, recursos genéticos, propiedad intelectual colectiva y derechos culturales asociados a los pueblos y comunidades indígenas, en el marco de la legislación especial de los pueblos indígenas. Le corresponde a esta instancia, concertar previamente con los pueblos y organizaciones indígenas las posiciones y propuestas oficiales para proteger los derechos indígenas en materia de acceso a recursos genéticos, biodiversidad y protección del conocimiento colectivo, innovaciones y prácticas tradicionales que presente el Gobierno colombiano en instancias internacionales o en el marco de los acuerdos y convenios suscritos y ratificados por Colombia.

De igual forma, la Mesa Permanente debe concertar el desarrollo de los derechos, la legislación ambiental y el Proyecto de Ley que modifica el Código de Minas, con el fin de garantizar los derechos de los pueblos indígenas; y definir el cronograma, los procedimientos y los presupuestos necesarios para la delimitación de zonas mineras indígenas de acuerdo con las solicitudes de las comunidades y hacerle seguimiento a su ejecución. Adicionalmente, debe revisar los permisos y licencias otorgados sobre territorios indígenas y los que estén en trámite y solicitar su suspensión o revocatoria cuando sean violatorios de los derechos de los pueblos indígenas, de conformidad con la legislación especial, así como concertar las partidas presupuestales que se requieran para capacitación, estudios técnicos, asesoría y financiación de proyectos con destino a las comunidades indígenas.

Este espacio de participación debe preparar los procedimientos necesarios para acordar entre los pueblos y organizaciones indígenas la propuesta de reglamentación del derecho de participación y concertación de las decisiones susceptibles de afectarlos, de acuerdo con las particularidades de cada uno. En este espacio se acuerda el procedimiento transitorio y lo demás que se requiera para la participación, consulta y concertación con pueblos o comunidades indígenas específicos, mientras se expide el decreto reglamentario, respetando los usos y costumbres de cada pueblo.

Otra de las funciones de la Mesa Permanente de Concertación es la de hacer seguimiento a la ejecución de la inversión social y ambiental para

los pueblos indígenas dispuesta por el Plan Nacional de Desarrollo, y debe concertar los proyectos de ley y decretos reglamentarios relativos a las transferencias de ingresos corrientes de la Nación a los resguardos indígenas y hacer seguimiento al cumplimiento de los mismos. De igual forma, debe revisar las normas relativas a la educación propia, concertar sus modificaciones y reglamentación y vigilar su cumplimiento. Sobre este particular la Corte Constitucional ha aclarado que:

Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no solo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea.<sup>8</sup>

## **2.2. Comisión Nacional de Territorios Indígenas**

La Comisión Nacional de Territorios Indígenas también fue creada por el Decreto 1397 de 1996 y se encuentra adscrita al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Entre otras funciones, le corresponde acceder a la información consolidada sobre gestión del Incoder respecto de resguardos indígenas y actualizarla teniendo presente las necesidades de las comunidades indígenas para la constitución, ampliación, reestructuración y saneamiento de resguardos y reservas indígenas y la conversión de estas en resguardo.

Adicionalmente, debe concertar la programación para períodos anuales de las acciones de constitución, ampliación, reestructuración y saneamiento de resguardos y saneamiento y conversión de reservas indígenas. Entre otras

---

<sup>8</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-769 de 2009. Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

cosas, debe presentar al Gobierno nacional la partida necesaria para la ejecución del cronograma durante el primer año para que este gestione en el Congreso de la República su inclusión en el Proyecto de Ley de presupuesto y bajo el criterio de la obligación del Estado de proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación y del ordenamiento de los territorios indígenas; debe analizar las normas de la legislación agraria atinentes a resguardos indígenas y recomendar las modificaciones que se requieran para superar los principales obstáculos que se presentan con el fin de darle cumplimiento a la constitución, ampliación, saneamiento y reestructuración de resguardos indígenas y el saneamiento y conversión de reservas indígenas.

### **2.3. Comisión de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas**

La Comisión de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas fue creada mediante el Decreto 1396 de 1996, así como el Programa Especial de Atención a los Pueblos Indígenas. La Comisión tiene como funciones principales las de velar por la protección y promoción de los derechos humanos de los pueblos indígenas y de los miembros de dichos pueblos, y especialmente de sus derechos a la vida, a la integridad personal y a la libertad.

Adicionalmente, esta comisión debe definir medidas para prevenir las violaciones graves de los derechos humanos y propender por su aplicación; debe también diseñar y propender por la aplicación de medidas tendientes a reducir y eliminar las violaciones graves de los derechos humanos y las infracciones del Derecho Internacional Humanitario que afecten a los pueblos indígenas. Le corresponde hacer seguimiento e impulsar las investigaciones penales y disciplinarias que se lleven a cabo en relación con las violaciones graves de los derechos humanos de los indígenas, con sujeción a las normas que regulan la reserva legal, y diseñar un programa especial de atención de indígenas víctimas de la violencia, sus familiares inmediatos, viudas y huérfanos, con cubrimiento nacional, así como definir los mecanismos para su funcionamiento y ejecución.

### **2.4. Consejo Nacional de Paz**

De acuerdo con la Ley 434 de 1998, un representante elegido por las organizaciones indígenas nacionales hace parte del Consejo Nacional de Paz, institución que entre sus funciones tiene la de asesorar de manera permanente y consultar al Gobierno nacional en materias relacionadas con la consecución de

la paz; elaborar propuestas acerca de soluciones negociadas al conflicto político armado interno, el respeto, promoción y defensa de los derechos humanos, la aplicación efectiva del Derecho Internacional Humanitario, la disminución de la intensidad o el cese de las hostilidades, la reincorporación a la vida civil de los miembros de los grupos guerrilleros, la reconciliación entre los colombianos, la consolidación de la democracia, y la creación de condiciones que garanticen un orden político, económico y social justo. Además, el Consejo propone al Gobierno nacional mecanismos de participación de la sociedad civil en los procesos de diálogo y negociación con los grupos guerrilleros.

El Consejo Nacional de Paz debe, entre otras cosas, promover, difundir y establecer estrategias para que se respeten los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

## **2.5. Participación política**

Todos los ciudadanos colombianos tienen derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político; para hacer efectivo ese derecho pueden, entre otros, elegir y ser elegidos. En el país existe una circunscripción especial para la elección de dos senadores por las comunidades indígenas, la cual se rige por el sistema de cociente electoral. Quien aspire a ser Senador de la República por esta circunscripción deberá haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena. También se asegura la participación mediante circunscripción especial de representantes de los grupos étnicos en la Cámara de Representantes.<sup>9</sup>

La Corte Constitucional ha resaltado que:

De manera específica ese derecho general de participación se manifiesta, en el ámbito de las medidas legislativas que conciernen a los pueblos indígenas, y tribales, (1) en la posibilidad que sus integrantes tienen de concurrir, en igualdad de condiciones con todos los colombianos, en la elección de sus representantes en las corporaciones de elección popular; (2) en el hecho de que, en desarrollo del carácter público del proceso legislativo, pueden conocer las iniciativas en trámite,

---

<sup>9</sup> Participación Política: Art. 171 y 176 de la Constitución Política. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C 169 de 2001. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

promover discusiones, remitir conceptos, solicitar audiencias<sup>10</sup> y, (3) en las previsiones constitucionales sobre la circunscripción especial indígena, porque si bien quienes allí resulten elegidos no representan formalmente a las distintas comunidades indígenas, sí son voceros, de manera amplia, de su particular cosmovisión y pueden constituir efectivos canales de comunicación entre las células legislativas y las autoridades representativas de las comunidades indígenas y tribales.<sup>11</sup>

### 3. Derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas

*La consulta previa constituye un instrumento básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social.*

Corte Constitucional<sup>12</sup>

Como se ha planteado previamente, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, estos deberán ser consultados mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas.<sup>13</sup> *La Guía para la*

---

<sup>10</sup> En el capítulo IX de la Ley 5 de 1992 se regula la participación ciudadana en el estudio de los proyectos de ley, asunto en relación con el cual el artículo 230 dispone que “para expresar sus opiniones toda persona, natural o jurídica, podrá presentar observaciones sobre cualquier proyecto de ley o de acto legislativo cuyo examen y estudio se esté adelantando en alguna de las Comisiones Constitucionales Permanentes”.

<sup>11</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-030 de 2008. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

<sup>12</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T- 188 de 1993. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia T 342 de 1994. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell; Sentencia SU 039 de 1997. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell; Sentencia C- 825 de 2001, Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa; Sentencia C-030 de 2008. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

<sup>13</sup> La consulta se fundamenta en el derecho que tienen los pueblos de decidir sus propias prioridades en lo que concierne al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, en el derecho de dichos pueblos de participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (Artículo 7 Convenio 169 de la OIT).

*aplicación del Convenio 169* de la OIT<sup>14</sup> define la *consulta previa* como el “proceso mediante el cual los gobiernos consultan a sus ciudadanos sobre propuestas de política o de otra índole. Solo podrá considerarse tal, el proceso que dé a los que son consultados la oportunidad de manifestar sus puntos de vista e influenciar la toma de decisión” (OIT).

Las consultas previas deben ser llevadas a cabo en aplicación del Convenio 169, de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Esto significa que, al consultarlos, los Gobiernos deben proporcionarles información apropiada y completa, que pueda ser comprendida plenamente por los pueblos indígenas. Asimismo, que no pueden consultar a cualquiera que declare representar a la(s) comunidad(es) afectada(s) sino que las consultas deben emprenderse con organizaciones/instituciones genuinamente representativas, que están habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades interesadas. Por consiguiente, antes de iniciar las consultas se debe identificar y verificar que las organizaciones/instituciones con las que tienen previsto tratar cumplan con estos requisitos (*Guía para la aplicación del Convenio*).

El Convenio 169 establece claramente cuándo las consultas son obligatorias. Estas son obligatorias en los casos que se indican a continuación:

- a) Antes de emprender cualquier actividad de exploración o explotación de minerales y/u otros recursos naturales que se encuentren en las tierras de dichos pueblos.
- b) Cada vez que sea necesario trasladar a las comunidades indígenas y tribales de sus tierras tradicionales a otro lugar.
- c) Antes de diseñar y ejecutar programas de formación profesional dirigidos a los referidos pueblos.

De otro lado, la Corte Constitucional ha mencionado que:

Los escenarios en los que podemos agrupar el desenvolvimiento del derecho de consulta previa son: el primero, la construcción de la ini-

---

<sup>14</sup> La *Guía* se constituye en un manual que explica el significado, los alcances y las implicaciones del Convenio y proporciona ejemplos de su aplicación en los países que lo han ratificado.

ciativa gubernamental antes de presentar el texto ante el Congreso; el segundo se refiere, en estricto, a la eficacia del derecho durante el trámite de un proyecto de ley y, el tercero, aplica a la práctica del derecho en sede administrativa, cuando se ejecutan actos específicos o individuales que puedan afectar o interesar a las comunidades indígenas, v. g. la expedición de una licencia ambiental, la constitución de una concesión, la ejecución de un programa de fumigación de cultivos ilícitos o la contratación de una obra.<sup>15</sup>

También es importante resaltar que según la Corte Constitucional, el Convenio 169 de la OIT,<sup>16</sup> y concretamente el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa conforma con la Carta Política bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 del ordenamiento constitucional, no solo porque el instrumento que la contiene proviene de la Organización Internacional del Trabajo y estipula los derechos de dichos pueblos –artículo 53 de la Constitución– sino porque:

- a) En virtud de que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios, prevista en el artículo 330 de la Carta, no puede ser entendida como la negación del derecho de estos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles (artículo 94 de la Constitución).
- b) Dado que el Convenio en cita es el instrumento de mayor reconocimiento contra las discriminaciones que sufren los pueblos indígenas y tribales.
- c) Debido a que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente sobre las decisiones administrativas y legislativas que los afecten directamente es la medida de acción positiva que la comunidad internacional prohíja y recomienda para combatir los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas de ra-

---

<sup>15</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-382 de 2006. Magistrado ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>16</sup> Sobre el bloque de constitucionalidad que conforman los Convenios de la OIT con la Carta Política puede consultarse, entre otras, la Sentencia T-1303. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

cismo, discriminación racial, xenofobia y las formas de intolerancia conexas que afectan a los pueblos indígenas y tribales (Declaración y Programa de Acción de Durban).

- d) Debido a que el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que no se negará a las minorías étnicas el derecho a su identidad.

Para la Corte, estos asuntos no pueden suspenderse ni aun en situaciones excepcionales, por varias razones: 1) por estar ligados a la existencia de Colombia como Estado social de derecho, en cuanto representa la protección misma de la nacionalidad colombiana (artículos 1º y 7º de la Constitución), 2) en razón a que el derecho a la integridad física y moral integra el “núcleo duro” de los derechos humanos, y 3) dado que la protección contra el etnocidio constituye un mandato imperativo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.<sup>17</sup>

### **3.1. Consulta previa en medidas legislativas**

Las medidas legislativas susceptibles de afectar directa y específicamente a los pueblos indígenas, en la medida en que establecen políticas generales, definiciones, pautas y criterios que puedan repercutir sobre sus formas de vida de los pueblos, deben ser consultadas previamente de acuerdo con el ordenamiento constitucional y, en particular, con el Convenio 169 de la OIT, que en esta materia hace parte del bloque de constitucionalidad para buscar aproximaciones sobre la manera de evitar que las mismas las afecte negativamente.<sup>18</sup>

- a) La consulta previa en materia legislativa tiene unas características especiales y no puede sustituirse por un proceso participativo que de manera general se cumplió en torno a los proyectos de ley. Para ello los requisitos de la consulta previa según la Corte Constitucional

---

<sup>17</sup> Ver: Naciones Unidas. (2001). “Observación general N° 29: Estados de emergencia sobre el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: estados de excepción y suspensión de derechos”, en *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

<sup>18</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencias C-030 y C- 461 de 2008, C-175 y C-615 de 2009 y C-941 de 2010.



- son: Poner en conocimiento de las comunidades, por intermedio de instancias suficientemente representativas, el Proyecto de Ley.
- b) Ilustrarlas sobre su alcance y sobre la manera como podrían afectarles.
  - c) Darles oportunidades efectivas para que se pronunciaran sobre el mismo.

El derecho a la consulta previa, que es uno fundamental, tiene por objeto garantizar la participación en la adopción de las decisiones que afectan a las comunidades y no puede consistir en una simple información a dichos entes colectivos, sino que debe propiciar espacios de concertación en la escogencia de las medidas.<sup>19</sup>

Sobre las medidas legislativas que tienen que consultarse, la Corte Constitucional ha señalado que:

Por ejemplo, la Ley General de Educación, el Plan Nacional de Desarrollo, una reforma del sistema de seguridad social o del Código Laboral, o del Código Penal debería, además del proceso deliberativo, público y participativo que se surte en el Congreso de la República, someterse a un proceso específico de consulta con las comunidades indígenas y tribales (...) Puede señalarse que hay una afectación directa cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios (...) Es claro, por otra parte, que lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos.<sup>20</sup>

El Gobierno tiene el deber de promover la consulta cuando se trate de proyectos de ley que sean de su iniciativa y además debe “brindarle a las comunidades, en un momento previo a la radicación del proyecto en el Congreso

---

<sup>19</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-030 de 2008. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

<sup>20</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-030 de 2008. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

de la República, las debidas oportunidades para que ellas no solo conozcan a fondo el proyecto sino, sobre todo, para que puedan participar activamente e intervenir en su modificación, si es preciso” (Sentencia C-891 de 2002). Para la Corte Constitucional ese proceso de consulta puede entenderse cumplido cuando exista evidencia de que antes de radicar el Proyecto de Ley en el Congreso de la República, su texto se haya divulgado entre las comunidades interesadas, se haya avanzado en la ilustración de tales comunidades sobre su alcance, y se hayan abierto los escenarios de discusión que sean apropiados.<sup>21</sup>

Cuando, en desarrollo de la iniciativa que les confiere la Constitución, otros sujetos distintos del Gobierno,<sup>22</sup> deciden presentar a consideración de las cámaras legislativas proyectos de ley cuyo contenido sea susceptible de afectar de manera directa a las comunidades indígenas, según la Corte Constitucional<sup>23</sup> parecería necesario que, en tal caso, el Gobierno, tan pronto advierta que cursa un Proyecto de Ley en relación con el cual debe darse el proceso de consulta, acuda a las instancias que para ese efecto se hubieran previsto en la legislación, como la mencionada Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas creada por el Decreto 1397 de 1996, o a otras que se estimen pertinentes, para definir en ese escenario cuáles serían las instancias y los mecanismos de consulta más adecuados.

En relación con los tratados internacionales que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas, la Corte Constitucional ha señalado, con el propósito de que se pueda realmente adelantar un verdadero diálogo intercultural, que la consulta previa debe llevarse a cabo antes del sometimiento del instrumento internacional, por parte del Presidente de la República al Congreso de la República, pudiendo entonces realizarse o bien durante la negociación, mediante la creación por ejemplo de mesas de trabajo, caso en el cual las comunidades indígenas podrán aportar insumos a la discusión del articulado del instrumento internacional o manifestar sus preocupaciones frente a determinados temas que los afectan; o ya cuando se cuente con un

---

<sup>21</sup> *Ibíd.*

<sup>22</sup> Constitución Política: “Art. 155. Podrán presentar proyectos de ley un número de ciudadanos igual o superior al cinco por ciento del censo electoral existente en la fecha respectiva o el treinta por ciento de los concejales o diputados del país. La iniciativa popular será tramitada por el Congreso, de conformidad con lo establecido en el artículo 163, para los proyectos que hayan sido objeto de manifestación de urgencia”.

<sup>23</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-030 de 2008. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

texto aprobado por las partes, es decir, luego de la firma del tratado, caso en el cual, la consulta podría llevar a la necesidad de renegociar el tratado. Lo anterior no significa, por supuesto, que las comunidades indígenas no puedan servirse de los espacios que suelen abrirse durante los debates parlamentarios, con el propósito de ilustrar a los congresistas acerca de la conveniencia del instrumento internacional, o que igualmente intervengan ante la Corte al momento de analizarse la constitucionalidad de aquel.<sup>24</sup>

Finalizando esta parte, correspondiente a las consultas previas en materia legislativa, a juicio de la Corte:

El concepto de medida legislativa cobija los actos legislativos pues, en primer lugar, la finalidad que animó la expedición del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT fue la de asegurar la preservación de la cultura de las comunidades étnicas, a través de un mecanismo de participación eficaz. Así las cosas, la expresión “*medidas legislativas*” utilizada por el artículo 6° del Convenio 169, no puede ser entendida en un sentido restringido alusivo en forma estricta a la ley en sentido formal, sino en uno amplio que cobije todo tipo de medidas normativas no administrativas susceptibles de afectar directamente a dichas comunidades. En segundo lugar, de acuerdo con una interpretación *pro homine*, la exégesis de la expresión “*medidas legislativas*” que debe ser escogida es aquella que permita ampliar el espectro de ejercicio del derecho fundamental de las comunidades étnicas. Por último, en el derecho constitucional colombiano, la palabra *ley* no tiene un sentido unívoco y, por lo tanto, el adjetivo *legislativo* tampoco lo tiene. La expresión “*medidas legislativas*” no puede entenderse que concierne exclusivamente a las leyes en sentido formal; a la hora de hacer la exégesis de dicha expresión para determinar el alcance del derecho de consulta previa, es menester escoger la interpretación que permita hacer realidad el deber estatal de reconocimiento, garantía y promoción de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, así como lograr la efectividad del derecho a la consulta.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-615 de 2009. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>25</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-702 de 2010. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Continúa señalando la Corte que “como lo ha señalado la jurisprudencia, la omisión de consulta previa es un vicio de forma que se proyecta sobre el contenido de la medida legislativa respectiva y que, por lo tanto, puede viciar la constitucionalidad de un Acto Legislativo. En efecto, aunque la consulta es un procedimiento dirigido a garantizar derechos fundamentales, no por ello abandona su naturaleza procedimental”. Con dicha argumentación declaró inexecutable el inciso octavo del artículo 2º del Acto Legislativo No. 01 de 2009.

En síntesis, cuando se desee expedir una medida del orden constitucional, nacional, departamental o local susceptible de afectar los pueblos indígenas debe realizarse primero la consulta previa. También deben consultarse los Planes de Desarrollo que pueden contener programas, proyectos y presupuestos que inciden de manera directa y específica para los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes que residen en las zonas de aplicación. En este caso, la consulta previa debe ser realizada con pleno cumplimiento de todos sus requisitos porque de lo contrario presentaría un vicio de inconstitucionalidad, es decir, se estaría violando la Constitución Política de Colombia.<sup>26</sup>

En materia de consulta previa del orden legislativo, las principales sentencias son:

- a) Sentencia C-169 de 2001. Sobre la Circunscripción electoral – Comunidades Negras.
- b) Sentencia C-891 de 2002. Sobre consulta del Código de Minas.
- c) Sentencia C-030 de 2008. Declara inexecutable la Ley 1021 de 2006 o Ley General Forestal.
- d) Sentencia C-461 de 2008. Se suspende la ejecución de los proyectos incluidos en el Plan Nacional de Desarrollo para comunidades negras e indígenas.
- e) Sentencia C 175 de 2009. Declara inexecutable la Ley 1152 de 2007 o Estatuto de Desarrollo Rural.
- f) Sentencia C-615 de 2009. Ley 1214 de 2008, “Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las poblaciones indígenas Wayúu”.

---

<sup>26</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-461 de 2008. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

- g) Sentencia C-702 de 2010. Acto Legislativo 001 Inciso 8, artículo 2 Personería Jurídica Circunscripción Especial de Minorías Étnicas.
- h) Sentencia C-941 de 2010. Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y los de la AELC y el Canje de Notas respecto del capítulo 4º del Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y los de la AELC; Acuerdo sobre Agricultura entre la República de Colombia y la Confederación Suiza; Acuerdo sobre Agricultura entre la República de Colombia y la República de Islandia; Acuerdo sobre Agricultura entre el Reino de Noruega.
- i) Sentencia C-366 de 2011. Declara inexecutable la Ley 1382 de 2010 que modifica el Código de Minas.

A lo anterior debemos sumar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Jurisprudencia<sup>27</sup> en el caso del pueblo indígena Saramaka contra Surinam ha señalado que al garantizar la participación efectiva en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones. Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo.

La Corte Interamericana señala también en esta Sentencia que se debe consultar de conformidad con las propias tradiciones indígenas, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si este fuera el caso, y que el aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. Asimismo, que debe asegurarse que se tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, con el fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Finalmente, avanza hacia el Consentimiento Previo Libre e Informado que permite a los pueblos indígenas decidir realmente sobre los planes de desarrollo.

---

<sup>27</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007.

### 3.2. Consulta previa en decisiones administrativas

En el caso de medidas administrativas, es decir, aquellas proferidas por el conjunto de entidades pertenecientes a la rama Ejecutiva en ejercicio de su función administrativa, la consulta previa aplica cuando se ejecutan actos específicos o individuales que puedan afectar o interesar a los pueblos (licencias ambientales, constitución de una concesión, la ejecución de un programa de fumigación de cultivos ilícitos o la contratación de una obra).<sup>28</sup>

De acuerdo con el artículo 330 de la Constitución Política de Colombia, la Corte Constitucional ha dejado claro que:

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación.

De este modo, este tribunal aseguró que:

El derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y

---

<sup>28</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-382 de 2006. Magistrado ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social.

La Corte Constitucional asegura que “la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental, sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades”.

En materia de decisiones ambientales de carácter ambiental, se debe realizar la consulta previa cuando se deseen realizar proyectos de exploración, prospección y explotación de recursos naturales no renovables; cuando se vayan a otorgar licencias o permisos ambientales que afecten los pueblos indígenas: cuando se deseen adoptar los regímenes especiales de manejo; en los procesos de investigación científica (recursos biológicos: colecta, recolecta, captura, caza, pesca, manipulación de recursos, movilización) y de acceso a recursos genéticos, entre otros.

La Corte Constitucional también se ha pronunciado en relación con los objetivos que tiene la realización de la consulta previa, referidos a la explotación de recursos naturales en territorios indígenas. Al respecto ha señalado que con la consulta se debe buscar:

- a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.
- b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.
- c) Que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación

con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses, y pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.<sup>29</sup>

Dadas las implicaciones que tiene la exploración y explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas y en el desarrollo económico, la Corte Constitucional ha planteado que:

[Se] hace necesario armonizar dos intereses contrapuestos: la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en los referidos territorios para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (artículo 80 Const.); y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas y afrodescendientes que ocupan dichos territorios, es decir, de los elementos básicos que constituyen su cohesión como grupo social y que, por lo tanto, son el sustrato para su mantenimiento (...) Por lo anterior, debe buscarse un equilibrio o balance entre el desarrollo económico del país que exige la explotación y exploración de dichos recursos y la preservación de dicha integridad, que es condición para la subsistencia de los grupos étnicos.<sup>30</sup>

De otra parte, también se debe consultar previamente a los pueblos indígenas cuando se decida erradicar cultivos ilícitos en los territorios colectivos, ya sea de manera manual o por fumigaciones. La Corte Constitucional, en la Sentencia 383 de 2003,<sup>31</sup> ha tutelado los derechos fundamentales a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la participación y al libre desarrollo de la

---

<sup>29</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia SU-039/97. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

<sup>30</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-769 de 2009. Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

<sup>31</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia 383 de 2003. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.



personalidad de los pueblos indígenas y tribales por el tema de fumigación de cultivos de coca y ordenó consultar de manera efectiva y eficiente a los pueblos cuando se van a realizar estas actividades.

También aplica la consulta previa en los casos de traslado de las comunidades de sus tierras tradicionales a otro lugar porque las comunidades cuentan con el derecho al territorio cuyo ejercicio les permite acceder colectivamente a sus recursos naturales, controlar los procesos sociales, culturales, políticos y económicos que ocurran dentro de ese espacio. Ellos tienen derecho a poseer, desarrollar, controlar y utilizar sus tierras y territorios. Lo más importante para ellos es su territorio.

También se debe realizar también la consulta previa cuando las Fuerzas Armadas, el INPEC u organismos de seguridad del Estado pretendan desarrollar actividades en sus territorios, sobre la base de que cuando se vaya a realizar cualquier actividad dentro de los territorios colectivos de los pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas que pueda afectarles, debe realizarse la consulta previa, buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación como se ha mencionado.

Es indispensable resaltar que de igual forma se debe realizar la consulta previa cuando se pretendan realizar procesos de investigación científica o arqueológica. En el primer caso, cuando por ejemplo se proyecten adelantar investigaciones en cuanto a recursos biológicos que involucren alguna o todas las actividades de colecta, recolecta, captura, caza, pesca, manipulación del recurso biológico y su movilización en el territorio nacional. En el segundo caso, cuando se planeen realizar investigaciones que involucren actividades de prospección, excavación y restauración. Además, cuando se deseen efectuar actividades en áreas arqueológicas.

De igual forma, se debe realizar la consulta previa cuando se pretenda efectuar la adopción de menores de edad pertenecientes a los pueblos indígenas. Este proceso se surte en el caso de adopción de niño, niña o adolescente indígena, cuando los adoptantes sean personas que no pertenecen a la comunidad (Ley 1098 de 2006).

La consulta previa también se aplica en el caso del diseño e implementación del Programa de Garantía y de los planes de salvaguarda étnica para

cada uno de los pueblos indígenas señalados por la Corte Constitucional en el Auto 004 de 2009.<sup>32</sup>

Sobre todos estos temas, especialmente en el tema relacionado con la explotación de recursos naturales y en relación con la consulta previa, han sido reiterados los pronunciamientos sobre el carácter de derecho fundamental de la consulta previa. Inclusive, la Corte Constitucional ha señalado que “no existe en el ordenamiento un mecanismo distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados, a fin de asegurar su derecho a subsistir en la diferencia, por consiguiente compete al Juez de Tutela emitir las órdenes tendientes a asegurar su supervivencia, en los términos del artículo 86 de la Carta”.<sup>33</sup>

Las principales sentencias en materia de consulta previa del orden administrativo son:

- Sentencia T-428 de 1992. Resguardo indígena de Cristianía (Jardín, Antioquia). Caso Troncal del Café.
- Sentencia T-405 de 1993. Radar y bases militares Araracuara.
- Sentencia SU-039 de 1997. Pueblo indígena U’wa, caso Bloque Samoré.
- Sentencia T-652 de 1998. Pueblo Indígena Embera Katío, caso Urrá.
- Sentencia SU-383 de 2003. Consulta previa en el caso de fumigaciones.
- Sentencia T-880 de 2006. Pueblo Indígena Motilón Bari. Proyecto de perforación exploratoria Álamo I, Ecopetrol.
- Sentencia T-154 de 2009. Caso Ranchería.
- Sentencia T-769 de 2009. Mandé Norte.
- Sentencia T-547 de 2010. Caso Puerto Multipropósito Brisa.
- Sentencia T-745 de 2010. Consorcio Vial Isla Barú.
- Sentencia T-1045 A. de 2010. Caso la Toma, Suarez (Cauca).

---

<sup>32</sup> Colombia, Corte Constitucional. Auto No. 004 de 2009. *Protección de los derechos fundamentales de las personas y los pueblos indígenas desplazados por el conflicto armado en riesgo de desplazamiento forzado*. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Además, para las comunidades afrodescendientes se expidió el Auto 005 de 2009.

<sup>33</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia SU 383 de 2003. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

- Sentencia T-129 de 2011. Caso Embera Katío, Chidima-Tolo y Pescadito.

En conclusión, la Corte Constitucional<sup>34</sup> ha considerado que, en materia de consulta previa de medidas legislativas o administrativas, la consulta previa a las comunidades indígenas:

- a) Constituye un derecho fundamental.
- b) El Convenio 169 de la OIT hace parte del bloque de constitucionalidad.
- c) Su pretermisión, en el caso del trámite legislativo, configura una violación a la Carta Política.
- d) Existe un claro vínculo entre la realización de la consulta previa y la protección de la identidad cultural de las minorías étnicas.
- e) La realización del mecanismo de participación se torna obligatorio cuando la medida, sea legislativa o administrativa, afecta directamente a la comunidad indígena.
- f) La consulta debe realizarse de manera tal que sea efectiva y garantice la participación real de las comunidades afectadas.
- g) El desconocimiento de la consulta previa puede ser invocado en sede de tutela.
- h) El Gobierno tiene el deber de promover la consulta cuando se trate de proyectos de ley que sean de su iniciativa.

#### **4. Principales problemas en relación con la participación y la consulta previa**

No obstante este importante marco de consagración del derecho a la participación y a la consulta previa de los pueblos indígenas, se presentan dificultades en su ejercicio como se evidencia de los continuos pronunciamientos de la Corte Constitucional tutelando sus derechos.

Los problemas tienen como causa principal el desconocimiento del derecho a la participación, dado que en algunos casos analizados por la Corte Constitucional: a) No se han llevado a cabo procesos de participación o con-

---

<sup>34</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-615 de 2009. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

sulta previa; b) Estos procesos se han realizado de manera irregular; c) Porque se han efectuado con personas que no hacen parte de sus legítimas autoridades representativas de las comunidades que se pueden ver directamente afectadas. Adicionalmente, los procedimientos no han sido los adecuados porque no atienden a sus usos, costumbres y tradiciones. En algunas ocasiones se ha desconocido la existencia de pueblos indígenas en los lugares donde se van a realizar los proyectos que previamente deben consultarse o la información no ha sido la adecuada, impidiendo que la participación y consulta se realice de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y teniendo como fin llegar a un acuerdo.

En su reciente informe, James Anaya, relator especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas (Naciones Unidas, 2010), ha mencionado que la falta de consulta previa con los pueblos indígenas en decisiones que les afectan es un problema persistente en Colombia. Resalta cómo la Corte Constitucional ha desarrollado una jurisprudencia importante acerca de este derecho, definiendo los contornos de la norma que avanza el derecho expresado en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Asegura que a pesar de estos avances importantes, la violación del derecho a la consulta ha persistido en varios contextos, tal como se demuestra en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Anaya plantea en su informe que el desarrollo de un procedimiento efectivo de consulta previa, de acuerdo con los estándares internacionales, es uno de los principales desafíos a los que se enfrenta Colombia para superar los problemas que se presentan. Para ello propone diseñar e implementar con las organizaciones indígenas y sus autoridades, un procedimiento de consulta, tal y como ha ordenado la Corte Constitucional y la OIT. Adicionalmente, sugiere que se debe avanzar en la adopción de políticas públicas y leyes centrales y adecuadas para el cumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas, incluida una ley sobre los procedimientos de consulta, con la participación plena y efectiva de las autoridades y representantes indígenas, propuesta con la cual estamos de acuerdo.

## Conclusiones

Actualmente encontramos diferentes mecanismos mediante los cuales se espera incidir en los asuntos que a los pueblos indígenas les interesan, por eso

el reto que tenemos para que esto sea una realidad es promover la verdadera democracia a través de su intervención en los procesos económicos, políticos, sociales y ambientales del país. La participación colectiva que se da al interior de los pueblos indígenas debe permitir la oportunidad al propio desarrollo de dichos pueblos y, además, respetar la autodeterminación de su visión del desarrollo y el derecho de *objeción cultural* a los proyectos que pretendan desarrollarse en sus territorios.

Se deben acoger las recomendaciones James Anaya, relator especial de las Naciones Unidas (2010), sobre la necesidad de armonizar la política pública de desarrollo económico del país, en especial en lo que se refiere a los denominados “mega proyectos” relativos a la extracción de recursos o infraestructura, con los derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas; y, como Anaya plantea, no deben alentarse proyectos de inversión, infraestructura, extracción y explotación de recursos naturales, desarrollo proyectivo, etc., sin previa amplia y legítima consulta y participación de los pueblos indígenas.

La real participación, los procesos adecuados de consulta previa y la implementación del consentimiento previo, libre e informado son elementos para la protección de la integridad social, cultural, ambiental y económica de los pueblos indígenas como mecanismo para garantizar sus derechos fundamentales y colectivos, con lo cual se permite, además, ponderar los intereses generales en conflicto cuando se deseen realizar proyectos que puedan afectar sus vidas, cosmovisiones y territorios.

Finalmente, es necesario tener presente que la consulta previa se constituye en un instrumento básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de los pueblos indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social, según lo ha planteado de manera reiterada la Corte Constitucional.

## Bibliografía

- BONILLA MALDONADO, Daniel. (2009). *Justicia colectiva, medio ambiente y Democracia Participativa*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- C.S.J. ONIC. (2006). “Pronunciamientos de las organizaciones y pueblos indígenas frente a los actores armados. RESOLUCIÓN DE VITONCO. Febrero de 1985”, en *Compilación y selección de los fallos y decisiones de la jurisdicción especial indígena 1980–2006*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura – Organización Nacional Indígena de Colombia.

- GARCÍA MARTÍNEZ, Manuel José y Gloria Amparo Rodríguez. (2009). *Principales escenarios internacionales de protección ambiental y del conocimiento tradicional para los pueblos indígenas*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- INSTITUTO LATINOAMERICANO DE SERVICIOS LEGALES ALTERNATIVOS (ILSA). (2009). “El derecho a la consulta previa en América Latina. Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas”, en *Revista El otro derecho* No. 40. Bogotá: ILSA.
- MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA (MIJ). (2006). *La consulta previa a pueblos indígenas y tribales. Compendio de Legislación, Jurisprudencia y Documentos de Estudio*. Bogotá: MIJ.
- NACIONES UNIDAS. (8 de enero de 2010). *Informe sobre la situación de los pueblos indígenas en Colombia: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial Anterior*. A/HRC/15/34.
- \_\_\_\_\_. (2001). “Observación general N° 29: Estados de emergencia sobre el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: estados de excepción y suspensión de derechos”, en *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. (2009). *El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada. Una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los derechos humanos*. Libia Rosario Grueso Castelblanco (investigadora). Bogotá: Naciones Unidas.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *Guía para la aplicación del Convenio No. 169 de la OIT*. Disponible en: <http://www.oit.or.cr/mdtsanjo/indig/conten.htm>.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César. (2009). *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. (2009). “El papel de la consulta previa en la pervivencia de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos de Colombia”, en *Revista El otro Derecho* No. 40. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA). 2009. Disponible en: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr040/od40-gloria.pdf>
- \_\_\_\_\_. (2008). “La autonomía y los conflictos ambientales en territorios indígenas”, en *La tierra contra la muerte. Conflictos territoriales de los pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá Observatorio Indígena de Políticas Públicas de Desarrollo y Derechos Étnicos, CECOIN.

- \_\_\_\_\_. (2008). “La consulta previa, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y grupos étnicos de Colombia” en *Revista Semillas en la economía campesina*. No. 36/37 Bogotá.
- \_\_\_\_\_. (2008). “La consulta previa: oportunidad o amenaza”, en *Revista Semillas en la economía campesina*. No. 36/37 Bogotá.
- UNIVERSIDAD DEL ROSARIO. (2009). “La participación en materia ambiental: una estrategia en defensa de lo público”. *Fascículo Interactivo* No. 04. Universidad, Ciencia y Desarrollo. Programa de Divulgación Científica. Tomo IV. Bogotá: Facultad de Jurisprudencia.
- \_\_\_\_\_. “Territorios indígenas afectados por los conflictos ambientales”. (2008). *Fascículo Interactivo* No. 12. Universidad, Ciencia y Desarrollo. Programa de Divulgación Científica. Tomo III. Bogotá: Facultad de Jurisprudencia.
- UNIVERSIDAD DEL ROSARIO e ILSA. (2008). *Manual de acceso a la información y a la participación ambiental en Colombia. Iniciativa de Acceso Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2008.

# Democracia y abstencionismo electoral

Javier Andrés Flórez\*

## Introducción

La participación política es fundamental en las democracias porque se considera que entre más espacios de participación existan en los regímenes democráticos, mejor calificados estarán y más compenetración habrá entre la sociedad misma y el Estado, como entidad tanto abstracta como tangible.

Ahora bien, si el fenómeno de la participación política tiene esa envergadura dentro de las democracias, es importante la conceptualización de su significado, lo cual genera la oportunidad de comprenderla en términos precisos. Participación como un todo, sin descomponerla en sus partes, es un error académico y político, más cuando de ella se desprende, en muchos casos, la salud y la legitimidad misma del régimen que se está evaluando.

Por ello esta contribución académica tiene como objetivo, en primera instancia, descomponer el concepto de participación política, diferenciarlo del de participación electoral propiamente dicho y, dentro de este último, hacer referencia a las distintas formas de aproximación teórica, desde las visiones intrínsecas y extrínsecas de la participación electoral hasta las concepciones liberal y republicana que nutren fuertemente este concepto. En segunda instancia, busca profundizar sobre su antípoda, el abstencionismo electoral, tema central de este estudio, en la medida en que son dos caras de un mismo comportamiento político; si no se entienden ambos fenómenos en toda su

---

\* Politólogo de la Universidad del Rosario, Magister en Estudios Políticos con énfasis en análisis político y teoría política de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor y joven investigador de las Facultades de Ciencia Política y Gobierno y de Relaciones Internacionales de la Universidad del Rosario, y miembro del Observatorio de Procesos Electorales de la misma universidad.



complejidad, el resultado es inexacto, impreciso y claramente insuficiente en el proceso general del conocimiento. Por último, se tratará brevemente el contexto jurídico y estadístico en el que Colombia se encuentra, en comparación con los países de la región.

### **1. La participación política: una aproximación teórica**

En el lenguaje político es repetitivo confundir la participación política con la participación netamente electoral, por cuenta de la falta de preocupación conceptual que ronda el espectro político de nuestro continente. Así las cosas, se suele decir, luego de finalizado un evento electoral (día de elecciones), que la participación política fue alta o baja sin detenerse a precisar que se trata de una de las formas o expresiones que se enmarcan dentro de la participación política, en este caso la participación electoral.

Ahora bien, antes de entrar a hablar de la participación electoral propiamente dicha, es importante detenernos un poco más en lo concerniente a la participación política, como concepto más amplio y general. De esta forma, se puede empezar diciendo que la participación política se manifiesta en dos grandes bloques de acciones que se convierten en enfoques del concepto: uno que busca la reciprocidad y otro que se hace palpable a través de la competición, en el cual entra la participación electoral. A continuación se desarrollan estas ideas.

En el primero, el recíproco, se considera que la participación política es interacción entre los miembros de una comunidad política o sociedad. Esa interacción busca la “justicia” entendida como la distribución correcta de las existencias entre los ciudadanos de acuerdo con los criterios públicos existentes (ver también: Rawls, 1971, 221-228). Lo que se busca allí, en ese campo de la participación política, no es un beneficio particular sino, más bien, el logro del bien común. La justicia, vista desde esta óptica, abre la posibilidad de que el ser humano (hombre o mujer) no se vea a sí mismo como un ser separado de la comunidad que lo rodea, sino interdependiente de la misma y, por lo tanto, como miembro de esa comunidad política, el individuo aprende a juzgar los asuntos del bien común no bajo el paradigma estrecho del interés particular y privado, sino usando el criterio público que consiste, básicamente, en pensar que su bienestar depende del bienestar colectivo.

En ese sentido, la participación política es asociada con una forma diferente de hacer política, la cual busca el mantenimiento de la comunidad a

través de diversas actividades como el establecimiento de la comunicación pública para la solución de las disputas existentes y la cooperación entre los miembros individuales y grupales pertenecientes a la comunidad en cuestión. Se trata de una visión o enfoque “comunitario” de participación, donde actuar con los otros miembros de la comunidad es un imperativo para promover los propósitos colectivos o compartidos que logra, finalmente, incrementar el conocimiento político a través de la interacción y coordinación de los asuntos públicos; promover la realización personal y comunitaria; y desarrollar algunas “virtudes” políticas como el sentido de cooperación y de la solidaridad (ver también: Scaff, 454-458).

Por su lado, el segundo bloque, aquel de la competencia, considera a la participación política como un instrumento de acción o herramienta política a través de la cual se busca influenciar a las elites gobernantes con el fin de proteger ciertos derechos, maximizar intereses y asegurar cierta legitimidad del régimen. En otras palabras, esta visión de participación política acoge un enfoque racional y pragmático del concepto en donde el fin último que se busca influenciar u obtener es el poder. Así, es plausible afirmar que bajo esta visión, el interés particular prima sobre la construcción “comunitaria” y, lógicamente, la participación política se convierte en un instrumento para lograr ese fin. En ese orden de ideas, “el proceso político es la formación, distribución y ejercicio del poder” (Lasswell y Kaplan, 1950, 75).

En ese sentido, el principal rasgo de la participación política desde este enfoque sería el poder que ella confiere. De ahí que autores como Parsons y Lasswell definan “poder” como la participación en el proceso de toma de decisiones, y “autoridad” como el código institucionalizado que define los derechos de participación en el sistema político (ver también: Lasswell y Kaplan, 75; Parsons, 1966, 250). Con esa aproximación conceptual de la participación política es sencillo pensarla en términos de la escogencia de reglas, la influencia de elites para direccionar políticas públicas y del otorgamiento de legitimidad al sistema político.

Así las cosas, la participación política, desde este último enfoque, debe ser entendida como toda actividad desarrollada por los miembros de una sociedad tendiente a escoger a quienes gobiernan o a influenciar decisiones o políticas públicas específicas. En palabras de McClosky (1968), se puede definir la participación política como “aquellas actividades voluntarias mediante las cuales los miembros de una sociedad intervienen en la selección de los gobernantes

y, directa o indirectamente, en la formación de la política gubernamental”. Esta definición permite comprender que dentro de la participación política se aglutinan diversas manifestaciones sociales que intentan, de diversas formas, expresar puntos de vista y lograr con ello conductas o decisiones específicas por parte del Gobierno o de una entidad estatal determinada. Es decir, los ciudadanos participan esencialmente con miras a presentar sus intereses, deseos y demandas privadas a las elites gobernantes. Este enfoque de la participación es el predominante en nuestros días y el que se tendrá en cuenta en este escrito.

Entre esas actividades o manifestaciones individuales o colectivas de participación política se destacan, por ejemplo, las acciones ciudadanas cuya valoración social y democrática va en aumento, sobre todo en países con una fuerte tradición de los movimientos sociales; los derechos de petición, como condición mínima de respuesta oportuna a los ciudadanos; las movilizaciones sociales con fines específicos; y, obviamente, la participación electoral, es decir, el acto de votar el día de elecciones. Y así escoger a sus representantes y gobernantes de acuerdo con las oportunidades que les otorgue tanto el sistema político como el electoral.

A partir de ese cúmulo de actividades realizables por parte de los miembros de una comunidad, se puede establecer una escala de “participación política” (en esta última acepción del término) que se divide, empleando la tipología de Milbrath, en cuatro grados jerárquicos, es decir, entre más se esté involucrado en el proceso político, más alto irá ubicado en la escala propuesta. Así, el primer grado lo constituyen los individuos apáticos (no votantes, desinteresados, desinformados, etc.); luego vienen los ciudadanos que realizan actividades de espectador (votar, intentar influir en la decisión de voto de otros, ser miembro de un partido político, etc.); en tercer lugar se encuentra el ciudadano en transición (participa en reuniones políticas, hace aportes monetarios a las campañas, establece contactos con funcionarios públicos y/o partidistas, etc.); y en último lugar, en la cúspide de la pirámide participativa, están aquellos ciudadanos contendores que se caracterizan por ocupar cargos públicos o partidistas, ser candidatos para un cargo, participar en la reunión de estrategia de una campaña política, contribuir con su tiempo a la campaña, entre otras características (Milbrath, 1965, 18). En este orden de ideas es plausible afirmar que la participación política como instrumento de acción se constituye en un fenómeno y, por consiguiente, un concepto mucho

más complejo y global que aquellos que se desprenden del mismo, como la participación electoral, que se verá enseguida.

### **1.1. La participación electoral: entre enfoques dicotómicos**

La participación electoral constituye, como se dijo anteriormente, solo un aspecto parcial de la participación política. No obstante, la participación electoral sigue siendo, por numerosas razones, la más importante y masiva. Es decir, en los regímenes democráticos este tipo de participación se presenta como la alternativa más efectiva, directa y menos “costosa” (en términos de tiempo e intensidad) para influir en la escogencia de los representantes y gobernantes y, en ciertos casos, en la ruta de ciertas políticas públicas y modificaciones normativas.

Así, en materia teórica existen tres razones principales para considerar a este tipo de participación como la más importante dentro del conjunto de la participación política, a saber: a) una primera de tipo sociológico y democrático, la cual argumenta que la participación electoral es la más democrática en la medida en que puede participar la mayor cantidad de ciudadanos en comparación con otros tipos de participación política, y porque es la más igualitaria ya que el voto de cada uno de los ciudadanos que ejercen ese derecho y/o obligación tiene el mismo valor formal que el de los demás, en otras palabras, no hay estratificación de los votos; b) la segunda razón de peso es de tipo eminentemente político y hace referencia al hecho de que la participación electoral es el canal más directo y central de vinculación entre el electorado general, sus preferencias públicas y políticas y los gobernantes, tanto ejecutivos como legislativos, que son escogidos en el proceso democrático, en otras palabras, esos votos que depositan los ciudadanos que, finalmente, conforman la participación electoral, legitiman a los escogidos en el proceso y, por ende, se establecen vínculos entre los unos y los otros; c) por último, la tercera razón es de tipo sistémico y aduce que la vinculación que se da entre el electorado y los escogidos (representantes) está conformada, por un lado, por una entrada (*input*) entendida como la legitimación del proceso electoral llevado a cabo a través del cual toda la sociedad queda ligada o relacionada, y una salida o resultado (*output*) que, por lo tanto, les atañe y afecta; es decir, las políticas públicas adelantadas por los ejecutivos y las normas, leyes, ordenanzas o acuerdos aprobados por los órganos correspondientes que guiarán, por ejemplo, el desarrollo económico del país tanto a nivel nacional, regional o

local y que, finalmente, afectarán a la ciudadanía y personas en general que a su vez fueron quienes, a través del voto, eligieron y legitimaron la acción y las decisiones de los representantes que aprobaron la normatividad y las políticas públicas mencionadas (Nohlen, 2004b; Eston, 1971).

Ahora bien, al igual que todo fenómeno social que se enmarca a través de conceptos abstractos, la participación electoral tiene distintas perspectivas que se traducen en enfoques teórico-conceptuales de tipo dicotómico o disyuntivo. Así, la participación electoral se puede abordar desde dos teorías de la participación: la liberal y la republicana; como también desde las perspectivas intrínseca y extrínseca y, finalmente, desde la visión de la participación como derecho y como función.

### **a) La participación electoral desde las teorías liberal y republicana**

En el marco del análisis teórico-conceptual de la participación electoral es indispensable entrar a exponer los planteamientos excluyentes entre ellos de las teorías liberal y republicana.

La concepción liberal de la participación electoral básicamente presenta una visión menos exigente del fenómeno frente al régimen democrático. Para este enfoque la no participación electoral, la abstención, no es un problema real en la democracia, sino por el contrario esas diferencias entre los abstencionistas y los votantes es muestra clara y fehaciente, además de necesaria, de la libertad que existe y debe caracterizar este tipo de regímenes. Aquí se parte de una clara diferenciación entre el votante activo y el pasivo, es decir, entre la participación activa y aquella pasiva o latente, ya que acoge una premisa básica en la cual se afirma que en todas circunstancias se va a presentar una variación empírica (estadística) entre los que votan y los que no, en la medida en que es inviable transformar a todos los ciudadanos en personas activas electoralmente. Entonces, no necesariamente altos niveles de participación activa son precondition para la consolidación democrática, ni para estratificar cualitativamente mejor a un régimen de este tipo.

En definitiva, la concepción liberal argumenta no solo que el abstencionismo es compatible con el régimen democrático sino que, además, plantea que las circunstancias mismas del proceso político hacen que solo una porción de la población respectiva sea políticamente activa; claro que siempre teniendo como característica principal la condición de que no existan limitaciones para la transición entre el ciudadano activo y el pasivo, es decir, permitiendo

con toda libertad que el ciudadano tome la decisión de si participa o no (ver también: Nohlen, 2004b, 150). Al respecto, Nicolás Gómez Dávila (2007) insiste en que “el porcentaje de electores que se abstienen de votar mide el grado de libertad concreta en una democracia. Donde la libertad es ficticia, o donde está amenazada, el porcentaje tiende a cero”. Este escolio resume muy bien el enfoque liberal de la participación.

Por el contrario, la teoría republicana le da una importancia muy grande a la participación electoral en el proceso democrático, aquí se considera que una participación activa por parte de los ciudadanos es precondition *sine qua non* para consolidar el régimen político existente. Bajo esta concepción, entre más participación haya en los procesos, mayor nivel democrático, en términos cualitativos, va a haber.

En este orden de ideas, para los republicanistas, el abstencionismo y el ausentismo (términos que se tratarán luego) como realidades políticas evidentes, se consideran un problema colosal para las democracias, tanto así que algunos los tildan de ser la dificultad más profunda de las democracias contemporáneas. Por ello, como solución plantean la necesidad de mejorar la educación cívica y las prácticas pedagógicas en busca de formar a un ciudadano con virtudes republicanas que le dé la importancia merecida a la participación político-electoral y, de esa forma, se logre consolidar cualitativamente el régimen democrático respectivo (ver también: Nohlen, 2004b, 152).

### **b) Dos visiones de la participación electoral**

Las dos visiones de la participación electoral que se tendrán en cuenta en este aparte son la visión intrínseca/extrínseca de la participación electoral y la visión de la participación como función y como derecho en las democracias. En cada una de ellas existe tanto una dicotomía excluyente como enfoques teórico-conceptuales.

Desde una perspectiva intrínseca, la participación electoral es vista, en sí misma, como un valor fundamental de la democracia. En otras palabras, sin importar los efectos, consecuencias, motivaciones y causas de la participación electoral (escogencia de candidatos, legitimidad, etc.), el hecho de la acción de participar es más que suficiente, se convierte en el sentido mismo de participar. Lo que importa acá es que la participación electoral se convierte en el fin mismo, no en el medio para lograr un determinado efecto o meta. Y ese fin

es, precisamente, “la autorrealización en el proceso de la acción democrática conjunta” (Nohlen, 2004b, 152).

Así las cosas, en las elecciones no importa la calidad de los candidatos y de los que finalmente resultan elegidos, como tampoco importa la percepción que tiene el ciudadano sobre su capacidad real de influir en las decisiones políticas. Lo que realmente importa es el acto de participar, que se constituye, por sí solo, en un evento positivo y beneficioso para el sistema político. A su vez, el acto de participar electoralmente entra en el campo simbólico de lo político, ya que se carga de normatividad, legitimidad y emotividad, contribuyendo, en cierta medida, a la cohesión social. Bajo la perspectiva intrínseca, la participación electoral por sí sola es un valor democrático y un fin en sí mismo.

Por el otro lado, se encuentra la perspectiva extrínseca desde la cual se considera que la participación electoral es el medio para lograr un fin, es la herramienta fundamental para escoger a los gobernantes y, obviamente, para legitimar el régimen. Al contrario de lo que pasa con la visión intrínseca, la extrínseca sí le da valor al efecto de la participación electoral, sin interesarle el acto mismo de participar. Lo importante es, finalmente, que se cumpla con los objetivos fundamentales de la democracia representativa que en palabras de Fiallos son “por una parte, la determinación cualitativa y la medición cuantitativa de la voluntad del pueblo en cuanto a la selección de funcionarios y programas y, por otra, la de conferir legitimidad a los gobernantes y a sus programas y así facilitar la gobernabilidad y la paz social sostenible” (Fiallos, 1999, 25).

Por último, está la diferencia entre la participación electoral como *derecho* y la participación electoral como *función*. La primera entiende que la participación electoral es una posibilidad de los ciudadanos y, como toda posibilidad, tiene la opción de negarse a utilizarla. Allí es el ciudadano y solo él quien tiene la facultad de decidir si participa o no en el proceso político, es decir, si se convierte en un ciudadano activo o pasivo. Por su lado, la participación electoral vista como función de la democracia entiende que esta es una de las características constitutivas del sistema y, por tanto, la participación adquiere un carácter de compromiso y deber ciudadano, pasando a un segundo plano el sentido del sufragio como derecho. Así, mientras que la participación como derecho está inmiscuida con la teoría liberal de la participación, la visión funcional está inscrita en la escuela republicana.



## 2. Abstencionismo y ausentismo

Al hablar de participación electoral es fundamental entrar a explicar su antípoda que es el abstencionismo y diferenciarlo claramente de otras manifestaciones de “no voto” que se presentan en las elecciones propiamente dichas. El abstencionismo es definido normalmente como “la no participación en el acto de votar de quienes tienen derecho a ello [...] Es un indicador de la participación: muestra el porcentaje de los no votantes sobre el total de los que tienen el derecho al voto” (Alcubilla, 2000, 1-9). Esta definición presenta al abstencionismo en términos negativos, es decir, como negación del acto de votar propiamente dicho, sin detenerse a reflexionar sobre las causas reales de esa “no participación” de los ciudadanos. Por lo tanto, aunque en la medición estadística es imposible diferenciar *a priori* esas causales, en términos conceptuales no solamente es posible sino que se hace necesaria dicha diferenciación.

La participación y el abstencionismo electoral se manifiestan cuantitativamente, mientras que la participación y el abstencionismo político son más bien cualitativos. Lo importante de ello es evidenciar que el abstencionismo electoral es, finalmente, una cifra difundida por un organismo electoral oficial, un dato estadístico que busca diferenciar claramente entre aquellos ciudadanos que votaron y los que no lo hicieron. Por lo general, frente al abstencionismo no deben hacerse juicios de valor apresurados que puedan chocar con la realidad misma del régimen político donde se realizaron las elecciones. Es decir, por ejemplo, que si la abstención es alta dentro de un régimen democrático cualquiera, se considera la misma como algo negativo, mientras que en otros regímenes (autoritarios, totalitarios, híbridos, etc.) la abstención puede ser vista como un fenómeno positivo en la medida en que expresa algo, bien sea aprobación, satisfacción, indiferencia, apatía o expresión de inconformidad, buscando con ello el tránsito hacia la democracia. Ahora bien, comúnmente en las democracias el abstencionismo es considerado como una dificultad evidente en el régimen, pero eso depende de la visión con que se le mire: republicana o liberal, como se vio anteriormente (ver también: Thompson, 2007, 266-287).

Entonces, la diferencia más importante dentro del término de *abstencionismo electoral* es la causa voluntaria o involuntaria del no asistir a las urnas por parte del potencial elector. Cuando el elector se aleja conscientemente de las urnas, luego de una decisión voluntaria, se le denomina abstencionismo electoral (ver también: Tuesta, 2003) y consiste en que el ciudadano no ejerce



su derecho al voto, de manera voluntaria, pese a estar habilitado para hacerlo. Existen numerosas razones para esa actitud por parte del abstencionista y, dependiendo de la causa, hay dos divisiones pertinentes.<sup>1</sup>

Así, en primera medida, cuando el ciudadano adopta una actitud pasiva en el acto electoral como manifiesto de su “desobediencia cívica o civil” (Alcubilla, 2000, 1-9), se denomina abstencionismo electoral político o consciente, en la medida en que: a) rechaza el sistema político existente en su sociedad; b) objeta el acto electoral propiamente dicho; c) no se siente identificado con ninguno de los candidatos y programas que se presentan a la competición electoral respectiva; d) o quiere sentar posición con respecto al mal desempeño del Gobierno, sobre todo cuando hay posibilidades de reelección. Este tipo de abstencionismo puede venir de una decisión individual o colectiva, siendo la segunda mucho más preocupante porque tiene capacidad de aglutinación, lo que indicaría un descontento generalizado. La segunda división se presenta cuando, aunque el individuo se abstiene de participar en el evento electoral no lo hace por las causas anteriores sino porque le es indiferente el proceso político y la política misma o, en palabras de Barthelemy (1923, 34), este tipo de abstencionistas no votan motivados por “la pereza, la ley del mínimo esfuerzo, unida a la falsa convicción de la escasa importancia del voto”, a este tipo de fenómeno se le denomina *abstencionismo apático*.

Ya visto el abstencionismo voluntario y sus pertinentes divisiones, se debe pasar al abstencionismo de causas involuntarias que se denomina ausentismo (Tuesta, 2003) o abstencionismo técnico (Alcubilla, 2000, 1-9). Este se caracteriza por el hecho de que el ciudadano quiere ejercer su derecho al voto y, sin embargo, no puede hacerlo. En este caso, el ciudadano estuvo ausente del evento electoral pero no por las razones imputadas al abstencionismo, sino por causas más técnicas y coyunturales que le impiden hacer uso de su derecho a votar. Entre esas causales están las siguientes: cambio domiciliario que no fue avisado con tiempo al registro electoral; lejanía de los puestos de

---

<sup>1</sup> Ahora bien, es necesario hacer claridad con respecto a la denominada ola de “abstencionismo activo o cívico” la cual pregonaba, básicamente, que el voto en blanco e inclusive el voto nulo se separan drásticamente de las opciones individuales o colectivas escogidas por los ciudadanos (partidos, candidatos, etc.), sumándose en definitiva a ese porcentaje de “ausentismo electoral” (en este caso, el ausentismo es todo aquel que no haya asistido a las urnas, por la razón que fuese) y denominándose finalmente abstencionismo. Esta aproximación al abstencionismo no es acogida en este texto por considerarse que ya es suficientemente grande el espectro que abarca el término para complejizarlo más.

votación; ausencia del voto en el extranjero dentro de la normatividad de ese sistema político; problemas ocasionados por desastres naturales; intimidación de grupos al margen de la ley; mal estado de salud; inexistencia de mesas de votación en centros carcelarios; inexistencia de infraestructura para la votación de personas discapacitadas, entre otros muchos.

A pesar de que estas diferencias son claras en el espectro teórico-conceptual, en el ámbito estadístico y, muchas veces, en las interpretaciones políticas estas diferencias quedan unidas bajo un solo saco denominado *abstencionismo*. Es decir que aunque la inasistencia a las urnas sea por causas voluntarias o involuntarias, finalmente en la cifra oficial saldrán unidas bajo un mismo título ya que identificar esas motivaciones particulares es, de cierta forma, poco probable.

Luego de conceptualizar y desagregar el término de participación política y de su antípoda, el abstencionismo, se pasará a contextualizar a Colombia frente a sus pares latinoamericanos en cuanto a participación electoral a nivel nacional se trata.

### **3. Colombia frente a sus pares latinoamericanos: una comparación jurídica y estadística**

Es pertinente evidenciar que el estudio de la participación político-electoral en Colombia siempre parte de una premisa que, aunque cierta, debe verse a la luz de otras realidades jurídicas y sociales que la colocan en el contexto necesario para su real comprensión. La premisa es la siguiente: la participación político-electoral en Colombia es de las más bajas de América Latina, asemejándose solo con países como El Salvador, Guatemala y, en menor medida, Venezuela en las últimas décadas. Es decir, viéndolo desde el ángulo opuesto, suele decirse que la abstención en Colombia, desde su definición negativa, es extremadamente alta en comparación a los demás países de la región. Si bien es cierta la premisa, verla solamente desde la perspectiva estadística deja un gran vacío analítico que debe ser superado a través de un estudio serio sobre la participación electoral y su antípoda, la abstención, como conceptos teóricos para luego enmarcarlos dentro de un panorama geográfico, social y jurídico específico, en este caso particular, el de Colombia.

Por ello, intentaremos darle elementos a los lectores frente a la comparación de la participación electoral en Latinoamérica desde dos ángulos: el cuantitativo-estadístico, expresado en referentes históricos de participación

electoral y en los datos oficiales de los eventos electorales acontecidos en las últimas dos décadas; y el jurídico-político, entendido como la comparación de las normas jurídicas actuales concernientes tanto a la composición del registro en el censo electoral (automático o no) como a la condición/naturaleza del sufragio (voluntario o obligatorio). Esto con el fin de contextualizar la participación en Colombia frente a sus pares latinoamericanos.

### **3.1. Comparación jurídica: dos grandes temas**

Sin duda alguna, los aspectos jurídicos propiamente dichos afectan no de forma definitiva, pero sí son importantes los resultados finales de la relación participación-abstención que se presenta en los eventos electorales. Entre ellos, los más significativos son: la composición del registro de los votantes que puede ser facultativo o automático y, por supuesto, la condición/naturaleza del sufragio, la cual se puede presentar como obligatoria con sanción, obligatoria sin sanción y no obligatoria.

#### **Composición del Registro**

En el primer caso que tiene que ver con el registro de los ciudadanos (el empadronamiento electoral), es evidente que afecta de manera real el dato final de abstención y participación que arrojan las estadísticas electorales por parte del órgano oficial encargado. Es muy diferente la cifra de abstención en un régimen político que tiene como norma el registro automático<sup>2</sup> de sus ciudadanos en el padrón electoral, ya que todos aquellos individuos que no asistan a las urnas serán considerados en el porcentaje de abstencionistas; mientras que si el registro es facultativo<sup>3</sup> en la cifra de abstención solo se tendrán en cuenta aquellos ciudadanos que habiéndose inscrito en el censo electoral no participaron en las elecciones, dejando a un lado a los ciudadanos que no se inscribieron en el padrón o censo respectivo. Eso dificulta la medición horizontal y la comparación entre los países latinoamericanos ya que, como lo vamos a ver, hay diferencias sustanciales en ese sentido. Así, por ejemplo, de

---

<sup>2</sup> Se entiende como registro automático aquel que se produce sin el consentimiento o voluntad del ciudadano, es decir, cuando el organismo electoral incluye al ciudadano al cumplir este con los requisitos constitucionales-legales para hacer parte del padrón electoral.

<sup>3</sup> Se entiende como facultativo cuando las personas que cumplen con los requisitos legales para hacer parte del padrón electoral, por iniciativa propia o necesidad, se inscriben en el órgano o entidad electoral respectiva.

los dieciocho casos observados, ocho utilizan el registro automático mientras que los diez restantes el facultativo, como se observa en la tabla 1.

Un caso de esos es el de Chile, país que cuenta con una tradición de participación superior al 90%, pero en el cual se presenta, precisamente, la dificultad comparativa de poseer un registro facultativo de los ciudadanos al censo o padrón electoral. Así las cosas, si se tuviese en cuenta el total de la población con las condiciones normativas para participar, ese porcentaje se reduce en casi quince puntos porcentuales, una cifra considerable (ver también: Zovatto, 2003, 24-32). Es decir que en la cifra de abstención del país austral se deja de un lado a una porción importante de la población que se abstiene de hacer parte del padrón electoral y, por tanto, de votar. Pero hay que decir que aun disminuyendo ese 15% de personas que no hacen parte del censo, la participación electoral sigue siendo bastante alta, ubicándose en un promedio del 75%. En este mismo sentido se presenta el caso de Uruguay donde con la misma legislación chilena (voto obligatorio y registro facultativo) se observan los mismos resultados, es decir, una asistencia electoral superior al 90% (en promedio de 1978-2000); allí también se podría encontrar una reducción de esta asistencia si se contaran todos los ciudadanos que tienen la capacidad de ejercer su derecho al sufragio (ver tablas 1 y 2).

### **Naturaleza del sufragio**

Ahora bien, a la hora de hablar de las condiciones/naturalezas del sufragio o “tipo de voto” (Thompson, 2007, 273) existen básicamente dos categorías, a saber: a) el voto obligatorio, que a su vez se divide en voto obligatorio con sanción, el cual es mucho más eficiente a la hora de presionar a los ciudadanos a que salgan a votar, y el voto obligatorio sin sanción<sup>4</sup> que, sin duda, es un saludo a la bandera, pero que sí influye, aunque sea poco, en el aumento de las cifras electorales; y b) el voto no obligatorio o facultativo, el cual se presenta en pocos países latinoamericanos que, justamente, en casi todos los casos son aquellos con los más bajos porcentajes de participación.

Dependiendo, entonces, del trato jurídico que se le otorgue al voto, también se le está imputando una visión específica de la participación electoral,

---

<sup>4</sup> Se hace referencia a la obligatoriedad del voto sin sanción en la medida que a nivel normativo se establece su obligatoriedad pero no se especifican las sanciones en caso de su no cumplimiento, asimismo en aquellos casos en que aunque existen las sanciones a nivel formal su praxis no es real en todos los casos.

de aquellas que se tocaron anteriormente. Así, por ejemplo, cuando el voto se considera obligatorio, ese ordenamiento jurídico se está alineando con la teoría republicana y la visión de función de la partición electoral en la medida que piensa la abstención como un problema serio y la participación como una función *sine qua non* de la democracia. Por su lado, cuando el voto es facultativo el sistema normativo está indicando una predilección a la teoría liberal y a la visión de la participación electoral como derecho, ya que considera que la participación es una decisión personal que no debe estar enmarcada en el campo de la obligatoriedad, es decir que el ciudadano tiene la capacidad legítima de decidir si participa o no.

Así las cosas, no sobra decir que a la hora de la comparación de las cifras de abstencionismo y participación electoral hay que tener mucha cautela en la medida en que los universos jurídicos con respecto al voto y al registro son bastante diferentes en los países de la región latinoamericana. Por ejemplo, es muy diferente el dato de abstencionismo que se obtendría en Perú donde el registro electoral no es automático y el voto es obligatorio con sanción; en otras palabras, allí el ciudadano escoge si entra al censo, disminuyéndose este y, fuera de ello, aquellos que se inscriben tiene la obligación de votar a no ser que quieran recibir una sanción por no hacerlo; al dato obtenido en Colombia, país en el cual el registro es automático (todos los ciudadanos mayores de edad acceden al censo electoral, exceptuando ciertos casos específicos) y el voto es facultativo o no obligatorio. En esas condiciones, seguramente el dato de abstencionismo será pequeño en Perú y bastante mayor en Colombia. La tabla 1 presenta la sistematización tanto de la condición/naturaleza del voto, como del proceso de registro electoral:

Tabla 1: Registro Electoral y naturaleza del voto en Latinoamérica

País	Registro Electoral	Naturaleza del voto <sup>5</sup>	Artículo de la Constitución o Código Electoral
<b>Argentina</b>	<b>Automática</b>	Obligatorio <b>con</b> Sanción	Arts. 12, 125 y 126, Código Electoral Nacional.
<b>Bolivia</b>	Facultativo	Obligatorio <b>con</b> Sanción	Arts. 195, 237 y 238, Código Electoral.
<b>Brasil</b>	Facultativo	Obligatorio <b>con</b> Sanción	Art. 14 Constitución.
<b>Chile</b>	Facultativo	Obligatorio <b>con</b> Sanción	Art. 139 Ley sobre Votaciones y Escrutinios.
<b>Colombia</b>	<b>Automática</b>	No obligatorio / Facultativo	Art. 258 Constitución.
<b>Costa Rica</b>	<b>Automática</b>	Obligatorio sin Sanción	Art. 93 Constitución.
<b>Ecuador</b>	<b>Automática</b>	Obligatorio <b>con</b> Sanción	Art. 1, 153 y 181 de la Ley de Elecciones.
<b>El Salvador</b> <sup>6</sup>	Facultativo	No obligatorio / Facultativo	Art. 3 Código Electoral.
<b>Guatemala</b>	Facultativo	No obligatorio / Facultativo	Art. 3 Ley Electoral y de Partidos Políticos.
<b>Honduras</b>	<b>Automática</b>	Obligatorio <b>con</b> Sanción	Art. 6, 224 y 244 Ley Electoral.
<b>México</b>	Facultativo	Obligatorio sin Sanción	Art. 4 COFIPE.
<b>Nicaragua</b>	<b>Automática</b>	No obligatorio / Facultativo	Art. 30 Ley Electoral.
<b>Panamá</b>	<b>Automática</b>	No obligatorio / Facultativo	Art. 129 Constitución.
<b>Paraguay</b>	Facultativo	Obligatorio <b>con</b> Sanción	Arts. 4, 332 y 339 Código Electoral.
<b>Perú</b>	Facultativo	Obligatorio <b>con</b> Sanción	Art. 31 Constitución.

Continúa

<sup>5</sup> Al respecto de la naturaleza o condición del voto, existe una clasificación para los países latinoamericanos, dividida en tres grupos o tendencias: a) Aquellos países que desde muy temprano introdujeron en sus legislaciones la obligatoriedad del voto y la han mantenido; ellos son: Honduras (1894), Argentina (1912), México (1917), Bolivia (1924), Chile (1925), Ecuador (1929), Perú (1931), Brasil (1932), Costa Rica (1936) y Paraguay (1940); b) Aquellos en que esta norma ha sido implementada reiterada o recientemente o que ha sido abolida, en donde están: El Salvador (1883 a 1950), Guatemala (en 1945 y entre 1965 y 1985), Nicaragua (de 1893 hasta 1984), Uruguay (1934 y desde 1970) y Venezuela (de 1958 hasta 1999); c) Finalmente, aquellos en que nunca ha sido obligatorio: Colombia y Panamá (Franco-Cuervo, 1997, 34-35).

<sup>6</sup> En El Salvador se presenta una complicación en cuanto a la interpretación del artículo 3 del Código Electoral, ya que en él se dice que el voto es irrenunciable. Nuestra interpretación al respecto es que allí el voto no es obligatorio, sino que ningún ciudadano puede renunciar a su derecho intrínseco a ejercer el voto, pero sí puede no asistir a las urnas.

País	Registro Electoral	Naturaleza del voto	Artículo de la Constitución o Código Electoral
<b>Rep. Dominicana</b>	Facultativo	No obligatorio / Facultativo	Art. 9 Constitución.
<b>Uruguay</b>	Facultativo	Obligatorio <b>con</b> Sanción	Arts. 8. 17 Ley del Voto Obligatorio.
<b>Venezuela</b>	<b>Automática</b>	No obligatorio / Facultativo	Art. 63 Constitución.

Fuente: Observatorio de Procesos Electorales (OPE) con base en datos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), CAPEL y revisión de la normatividad electoral de los países latinoamericanos. Datos de 2007.

La tabla 1 muestra que de los dieciocho países latinoamericanos estudiados, once tienen normatividad que obliga al voto. De estos, nueve cuentan con una sanción aplicable a los abstencionistas y solo dos, Costa Rica y México, dejan que el voto obligatorio se convierta en una medida poco efectiva e inane, ya que no tienen ninguna clase de norma sancionatoria estipulada.

A su vez, de los nueve que cuentan con sanciones, seis van de la mano con un registro electoral facultativo, lo que indica que si la decisión de los ciudadanos es hacer parte del censo, estos están obligados a votar y, en materia de cifras electorales, la participación bajo esos parámetros será bastante alta y la abstención, por lo tanto, muy pequeña, en términos de los datos oficiales. Sin embargo, vale decir que esto no se refleja, en todos los casos, en los resultados electorales de los países que aquí se están estudiando.

Por otro lado, solo cuatro países (Colombia, Nicaragua, Panamá y Venezuela) cuentan con el dualismo de registros electorales automáticos y voto no obligatorio o facultativo, lo que lleva a pensar que los datos electorales presentados son más cercanos a la realidad social y política de cada uno de ellos, ya que disminuyen sustancialmente la posibilidad de que se dejen por fuera del censo electoral a porcentajes significativos de personas y permiten que sea el ciudadano quien decida si vota o no, sin temor a sanciones posteriores. Lo interesante es ver, como se hará más adelante, que no necesariamente todos estos países cuentan con cifras de abstención altas, sino que, por el contrario, en los casos de Nicaragua,<sup>7</sup> Panamá y Venezuela<sup>8</sup> la abstención es bastante baja, siendo de 19%, de 26% y de 29%, respectivamente en promedio para el periodo 1978-2000, mientras que la de Colombia tradicionalmente se ha

<sup>7</sup> Hay que tener en cuenta que Nicaragua abolió el voto obligatorio a partir de 1984.

<sup>8</sup> Venezuela abolió el voto obligatorio en el año de 1999 con su nueva Constitución.

ubicado cercana al 50%. Por ello, desde el principio se ha dicho que estos factores no son decisivos a la hora de votar, pero que sí influyen, aunque sea poco, en el dato final de la participación y la abstención puesto que condicionan al elector y pueden distorsionar la fría estadística. Lo importante es conocer esas diferencias presentes en la normatividad jurídica en cuanto al registro y a la naturaleza del voto, para no caer en posibles falsas interpretaciones y descripciones en el ejercicio académico.

### **3.2. Tendencias de la participación electoral en América Latina**

Daniel Zovatto (2003, 23-46), conocedor de los temas electorales latinoamericanos, hizo un juicioso estudio comparado sobre la participación electoral en Latinoamérica desde el año 1978, época de la primera ola de democratización de la región, hasta el año 2000. Son, entonces, veintidós años de estadísticas electorales condensadas en promedios de participación tanto a nivel regional como estatal.

En ese estudio se puede observar cómo, durante este periodo, once de los dieciocho casos en comparación, cuentan con promedios de participación superiores al 70% en las elecciones presidenciales y legislativas desde 1978,<sup>9</sup> con una media regional de 73,2%. De los siete restantes, cuatro superan la barrera del 60% y solo tres se encuentran por debajo de este porcentaje, según datos oficiales y teniendo en cuenta solamente los ciudadanos empadronados (ver tabla 2).

En síntesis, todos los países, a excepción de Guatemala, El Salvador y Colombia, tienen unos índices de participación bastante altos, tanto en elecciones presidenciales como legislativas. Casos como el de Uruguay con promedios de participación del 90% en ambos tipos de elección, o el de Brasil con un índice del 80% en promedio, contrastan con las cifras de El Salvador que se acercan al 45% o con las de Colombia que están en el 43%.

Así las cosas, nos encontramos con un panorama de muy bajos niveles de participación en Colombia que contrastan fuertemente con los de los otros países latinoamericanos. Colombia es el país con menores índices de parti-

---

<sup>9</sup> Vale decir que en el estudio de Zovatto solo se tienen en cuenta las elecciones realizadas en cada país. En muchos de ellos solo se tuvieron en cuenta tres elecciones debido a que se encontraban bajo regímenes autocráticos en esa época. Por ejemplo, en el caso de Chile solo se tienen en cuenta las elecciones posteriores a 1989, año de la redemocratización del país.



cipación tanto en elecciones legislativas como presidenciales; en ninguno de los dos casos, en promedio, alcanza siquiera el 50% de asistencia electoral.

Así, es importante en este aparte hacer algunas relaciones entre la tabla 1 y la tabla 2, es decir, entre los factores jurídicos y la tendencia de participación de los países latinoamericanos. Así, lo evidente es que, como se ha mencionado con anterioridad, esos factores jurídicos parecen no tener consecuencias en las cifras electorales propiamente dichas ya que, por ejemplo, mientras que Chile y Uruguay con registro facultativo y voto obligatorio logran promedios de participación superiores al 90%, Paraguay, Perú y Bolivia, con la misma normatividad, obtienen índices muy por debajo del de esos dos países, ubicándose en 65,5%, 73% y 75%, respectivamente.

Ahora bien, el caso de Colombia es más llamativo si se compara con Nicaragua, Panamá y Venezuela, ya que en ellos la participación es significativamente más alta que la colombiana (ver tabla 2), aun bajo la misma normatividad jurídica en comparación. Mientras que en países como Guatemala y El Salvador, en los cuales el registro no es automático pero el voto es facultativo, los índices de participación se acercan bastante al colombiano, donde a diferencia de los anteriores la conformación del censo es automática. Esto demuestra, de nuevo, la complejidad para entender y relacionar el fenómeno de la participación política y, especialmente, la electoral, pues es muy difícil determinar el porqué de los disímiles comportamientos en los comicios electorales.

**Tabla 2. Participación Electoral en América Latina 1978-2000**  
Elecciones Legislativas realizadas

País	Promedio de participación electoral (sobre ciudadanos empadronados)
Chile	92%
Uruguay	90%
Brasil	85,30%
Argentina	83%
Nicaragua	81,70%
Costa Rica	79,10%
Bolivia	74,70%

Continúa

País	Promedio de participación electoral (sobre ciudadanos empadronados)
Panamá	74%
Perú	73,40%
Honduras	72,30%
Venezuela	71%
Ecuador	69,40%
República Dominicana	67%
Paraguay	65,50%
México	65%
El Salvador	50,20%
Guatemala	49%
Colombia	41,10%
Promedio Región	71,20%

Fuente: Zovatto, 2003, 23.

Por lo tanto, las razones de la tradicional baja participación colombiana podrían explicarse, entre otras posibilidades, además de las implicaciones estadísticas de su normatividad, a su tradicional cultura política, a su histórica violencia<sup>10</sup> y al hecho de que, de alguna forma, la democratización y redemocratización enfrentada por la mayoría de países latinoamericanos, luego de pasar décadas bajo dictaduras militares, o bajo regímenes autoritarios,<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Colombia se ha caracterizado por periodos violentos y sangrientos a través de sus casi doscientos años de historia. La última etapa de este proceso empezó con la época denominada “La Violencia” que comenzó con el Bogotazo en 1948. Pero han sido tres las razones principales de la actual violencia (1980-2006): la primera es la precariedad del Estado colombiano, manifestada en la fragmentación del poder político, la débil legitimidad de las instituciones, el proceso de formación nacional inconclusa, y los desequilibrios regionales y sociales; la segunda, el desfase que se produjo en el país entre un acelerado proceso de modernización económica y social y una ausencia simultánea de modernización política. De esta manera, los nuevos actores sociales y los nuevos intereses no encontraban canales aptos e institucionales para su participación. Y la tercera y última razón es el histórico carácter excluyente del sistema político colombiano, como una de las fuentes principales de la violencia contemporánea en el país (ver también: Pizarro Leongómez, 1992, 42; Bushnell, 2000).

<sup>11</sup> Por ejemplo, México con la democracia restringida promovida por el tradicional Partido Revolucionario Institucional (PRI) hasta mediados de los noventa, ya que durante siete décadas mantuvo estadísticamente niveles de participación sobre el 90%.

surte un efecto de participación democrática importante en estos, caso que es contrario al colombiano. Casos de Estudio específicos en cada uno de estos países ayudarían a entender su proceso particular de una mejor manera. Pero tal no es el objetivo de este artículo, por lo cual no se profundizará al respecto.

## Conclusiones

Luego de todo este periplo que se ha recorrido en el texto, podemos afirmar, sin temor a equivocaciones, que detrás de la participación política y, específicamente, de la electoral, se encuentra un gran debate teórico-conceptual que muchas veces se deja de lado en los análisis que se realizan en la academia y en la vida política de un país. Entender, en toda su complejidad, el concepto es la mejor herramienta para poder enfrentar el fenómeno de la participación política y, de esa forma, ser capaces de analizarlo y describirlo de una mejor manera. La discusión central entre republicanistas y liberales deja abierta la puerta para nuevas interpretaciones y acercamientos teóricos, como también permite que se siga debatiendo sobre este tema que es trascendental en las democracias de hoy en día. Preguntas abiertas se pueden dejar al respecto, como por ejemplo: ¿Se debe seguir pregonando por la obligatoriedad del voto? ¿Son mejores las democracias, cualitativamente hablando, entre mayores sean sus niveles de participación electoral? ¿Obligar a participar no es, de cierta forma, una forma de autoritarismo democrático? Todas estas preguntas, como muchas otras, ameritan estudios específicos que ahonden mucho más en su problemática central.

Ahora bien, adicional al problema teórico que se vislumbró en el primer aparte del texto, se presenta el problema relacionado con los diferentes contextos jurídicos aplicados en los regímenes electorales de cada país. Como lo vimos en páginas anteriores, existen dos temas centrales que pueden distorsionar las cifras electorales a la hora de realizar comparaciones horizontales entre los países en estudio, estos son: los diferentes procedimientos a través de los cuales se conforma el registro electoral y la naturaleza o condición del voto, así como sus diferentes combinaciones. A pesar de que esas diferencias en el nivel normativo tienen un efecto en los datos o cifras electorales finales, se encontró evidencia empírica suficiente para demostrar que, a pesar de que varios países presentan igualdad en el plano normativo, sus resultados electorales en cuanto a cifras de participación se trata varían considerablemente;

dicho resultado lleva a pensar que esa normatividad influye pero no determina la participación electoral.

Observando las cifras de participación electoral en el continente, se evidencia que Colombia ocupa, de lejos, el último lugar en asistencia a las urnas por parte de sus nacionales. El promedio de dos décadas demuestra que solamente el 41% de los colombianos sale a votar, dato que contrasta de forma impresionante con los resultados percibidos por sus homólogos latinoamericanos como Chile, Uruguay, Brasil, Argentina o Nicaragua, que sobrepasan el 80% de participación en sus respectivos comicios. Asimismo, si se compara con el promedio regional que es del 71%, se puede apreciar que el comportamiento electoral del país es supremamente disímil con el de sus vecinos latinoamericanos (los países que más se acercan a Colombia son El Salvador y Guatemala, ambos con casi diez puntos porcentuales adicionales al promedio colombiano). La pregunta sería entonces: ¿Cuáles son las razones específicas para este tipo de comportamiento político-electoral en el país? Posiblemente futuros estudios podrán dar respuestas hipotéticas a esta necesaria y contundente inquietud.

## Bibliografía

- ALCUBILLA, Arnaldo. (2000). "Abstencionismo Electoral", en *Diccionario Electoral*. 2ª ed. Madrid: Instituto interamericano de Derechos Humanos (IIDH)/CAPEL.
- BARTHELEMY, J. (1923). "Le vote obligatoire", en *Revue de Droit Public et de la Science Politique*. Tomo V, Libro I. París.
- BOTERO, Felipe. (2002). "Reforma política, personalismo y sistema de partidos", en *La reforma política de 2003: ¿la salvación de los partidos políticos colombianos?* Gary Hoskin y Miguel García Sánchez (eds.). Bogotá: Uniandes-Ceso.
- BUSHNELL, David. (2000). *Colombia: una nación a pesar de sí misma*. Bogotá: Planeta.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (3 de julio de 2003). "Acto Legislativo 01 de 2003. Artículo 2º que modificó el artículo 108 de la Constitución Política", en *Diario Oficial* No. 45.237.
- DÁVILA, Andrés. (2002). *Democracia pactada. El Frente Nacional y el constituyente del 91*. Bogotá: Alfaomega-Universidad de los Andes.
- ESTON, David. (1971). *The Political System*. 2ª ed. Nueva York: Knopf.

- FIALLOS, Mariano. (1999). *Capacitación activa y electoral*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)/CAPEL.
- FRANCO-CUERVO, Beatriz. (2007). *Estudio comparado de las barreras o umbrales electorales implícitos y explícitos en el sistema electoral*. Bogotá: IDEA-PNUD.
- \_\_\_\_\_. (1997). “Lo bueno, lo malo y lo feo del voto obligatorio”, en *Revista Estrategia económica y financiera* No. 251.
- GÓMEZ DÁVILA, Nicolás. (2007). *Escolios a un texto implícito*. Bogotá: Villegas.
- LASSWELL, Harold y Abraham Kaplan. (1950). *Power and Society*. New Haven: Yale University Press.
- LIJPHART, A. (1994). *Electoral Systems and Party Systems*. Oxford: Oxford University Press.
- MCCLOSKEY, H. (1968). “Political Participation”, in *International Encyclopedia of the Social Sciences*. Nueva York: Collier-Macmillan.
- MILBRATH, L. (1965). *Political Participation*. Chicago: Rand MacNally.
- MISIÓN DE OBSERVACIÓN ELECTORAL. (2007). *Retos electorales: Riesgos y recomendación*. Bogotá: PNUD-IDEA.
- NOHLEN, Dieter. (2003). *El contexto hace la diferencia: reformas institucionales y el enfoque histórico-empírico*. México: C. Zilla, México III/UNAM.
- \_\_\_\_\_. (2004a). *Sistemas electorales y partidos políticos*. México: Fondo de Cultura Económica.
- \_\_\_\_\_. (2004b). “La participación electoral como objeto de estudio”, en *Revista Elecciones* No. 3. Lima: Oficina Nacional de Procesos Electorales.
- \_\_\_\_\_. (ed.). (2005). *Elections in the Americas*. 2 tomos. Oxford: Oxford University Press.
- \_\_\_\_\_. (2006). *El institucionalismo contextualizado. La relevancia del contexto en el análisis y diseño institucionales*. México: Porrúa-UNAM.
- \_\_\_\_\_. (2007). *Ciencia política. Teoría Institucional y Relevancia del Contexto*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- PARSONS, Talcott. (1966). “On the concept of political power”, in *Class, Status and Power*. Bendiz and Lipset (eds.). 2 ed. New York: Free Press.
- PIZARRO LEONGÓMEZ, Eduardo. (1992). “Colombia: ¿Hacia una salida democrática de la crisis?”, en *Análisis Político* No. 17.
- RAWLS, John. (1971). *A theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press.
- REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL. (1988). *Historia electoral colombiana*. Bogotá: Registraduría General del Estado Civil.

- SCAFF, Lawrence. (1975). "Two Concepts of Political Participation", in *The Western Political Quarterly* 28 (3).
- THOMPSON, José. (2007). "Abstencionismo y Participación Electoral", en *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica.
- TUESTA, Fernando. (2003). "Abstencionismo y Ausentismo ¿Son iguales?", en *Revista Elecciones* No. 2. Lima: Oficina Nacional de Procesos Electorales.
- UNGAR, Elizabeth. (1998). "¿Hacia la recuperación del Congreso?", en *Elecciones y democracia en Colombia 1997-1998*. Ana María Bejarano (comp.). Bogotá: Universidad de los Andes, Fundación Social y Veeduría Ciudadana a la Elección Presidencial.
- ZOVATTO, Daniel. (2003). "La Participación Electoral en América Latina", en *Revista Elecciones* No. 2. Lima: Oficina Nacional de Procesos Electorales.



Tercera parte

**El papel del juez constitucional en un Estado  
democrático y social de derecho**





# Democracia, el papel del juez, el precedente constitucional y la constitucionalización del derecho

Luisa Fernanda García López\*

## Introducción

En la doctrina constitucional la expresión “separación de poderes” o división de poderes se refiere a dos técnicas de organización del poder cuya función es evitar el despotismo y garantizar la libertad de los ciudadanos. La noción de separación de poderes se refiere a una técnica constitucional distinta de la noción de balance de poderes (Guastini, 2010, 163-174).

El principio de separación de poderes en sentido estricto resulta de la combinación de la distribución de funciones estatales y de los órganos competentes. Así, “la función legislativa es especializada bajo la condición de que los jueces y los órganos ejecutivos no tienen el poder de producir normas (generales o abstractas), los jueces no tienen el poder de anular (o de no aplicar) actos legislativos (aun si son inconstitucionales), un órgano ejecutivo no tiene el poder de oponer un veto a la promulgación de actos legislativos” (Guastini, 2010, 153).

Por lo tanto, la función jurisdiccional es especializada siempre y cuando el órgano Legislativo y el órgano Ejecutivo no tengan el poder de resolver los diferendos, y tampoco tengan el poder de privar una decisión jurisdiccional

---

\* Abogada de la Universidad del Rosario con Maestría en Derecho Internacional Público, Maestría en Derecho Público General y Doctorado en Derecho de la Universidad de Montpellier. Es profesora de carrera académica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario e integrante del Grupo de Investigación en Derecho Privado de la misma Universidad.

de la cosa juzgada. Por lo anterior, la función ejecutiva es especializada, solo si el órgano Legislativo no tiene el poder de ejecutar disposiciones individuales y concretas, ni de privar retroactivamente de efectos de los actos del órgano Ejecutivo. Por otro lado, la independencia de los órganos hace referencia a que cada uno escapa a toda interferencia tanto de uno como de otro en cuanto a la formación y al ejercicio de su función como a su duración (Guastini, 2010, 146-161; Tropper, 1992, 51-63).

Por su parte, el balance de poderes es la técnica de organización constitucional comúnmente conocida bajo el nombre de *check and balance* o frenos y contrapesos. Este modelo de organización constitucional exige que el poder político sea dividido o distribuido entre una pluralidad de órganos, pero excluye tanto la especialización de la función ejecutiva, como de la función legislativa y de los órganos legislativos y ejecutivos. El modelo de balance de poderes parte de la idea de Montesquieu según la cual “el poder limita el poder”. En otras palabras, para evitar que los diferentes órganos del Estado abusen de las competencias que les son conferidas, es necesario no que los poderes sean “perfectamente” separados sino que, por el contrario, todo poder encuentre un contrapeso en otro que sea capaz de condicionarlo o de pararlo. Es pertinente precisar que en este contexto, el poder político está incluido en el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo pero nunca en el Poder Jurisdiccional. Es un poder que se considera casi nulo en la medida en que su única función es la de verificar si las leyes fueron o no violadas (Guastini, 2010, 163-174).

Por lo anterior, el poder político debe estar dividido entre varios órganos a fin de que ninguno pueda ejercer el poder político íntegramente; cada función estatal debe estar distribuida entre varios órganos para que la acción de cada órgano sea impedida o desprovista de validez por la acción de otro. En consecuencia, los diferentes órganos del Estado, a pesar de no ser lo suficiente o recíprocamente independientes, deben disponer de poderes de control y de influencias recíprocas.

Las implicaciones de estos dos modelos se refiere principalmente a que tanto en uno como en otro, el Ejecutivo no tiene poderes normativos con fuerza de ley, los jueces no tienen poderes normativos porque si no habría una confusión de poderes; esto implica que los precedentes judiciales no sean obligatorios a diferencia de lo que sucede en los sistemas de *Common Law*, y que las decisiones jurisdiccionales tenga solamente efectos inter-partes. En el modelo de separación de poderes, los jueces no pueden rechazar la aplicación

de la ley, no pueden controlar la conformidad de la ley a la Constitución; en otras palabras, la separación de poderes es incompatible con la garantía jurisdiccional de la Constitución que supone una Constitución rígida.

Por el contrario, en el modelo de balanceo de poderes las leyes se someten al control jurisdiccional de constitucionalidad, de suerte que según el caso todo juez (si se trata de un control difuso) o al contrario un solo juez especializado (control concentrado) puede rechazar la aplicación de la ley inconstitucional (control difuso), impedir la promulgación (control centralizado preventivo) o anularlo (control centralizado posterior) (Guastini, 2010, 163-174).

Así, la concepción clásica de la separación de poderes, o de balance de poderes, se está reinterpretando. Estamos en presencia de una nueva versión del derecho constitucional, donde el juez ya no es un actor pasivo, sino que se convierte en un miembro activo y crea derecho por la vía del precedente. En efecto, el sistema colombiano, sin ser un sistema de *Common Law*, contempla la aplicación del precedente constitucional en la medida en que la Constitución de 1991 reconoció un papel decisivo al juez constitucional; con ello, el mismo juez ha venido consolidando su situación, erigiéndose como el juez “Hércules”, aquel que determina los lineamientos del ordenamiento jurídico, hasta darle un carácter predominante a sus decisiones, relegando así tanto al legislador como a la ley.

¿Cuál es entonces el alcance del precedente constitucional? ¿Qué consecuencias tiene el activismo judicial de la Corte Constitucional? ¿Estamos transformando nuestro esquema de separación de poderes?

Sin lugar a dudas, el papel del juez se evidencia a través de dos manifestaciones con amplias repercusiones en el ordenamiento jurídico: el precedente constitucional (1) y la constitucionalización del derecho (2). Para ello, el juez debe acudir a mecanismos de interpretación que aclaran o definen el contenido de la Constitución y somete, de este modo, a todos los operadores jurídicos al tenor de sus interpretaciones. Con ello es relevante el estudio del precedente constitucional, sin desconocer que el precedente judicial<sup>1</sup> ha sido decanta-

---

<sup>1</sup> La Sala Plena de la Corte Constitucional, en la Sentencia C-836 de 2001, afirmó: “La administración de justicia, y en general todo el funcionamiento de los órganos estatales está determinado por el tipo de Estado al que pertenecen. El artículo 1º de la Constitución establece que nuestro país es un ‘Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria’. Esta forma de organización implica la unidad del ordenamiento jurídico, que se vería desdibujada si se acepta que la autonomía judicial implica la facultad de interpretar el ordenamiento sin tener en cuenta la interpretación que haga la cabeza de la

do por la Corte Constitucional que ha reconocido que frente al precedente judicial las decisiones de la Corte Suprema de Justicia resultan vinculantes al igual que las decisiones del Consejo de Estado. Esto ocurre porque las decisiones proferidas por los jueces de superior jerarquía y, en especial, de los órganos de cierre en cada una de las jurisdicciones (ordinaria, contencioso administrativa y constitucional), no constituye una facultad discrecional del funcionario judicial, sino que es un deber de obligatorio cumplimiento (Sentencia T-443 de 2010). Por lo pronto, nos adentraremos únicamente en el estudio del precedente constitucional como elemento innovador del esquema de separación de poderes.

## 1. El precedente constitucional<sup>2</sup>

En Colombia el precedente constitucional se consolida con el activismo permanente de la Corte Constitucional, y llena vacíos ante imprecisiones del legislador o del constituyente, además de ser una técnica que permite que el sistema jurídico mantenga una cierta coherencia. Con ello, la cadena de precedentes permite que la Constitución guarde conexión frente a las interpretaciones de la Corte Constitucional y, por ende, la jurisprudencia se erige en fuente formal del derecho. De esta forma, si bien el artículo 230 de la Constitución Política dispone que los jueces solo están sometidos al imperio de la ley, la Corte Constitucional ha considerado que ley se entiende en sentido amplio y se refiere a todo el ordenamiento jurídico (sentencias C 836 de 2001 y T-486 de 1998). Con ello, la ley no se entiende en un sentido formal o taxativo sino en un sentido amplio que implica un conjunto integrado de normas en el que se incluye la jurisprudencia, extendiendo su espectro al denominado bloque de legalidad (Santofimio, 2003, 175). De esta forma, la

---

respectiva jurisdicción. La consagración constitucional de una estructura jurisdiccional que, aun cuando desconcentrada, es funcionalmente jerárquica, implica que, si bien los jueces tienen competencias específicas asignadas, dentro de la jerarquía habrá –en principio– un juez superior encargado de conocer las decisiones de los inferiores. En la justicia ordinaria dicha estructura tiene a la Corte Suprema en la cabeza, y eso significa que ella es la encargada de establecer la interpretación que se debe dar al ordenamiento dentro de su respectiva jurisdicción, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución”.

<sup>2</sup> El hito jurisprudencial que consolida el precedente jurisprudencial en la sentencia C586 de 1995, cuando se declaró por primera vez la inconstitucionalidad de una ley por ser violatoria del precedente. En esta ocasión la Corte Constitucional sentó los postulados del precedente como aquel que se refiere a la Constitución misma y en esa medida tiene fuerza de ley. Así, se declara la inconstitucionalidad de una ley como violatoria del precedente.

jurisprudencia representa una fuente formal del derecho cuyos fundamentos se basan en la capacidad de la Corte Constitucional de definir los efectos de sus fallos y el carácter vinculante de la misma.

Dentro de la técnica del precedente se ha venido decantando, en la medida en que no toda la sentencia o la sentencia en su integralidad resultaban vinculantes hace algún tiempo. La Corte Constitucional (sentencias C-131 de 1993 y T-123 de 1995) afirma que dentro de la parte motiva crea precedente únicamente la *ratio decidendi*<sup>3</sup> y por ende, resulta vinculante, desatando la cosa juzgada y el non bis in idem, sin los cuales la seguridad jurídica (Sentencia C-083 de 1995) carecería de sustento y estaría a la merced de los cambios repentinos de la jurisprudencia que, en últimas, resulta siendo una jurisprudencia constitucional integradora o interpretativa (Bernal Pulido, 2005, 164; Guastini, 2009, 49-73) que llena o suple los vacíos normativos en aras de garantizar la seguridad jurídica. En realidad la *ratio decidendi*<sup>4</sup> es el fundamento jurídico de la decisión judicial, y corresponde a la interpretación “formal” de la disposición constitucional, con lo cual no solo responde al fundamento de derecho sino a su interpretación idónea o ajustada al tenor de la Constitución, caso en el cual la Corte ha llegado a equipararla con una norma jurídica.<sup>5</sup>

De esta manera, el juez posterior se deja sujetar al precedente judicial solamente en los casos en que la norma fue el sustento de la decisión, o fue el referente constitucional que sirvió de base a la decisión y, por ende, la esencia de la decisión (Sentencia C 039 de 2003). La Corte ha dicho que una modalidad de doctrina constitucional a la cual se puede exigir la sujeción es como una modalidad de derecho legislado que sirve de herramienta interpretativa cuando el caso no está previsto en la ley (Sentencia SU 047 de 1999). Así, las interpretaciones de la Corte fungen como la interpretación auténtica o

<sup>3</sup> Hay amplia jurisprudencia al respecto, ver: C-131 de 1993, C-569 de 2001, SU 1300 de 2001.

<sup>4</sup> También la denomina “*ratio iuris*”.

<sup>5</sup> En la Sentencia T-1317 de 2001 la Corte ha considerado que la *ratio decidendi* se equipara a una norma jurídica en los siguientes términos: “Sea lo primero advertir que el *precedente judicial* se construye a partir de los hechos de la demanda. El principio general en el cual se apoya el juez para dictar su sentencia, contenida en la *ratio decidendi*, está compuesta, al igual que las reglas jurídicas ordinarias, por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. El supuesto de hecho define el ámbito normativo al cual es aplicable la subregla identificada por el juez. De ahí que, cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente. Lo anterior se apoya en el principio de igualdad, que obliga aplicar la misma regla a quienes estén en la misma situación de hecho”.

valedera para todo tribunal o juez por seguridad jurídica, por coherencia del sistema jurídico, por estabilidad en todas las actuaciones de los particulares, por igualdad, por una unidad en el ordenamiento jurídico con el fin de garantizar una administración de justicia más coherente y efectiva (Bernal Pulido, 2005, 155-180). Lo anterior no excluye la fuerza vinculante de las sentencias de tutela, que por la vía de la revisión da origen a los precedentes judiciales. En efecto, el alcance de los derechos fundamentales (Sentencia T-260 de 1995) era inicialmente solo interpartes y, por ende, el precedente era solo respecto de las sentencias de constitucionalidad. A partir de la Sentencia T-260 de 1995 se establece un precedente en materia de interpretación de derechos fundamentales, según el cual las sentencias de tutela crean un sistema coherente de interpretación de derechos fundamentales.

Esto se confirma en la Sentencia C-252 de 2001, donde la Corte Constitucional afirma que los fundamentos jurídicos de las sentencias de tutela trascienden el asunto revisado, que la interpretación que fija la Corte determina el contenido y el alcance de los preceptos de la Constitución, y que hace parte del imperio de la ley al que deben estar sometidos los jueces en virtud del artículo 230 de la Constitución Política. Por lo anterior, el precedente amplía su espectro en aras de proteger el derecho a la igualdad. Con ello el precedente opera fundamentalmente respecto de las sentencias de tutela, y la interpretación de los derechos fundamentales se convierte, a través de las sentencias de revisión, en el instrumento más idóneo de la jurisprudencia para unificar. Así lo confirma la Corte en la Sentencia SU-047 de 1999:

El respeto a los precedentes cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano. Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas, al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional. En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el

desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades. En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y, finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos. Por todo lo anterior, es natural que en un Estado de derecho, los ciudadanos esperen de sus jueces que sigan interpretando las normas de la misma manera, por lo cual resulta válido exigirle un respeto por sus decisiones previas.

En este sentido, el papel del juez justifica el diseño de criterios y de estrategias que en nada sustituyen al legislador y que revisten de racionalidad aquellas decisiones que no hacen más que definir el sentido de la Constitución y que se debe sujetar a la voluntad del pueblo. Este instrumento no solo es un instrumento del juez constitucional en la consolidación de los derechos fundamentales, sino que permite delimitar y definir su papel de intérprete, de guardián de la Constitución y frente al legislador (Bernal Pulido, 2005, 149-155). El juez se somete a fuentes de interpretación como los principios constitucionales y a técnicas de ponderación que le dan un tratamiento relevante a los derechos fundamentales, lo cual permite que “a partir de la resolución casuística de casos y el corpus jurisprudencial a que dé lugar, puedan ir formándose grupos de casos que tejan una tupida red, cada vez más precisa, que conlleve una relativamente importante dosis de seguridad jurídica, sin perjuicio de las particularidades que todo caso singular siempre presenta y que en ocasiones pueden ser relevantes como para alejarse, en mayor o menor medida, de la regla general” (Brage Camazano, 2004, 424).

Por su parte, los principios, si bien han sido reconocidos por la Corte Constitucional como normas (no lo son en la medida en que no cuentan con un supuesto de hecho y una sanción). Caso similar ocurre con los derechos



fundamentales que han sido llamados por la jurisprudencia y la doctrina como *mandatos de optimización* pues ordenan que su objeto sea realizado en la mayor brevedad posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. De esta forma, la ponderación es un criterio metodológico determinante para el juez en la aplicación de los derechos fundamentales que si bien implica una aplicación racional de los derechos fundamentales persiste el margen de apreciación del juez, es decir, no puede estar desprovista de un grado de subjetividad (Bernal Pulido, 2005, 149-155).

Con la racionalidad el juez debe justificar todas las valoraciones que haga y allí encontramos el canon neoconstitucional que entiende que finalmente la Constitución no se agota con las interpretaciones que se hagan en un momento dado y que de una u otra forma expresan la moral o la esencia de las sociedades en ese preciso instante (García Jaramillo, 2010, 313-365).

Así las cosas, el precedente constitucional reafirma la posición de la Corte frente al carácter vinculante de la jurisprudencia y su carácter de fuente formal del derecho como condición indispensable para que la jurisprudencia constituya una realidad que se armoniza. A esta conclusión se ha llegado considerando, al menos, cinco razones que fueron recogidas en la Sentencia T-766 de 2008 al consagrar:

- i) El principio de igualdad que es vinculante a todas las autoridades e, incluso, a algunos particulares, exige que supuestos fácticos iguales se resuelvan de la misma manera y, por consiguiente, con la misma consecuencia jurídica; ii) el principio de cosa juzgada otorga a los destinatarios de las decisiones jurídicas seguridad jurídica y previsibilidad de la interpretación, pues si bien es cierto que el derecho no es una ciencia exacta, sí debe existir certeza razonable sobre la decisión; iii) la autonomía judicial no puede desconocer la naturaleza reglada de la decisión judicial, pues solo la interpretación armónica de esos dos conceptos garantiza la eficacia del Estado de derecho; iv) los principios de buena fe y confianza legítima imponen a la Administración un grado de seguridad y consistencia en las decisiones, pues existen expectativas legítimas con protección jurídica; y iv) por razones de racionalidad del sistema jurídico, porque es necesario un mínimo de coherencia a su interior. De hecho, como lo advirtió la Corte, “el respeto al precedente es al derecho lo que el principio de

universalización y el imperativo categórico son a la ética, puesto que es buen juez aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos”.

Resulta evidente que la técnica del precedente constitucional conlleva a la *constitucionalización* del derecho, en la medida en que la presencia del juez en este proceso es ineludible. El precedente constitucional materializa el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico y confirma ese papel del juez constitucional, como el único intérprete de la Constitución.

## 2. La constitucionalización del ordenamiento jurídico

La noción de *constitucionalización* se refiere a un proceso integrado por tres aspectos. En un sentido inicial, se refiere a la introducción de la primera Constitución escrita en un sistema jurídico que estaba inicialmente desprovisto de la misma. En un segundo sentido, se refiere a un proceso histórico y cultural que transformó las relaciones jurídicas entre los que detentaban el poder político y los ciudadanos. Este fenómeno difiere del anterior puesto que se concretizó a través de una codificación, a saber, la Constitución escrita. En un tercer aspecto, la *constitucionalización* se refiere al proceso de transformación de un sistema jurídico, en los términos de los cuales este se impregna de normas constitucionales. Un sistema jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasora y desbordante. Sin embargo, la *constitucionalización* del sistema jurídico requiere de ciertas precisiones que han sido ampliamente expuestas por Riccardo Guastini, abanderado de la escuela de Génova y de la visión formalista del derecho; también por Louis Favoreu, gran representante en el ámbito europeo.

Un sistema jurídico que no es constitucionalizado se refiere al derecho constitucional entendido bajo la concepción de la doctrina constitucional clásica del siglo XVIII que tiene un campo limitado. Por una parte, rige aspectos fundamentales de la organización estatal (la distribución de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial y las relaciones recíprocas entre los órganos que están revestidos de estos poderes); por otro lado, determina los derechos y libertades de los ciudadanos frente a los poderes públicos. Este papel fue definido inicialmente en la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789, en el artículo 16, que proclama: “Toda sociedad en la que la garantía

de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución” (Guastini, 2009, 49-73; Favoreu, 2000).

Por el contrario, en un sistema *constitucionalizado* el derecho constitucional tiende a abarcar un espacio en la vida social y política, sometiendo la legislación, la jurisprudencia, la acción de los actores políticos y las relaciones privadas. La legislación está condicionada por la Constitución en el sentido en que fue concebida no como una actividad libre sino como una actividad discrecional que se somete a la Constitución; es decir, el legislador no puede escoger libremente los fines a alcanzar, puede solamente escoger los medios más oportunos y/o eficaces para alcanzar los fines que están predeterminados en la Constitución. Así, la jurisprudencia está condicionada por la Constitución en el sentido en que los jueces tienen el poder y el deber de aplicar no solamente las leyes sino también la Constitución (Guastini, 2010, 163-174).

Las relaciones privadas, en consecuencia, están condicionadas por la Constitución que rige no solamente las relaciones entre el Estado y los ciudadanos sino también las relaciones interindividuales.

De la misma manera, la doctrina está también condicionada por la Constitución ya que busca los fundamentos axiológicos de las leyes y tiende a exponer el contenido normativo, como si fuera un simple desarrollo de principios constitucionales. Así, todo ámbito doctrinal está precedido por un análisis de los principios constitucionales que rigen el tema específico.

De esta forma, para llegar al proceso de *constitucionalización* del sistema jurídico se requiere una Constitución rígida como condición principal. Una Constitución es rígida si es escrita y si está protegida contra la legislación ordinaria, en la medida en que las normas constitucionales no pueden ser derogadas o modificadas sino por un procedimiento especial de revisión constitucional más complejo que la formación de las leyes ordinarias. Por lo anterior, cuando una Constitución es rígida hay que distinguir dos niveles jerárquicos de legislación: la ordinaria y la constitucional (Guastini, 2010, 163-174). La constitucionalización es más marcada en los sistemas donde los principios constitucionales no pueden ser modificados ni siquiera por medio de la revisión constitucional. Son principios inmutables y que corresponden a la constitución material. La garantía jurisdiccional de la Constitución es la segunda condición necesaria para que un sistema jurídico sea objeto de un proceso de *constitucionalización* y que este sea dotado de una garantía de la Constitución.

El proceso de *constitucionalización* del derecho involucra la fuerza vinculante y obligatoria de la Constitución, sobre la interpretación de la Constitución, la aplicación directa de las normas constitucionales, la armonización de la ley con la Constitución y, fundamentalmente, el principio de igualdad como aquel que exige que toda distinción y clasificación legislativa sean razonables, al igual que la proporcionalidad de los principios constitucionales cuando estos entran en conflicto (Guastini, 2010, 163-174).

La *constitucionalización* predomina en los sistemas de control difuso, por lo tanto la fuerza obligatoria de la Constitución corresponde a la idea de que es un conjunto de normas obligatorias y representa la ideología y la cultura jurídica del país. En efecto, todas las Constituciones contemporáneas incluyen normas que rigen las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, también incluyen declaraciones de derechos, al igual que principios generales del derecho como disposiciones de carácter programático y que no se asimilan a normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, las normas que conceden derechos y libertades se presentan como normas de principio ya que se consideran normas de carácter subjetivo y requieren, en cierta medida, de otras leyes que las reglamenten. Así, dentro del contexto de la *constitucionalización* del derecho, la norma constitucional será siempre una norma jurídica, obligatoria y susceptible de producir efectos jurídicos (Guastini, 2010, 163-174).

La sobreinterpretación de la Constitución es uno de los aspectos más importantes de la *constitucionalización* de los sistemas jurídicos y consiste en volver a interpretar lo ya estudiado por los jueces del texto constitucional, lo cual depende de los jueces y en particular el juez constitucional. En realidad, la Constitución contiene algunas lagunas ya que no puede regular la totalidad de la vida política y social. Por lo tanto, la sobreinterpretación se refiere precisamente a esa condición interpretativa que excluye los vacíos del derecho constitucional y, por lo tanto, evita o previene las lagunas y elabora disposiciones que no son expresas y son capaces de colmarlos. La sobreinterpretación de la Constitución no se refiere a una interpretación literal de la Constitución sino a una interpretación más amplia, y a la construcción de normas que no son expresas y capaces de cubrir todas las lagunas allí donde son inevitables (Guastini, 2010, 163-174). De esta forma, la sobreinterpretación se refiere a buscar en los textos constitucionales todas las normas aptas para regir todos los aspectos de la vida social y política. Cuando estamos frente a una Constitución sobreinterpretada toda decisión legislativa está determinada por cual-

quier norma constitucional y ninguna escapa al control de constitucionalidad. En pocas palabras, ningún espacio es propicio para que intervenga el poder legislativo discrecional, con lo cual la Constitución se convierte en obligatoria.

Por otra parte, el constitucionalismo contemporáneo propende por atribuirle a la Constitución una misión reguladora de las relaciones sociales. En consecuencia, las normas constitucionales y los principios generales son normas programáticas que pueden producir efectos directos y pueden ser aplicados por un juez directamente, cuando se encuentre frente a un conflicto que no puede ser resuelto por la ley, porque la ley es ambigua y no aporta solución alguna al caso en concreto o bien porque la solución que aporta aparece como injusta.

Dentro de esta concepción, la legislación es el desarrollo de principios constitucionales y la ejecución de programas trazados por la Constitución, lo cual implica su aplicación directa.

Por otra parte, la interpretación de un texto normativo tiene efectos diferentes cuando una disposición legislativa se interpreta en abstracto o en concreto. En estos casos, el juez debe escoger la interpretación correcta o más acorde con la Constitución y que es aquella que armoniza la ley con la Constitución evitando todo tipo de contradicción entre ellas. Con ello, lo que se preserva es la validez de una ley que interpretada de otra forma sería abiertamente inconstitucional, con lo cual se confirma el proceso de constitucionalización del derecho.

Así, la influencia de la Constitución en las relaciones políticas es el último aspecto del proceso de constitucionalización. Este aspecto depende de diversos elementos entre los cuales se pueden mencionar no solamente el contenido de la Constitución, sino también el comportamiento de los jueces constitucionales y de los actores políticos.

Frente al contenido de la Constitución, algunas Constituciones le conceden al Tribunal Constitucional la potestad de resolver ciertos conflictos de competencia. Estos conflictos, sostiene Guastini, no son otra cosa que situaciones de orden político en las cuales el juez constitucional interviene y resuelve situaciones por la vía del derecho, haciendo uso de normas constitucionales (Guastini, 2010, 163-174).

Cuando se trata de los jueces en general y del Tribunal Constitucional, los jueces constitucionales pueden adoptar un comportamiento restrictivo frente a los temas políticos, siempre respetando el poder político del legislador, o

bien, cuestionando las decisiones legislativas aun cuando no son abiertamente inconstitucionales. Entre los instrumentos argumentativos más frecuentemente utilizados por los jueces constitucionales para frenar el poder político del Parlamento, prima el principio de igualdad como aquel que exige que toda distinción y clasificación legislativa sea razonable, al igual que la proporcionalidad de los principios constitucionales cuando estos entran en conflicto.

Por último, tratándose del comportamiento de los órganos constitucionales y de los actores políticos, las normas constitucionales pueden ser utilizadas o no para sustentar toda argumentación que justifique una decisión de tinte político.

## Conclusiones

Este debate suscita grandes controversias entre la posición tradicional basada en una visión formalista del derecho que solo reconoce a la jurisprudencia como una fuente accesoria del derecho, y la visión más audaz que le atribuye a la jurisprudencia la calidad de fuente formal del derecho con carácter vinculante.

El alcance del precedente judicial se justifica por razones de seguridad jurídica en la medida en que las decisiones de los jueces deben ser previsibles y una garantía del principio de igualdad. Afirma la Corte que: “Algunos sectores de la doctrina consideran que el respeto al precedente es al derecho lo que el principio de universalización y el imperativo categórico son a la ética, puesto que es buen juez aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos, y que efectivamente lo hace” (Sentencia C-447 de 1997).

Por lo anterior, la consistencia en las decisiones judiciales concuerda con el principio de unidad del ordenamiento jurídico, que busca una coherencia que permite armonizar la acción judicial conforme a la garantía de los derechos. Con ello, la jurisprudencia de la Corte y la técnica de los precedentes permiten unificar la jurisprudencia. Así, la unidad en el ordenamiento jurídico se logra a través de la unificación jurisprudencial, y con ello la aceptación del sistema de precedentes (Sentencia C-252 de 2001). Este sistema permite alcanzar la eficacia del sistema jurídico. Ello se justifica mediante “un espacio de argumentación jurídica en el que el funcionario judicial exponga razonadamente los motivos que lo llevan a insistir o cambiar la jurisprudencia vigente, pues es él quien, frente a la realidad de las circunstancias que analiza, y conocedor de la naturaleza de las normas que debe aplicar, debe escoger la mejor forma

de concretar la defensa del principio de justicia material que se predica de su labor” (Sentencia C-252 de 2001); con ello, el activismo judicial se encuentra plenamente sustentado.

¿La transformación del esquema de la separación de poderes cobra vigencia en Colombia? No cobraría si se tiene en cuenta que el juez no es un legislador que armoniza el contenido de la Constitución y crea seguridad jurídica a través de sus decisiones, y el legislador sigue presente en el escenario político y jurídico nacional. En realidad, la aplicación de los precedentes requiere sin lugar a dudas de la técnica de la ponderación, que abre todas las posibilidades de interpretación de los postulados constitucionales que son abstractos y a veces imprecisos.

Para terminar, Robert Alexy manifiesta que:

[La vinculación al precedente judicial o la prejudicialidad se justifica] precisamente a causa de la necesidad de ponderar en el derecho constitucional, especialmente en la interpretación de los derechos fundamentales, y precisamente a causa de la indefinición relacionada con eso, la vinculación prejudicial es indispensable como instrumento de compensación, con el fin de crear seguridad jurídica. Lo expuesto puede resumirse en la breve fórmula: ponderación supone precedente judicial [*Präjudiz*].

Y añadido algo más: se debe evitar la sobreconstitucionalización, desde luego. Pero el medio adecuado para evitar una sobreconstitucionalización no es la eliminación del vínculo prejudicial. Al contrario, es justamente en el precedente judicial donde se habrán de destacar cuáles márgenes de acción y libertades tiene el legislador. Por eso necesitamos los precedentes, que dicen cuál es la amplitud de los márgenes de acción del legislador. Con eso el legislador tiene una libertad asegurada. (Quintero, 2003)

## Bibliografía

- BERNAL PULIDO, Carlos. (2005). *El derecho de los derechos*. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BRAGE CAMANZO, Joaquín. (2004). *Los límites a los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson Constitucional.



- FAVOREU, Louis. (2000). *Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. (2010) “El neoconstitucionalismo en Colombia: ¿Entelequia innecesaria o novedad pertinente?”, en *El canon neoconstitucional*. Miguel Carbonel y Leonardo García Jaramillo (eds.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- GUASTINI, Riccardo. (2010). *Leçons de théorie constitutionnelle*. Paris: Dalloz.
- \_\_\_\_\_. (2009). “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en *Neoconstitucionalismos*. 4ª ed. Madrid: Trotta.
- QUINTERO, Diana Patricia. (2003). “Cinco preguntas a Robert Alexy” en *Precedente*. Disponible en: [www.bibliotecadigital.icesi.edu.co](http://www.bibliotecadigital.icesi.edu.co).
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. (2003). *Tratado de derecho administrativo*. Tomo I. 3ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- TROPPER, Michel. (1992). “Concept d’Etat de droit”, en *Droits* N° 15. Paris.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. (2008). *El derecho dúctil*. 8ª ed. Madrid: Trotta.

### **Jurisprudencia. Sentencias de la Corte Constitucional de Constitucionalidad y de Tutela**

- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-039 de 2003. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinoza.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-083 de 1995. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-131 de 1993. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 2001. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-447 de 1997. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-569 de 2001. Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-586 de 1995. Magistrados ponentes: Eduardo Cifuentes Muñoz y José Gregorio Hernández Galindo.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia SU-047 de 1999. Magistrados ponentes: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.



Colombia, Corte Constitucional. Sentencia SU-1300 de 2001. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-123 de 1995. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-1317 de 2001. Magistrado ponente: Rodrigo Uprimny Yepes.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-260 de 1995. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-443 de 2010. Magistrado ponente: Humberto Sierra Porto.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-486 de 1998. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-766 de 2008. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

## Los autores

### **Rocio Araujo Oñate**

Abogada, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, Maestra de las Ciencias Administrativas, (Speyer, Alemania). Maestra de las Ciencias Jurídicas, (Heidelberg, Alemania). Diploma de Estudios Avanzados (DEA) de la Universidad Alfonso X El Sabio, (Villanueva de la Cañada, España). Profesora titular de carrera de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Directora de la Especialización en Derecho Administrativo. Directora de la Línea de investigación en Régimen Económico y de la Hacienda Pública.

### **María Lucía Torres Villarreal**

Abogada de la Universidad del Rosario, Diplomada en Derecho Procesal Constitucional y Administrativo; cursa estudios de Maestría en Derecho con énfasis en Derechos Humanos en la Universidad del Rosario. Profesora de Carrera Académica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, integrante del Grupo de Investigación en Derechos Humanos de la misma Facultad, Directora del Observatorio Legislativo de la Universidad del Rosario y autora de varias publicaciones en asuntos constitucionales, legislativos y de participación política.

### **Marco Gerardo Monroy Cabra**

Doctor en Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Especialista en Derecho Internacional de la Universidad Jorge Tadeo Lozano y de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, en Derecho Laboral de la Universidad Javeriana y en Técnica de Casación Civil en la Universidad del Rosario. Fue Decano de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor del Rosario, Institución que lo reconoció como Profesor Emérito. Fue Presidente y miembro

de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Vicepresidente del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Fue magistrado de la Corte Constitucional. Autor de distintas obras jurídicas.

### **Matthias Herdegen**

Adelantó estudios jurídicos en las Universidades de Heidelberg y Cambridge; obtuvo el Título de *Doctor juris utriusque* con una disertación doctoral sobre la responsabilidad de la Comunidad Económica Europea por actos legislativos. Investigador en el Instituto Max Planck en Heidelberg en Derecho Público comparado y Derecho Internacional. Recibió el título de *Dr. iur. habil.-venia legendi* en Derecho Público, Derecho Internacional y Derecho Europeo. Catedrático en Derecho Público y en Derecho Internacional de la Universidad de Bonn y de la Universidad de Constanza. En 1995 es nombrado Catedrático en Derecho Público y en Derecho Internacional, Económico y Constitucional y Director de los Institutos de Derecho Público y de Derecho Internacional de la Universidad de Bonn, Institución de la cual fue Vice-rector. Asesor de varios gobiernos de la República Federal de Alemania, así como de diferentes países; Profesor Invitado, Visitante, Asociado y Honorario de diversas universidades en todo el mundo. Autor de múltiples libros y artículos.

### **Allan R. Brewer-Carías**

Abogado y Doctor en Derecho, con menciones *summa cum laude* por la Universidad Central de Venezuela. Profesor de la Universidad Central de Venezuela, donde fue Director del Instituto de Derecho Público. Profesor Visitante y Profesor de Postgrado en la Universidad de Cambridge, en la Universidad de Paris II y en las Universidades del Rosario y del Externado de Colombia. Profesor Visitante y actualmente Profesor Adjunto en la Universidad de Columbia de Nueva York. Vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado (La Haya). Fue Presidente de la Comisión de Administración Pública, Senador por el Distrito Federal, Ministro de Estado para la Descentralización y Miembro de la Asamblea Nacional Constituyente de Venezuela (1999). Autor de diversas obras. Abogado consultor.

### **Cristina Pardo Schlesinger**

Abogada de la Universidad del Rosario, con reconocida trayectoria en los sectores de la Academia y la Justicia. Fue Magistrada Auxiliar de la Corte

Constitucional durante varios años y Magistrada (E), Directora del Área de Derecho Constitucional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y Directora de la Especialización en Derecho Constitucional de la misma Universidad. Profesora de diferentes cátedras. Actualmente es la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República.

### **Manuel Alberto Restrepo Medina**

Abogado de la Universidad del Rosario, Especialista en Legislación Financiera de la Universidad de los Andes, Magister en Estudios Políticos de la Universidad Javeriana, Magister en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, Magister (DEA) en Derecho Procesal de la Universidad Alfonso X el Sabio, Ph.D. en Derecho de la Universidad Alfonso X el Sabio. Profesor principal de Carrera Académica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, integrante del Grupo de Investigación en Derecho Público y Director de los programas de Maestría de la Facultad de Jurisprudencia de la misma Universidad.

### **Gloria Amparo Rodríguez**

Abogada con Especialización en Derecho Ambiental y Negociación Conciliación y Arbitraje de la Universidad del Rosario. Magister en Medio Ambiente y Desarrollo con énfasis en Gestión Ambiental de la Universidad Nacional de Colombia. Estudiante del Doctorado en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia. Profesora de Carrera Académica de la Facultad de Jurisprudencia, integrante del Grupo de Investigación en Derecho Público y Directora de la Especialización y de la Línea de Investigación en Derecho Ambiental de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

### **Javier Andrés Florez Henao**

Politólogo de la Universidad del Rosario, Magister en Estudios Políticos, con énfasis en análisis político y teoría política de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor y joven investigador de las Facultades de Ciencia Política y Gobierno y de Relaciones Internacionales de la Universidad del Rosario, miembro del Observatorio de Procesos Electorales de la misma Universidad.

**Luisa Fernanda García López**

Abogada de la Universidad del Rosario, Magister en Derecho Internacional Público, Magister en Derecho Público General y Doctora en Derecho de la Universidad de Montpellier, Profesora de Carrera Académica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, integrante del Grupo de Investigación en Derecho Privado de la misma Universidad.



Este libro fue compuesto en caracteres Adobe Caslon Pro 11.5 puntos, impreso sobre papel propal de 70 gramos y encuadernado con método Hot Melt, en el mes de diciembre de 2011, en Bogotá D.C., Colombia



Teniendo en cuenta la importancia que revisten la democracia y la participación ciudadana como pilares del estado social de derecho y, por ende, de nuestro ordenamiento constitucional, la Fundación Hanns Seidel-Colombia, cumpliendo con su objetivo de contribuir al fortalecimiento de la democracia en nuestro país y con ello de respaldar los proyectos e iniciativas que permitan contribuir a tal fin, ha apoyado

la elaboración de la presente publicación, la cual se constituye en un reflejo del interés que tiene la academia por reflexionar sobre asuntos de especial relevancia y actualidad, de cara a los retos que a diario asume nuestro país en el desarrollo de los elementos que nos permitan hablar de una democracia sólida y de una garantía de la participación ciudadana, en sus diversas perspectivas.

En ese sentido, el libro *“Retos de la democracia y de la participación ciudadana”* es producto de un conjunto de reflexiones, tras percibir que, pese a la importancia que la carta política concedió a la democracia y al principio, valor y derecho fundamental de participación ciudadana, existen problemas conceptuales, retos y perspectivas que han influido en su desarrollo, así como también en los mecanismos legales de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía y de la participación ciudadana con proyección social.

La contribución académica indaga las razones que llevaron al constitucionalismo colombiano a adoptar el modelo participativo de la democracia, estudia las condiciones necesarias para su exitosa implementación y reflexiona sobre las dificultades y riesgos de su puesta en marcha.

*María Lucía Torres Villarreal*

Profesora y directora del Observatorio Legislativo  
Universidad del Rosario