

Materialización del Estado Social de Derecho en Colombia: algunas reflexiones desde la óptica administrativa estatal

COMPILADORES

Elfa Luz Mejía Mercado

Guillermo Guerrero-Figueroa Guerrero

Juan Felipe Solórzano





MATERIALIZACIÓN DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN COLOMBIA: ALGUNAS REFLEXIONES DESDE LA ÓPTICA ADMINISTRATIVA ESTATAL

COMPILADORES

Elfa Luz Mejía Mercado

Guillermo Guerrero-Figueroa Guerrero

Juan Felipe Solórzano

Libro derivado de los trabajos para obtener el título de Magíster en Derecho Administrativo de la Cohorte 8 de la Universidad Libre, sede Cartagena, previa evaluación de pares ciegos.



Universidad Libre, Sede Cartagena

**MATERIALIZACIÓN DEL ESTADO
SOCIAL DE DERECHO EN COLOMBIA:
ALGUNAS REFLEXIONES DESDE LA
ÓPTICA ADMINISTRATIVA ESTATAL**

Compiladores

Elfa Luz Mejía Mercado
Guillermo Guerrero-Figueroa Guerrero
Juan Felipe Solórzano

ISBN DIGITAL

978-958-8621-93-7

Editorial Universidad Libre

Asistente editorial:

Enilda Llamas Sossa

Diseño y Diagramación:

Diana Alvis Alzamora

Universidad Libre
Pie de la Popa, Calle Real No. 20-177
Cartagena de Indias, Colombia
América del Sur.
Teléfonos: 605 6932344 ext 4051

Agosto de 2023



Licensed under a Creative Commons
Reconocimiento-No Comercial-
Compartir
-Iguual 4.0 Internacional License

AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

AUTORIDADES NACIONALES

PRESIDENTE NACIONAL

Jorge Orlando Alarcón Niño

VICEPRESIDENTE

Jorge Gaviria Liévano

RECTOR NACIONAL

Edgar Ernesto Sandoval Romero

CENSOR NACIONAL

Ricardo Zopó Mendez

DIRECTOR NACIONAL DE INVESTIGACIONES

Gabriel Andrés Arévalo Robles

AUTORIDADES SECCIONALES

RECTOR

Armando Noriega Ruiz

DECANA FACULTAD DE DERECHO

Lourdes Villadiego Coneo

DECANO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS, ADMINISTRATIVAS Y CONTABLES

Martín Alonso de Mares Salas

DIRECTORA DE INVESTIGACIÓN

Zilath Romero González

DIRECTORA DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES DE LA FACULTAD DE DERECHO

Elfa Luz Mejía Mercado

DIRECTOR DEL CONSULTORIO JURÍDICO Y CENTRO DE CONCILIACIONES

Hernán D. Nicholls G.

COMITÉ CIENTÍFICO-EDITORIAL

Armando Noriega Ruiz
Lourdes Villadiego Coneo
Efraín Bohórquez Ruiz
Elfa Mejía Mercado
Karen Páez Payares

PRÓLOGO

Con gran satisfacción presentamos este libro de temas de vital importancia para el derecho, el cual fue producto del arduo esfuerzo y dedicación de un grupo de estudiantes del programa de Maestría de Derecho Administrativo en la Universidad Libre de Colombia - Sede Cartagena. Los estudiantes estuvieron comprometidos con la investigación y el estudio del derecho público, y presentaron sus disertaciones ante un grupo de académicos, quienes resaltaron los resultados de cada uno de sus trabajos.

A través de la aplicación rigurosa de la metodología de la investigación, los autores han explorado y analizado temas de relevancia en el ámbito del derecho administrativo, ofreciendo una visión actualizada y crítica de esta disciplina fundamental en el sistema jurídico colombiano. En un contexto en constante evolución, el derecho administrativo se erige como un pilar fundamental para el correcto funcionamiento del Estado y la protección de los derechos de las personas. Su estudio y comprensión son esenciales para garantizar la transparencia, la eficiencia y la responsabilidad en la gestión pública.

Este libro pretende hacer una contribución valiosa a esta área del conocimiento, ofreciendo un análisis exhaustivo y accesible de los principales aspectos del derecho administrativo en Colombia. Los autores han seguido rigurosamente los parámetros de la metodología de la investigación en cada etapa del proceso; han recopilado y examinado cuidadosamente la literatura existente,

consultado jurisprudencia relevante, y aplicado técnicas de recolección y análisis de datos, con el fin de garantizar la solidez y confiabilidad de sus conclusiones.

Su enfoque académico y crítico nos permite adentrarnos en los entresijos de la legislación administrativa colombiana y comprender los desafíos y perspectivas que enfrenta en la actualidad. A lo largo de estas páginas, el lector encontrará un conjunto de temas abordados con profundidad y claridad. Desde el análisis de los principios constitucionales que rigen la administración pública hasta el estudio de los procesos de contratación estatal y el control judicial de la actuación administrativa, oportunidad en la que los autores presentan un panorama completo de la materia.

De este modo, en primer lugar, se estudia la revocatoria de mandato, tema de suma importancia para el lector, ya que este asunto se encarga de la democracia, pilar de nuestro modelo de Estado. La revocatoria es ejercida a través de mecanismos directos por la ciudadanía para manifestar su disconformidad con el quehacer del gobernante. Esta situación instrumentaliza la participación de la ciudadanía, a la cual se le hace un llamado para que se haga parte de las decisiones públicas, por cuanto su compromiso instrumentaliza el interés general.

De otro lado, como tema de actualidad se presenta a la comunidad académica la caducidad de la reparación directa, estudiada a través de las ejecuciones extrajudiciales o también llamados falsos positivos. Es importante exaltar que el análisis de este documento no solo se centra en el estudio de las fuentes del derecho doméstico, sino que hace una conjunción armónica con las fuentes internacionales particularmente del sistema interamericano de derechos humanos. Lo cual hace que el artículo sea un buen punto de partida para alguien que quiera adentrarse en este tema.

En tercer lugar, entidades como el Ministerio de Salud y Protección Social o la Superintendencia de salud deben articularse para garantizar, desde un punto de vista orgánico, la prestación del servicio público de salud. Esta no solo se restringe a este concepto, sino que además se materializa como un derecho social y fundamental, necesario para garantizar la dignidad de las personas.

En cuarto lugar, se investiga cómo a través de la gobernanza pública la contratación estatal resulta un derrotero necesario para el cumplimiento de los fines que la Constitución le demanda a la administración pública. De este modo, teniendo como eje central los diferentes desafíos y el continuo cambio de la sociedad, las entidades estatales deben adecuarse para que su quehacer sea acorde a la Constitución.

Adicional a ello, se entrega como quinto artículo el análisis del procedimiento de las infracciones de tránsito, lo cual ha denotado algunas falencias que tienen las administraciones públicas del país. Es así como desde el estudio de la Constitución, particularmente del derecho al debido proceso, se repasan cada una de las formalidades que trae consigo este trámite, al cual todos los ciudadanos de Colombia se encuentran expuestos.

Otro tema de importancia es la aplicabilidad del principio de rigor subsidiario, ejecutado por las Corporaciones Autónomas Regionales. En la actualidad es un elemento jurídico de gran complejidad, ya que no se tienen claros algunos aspectos procesales que hacen que el uso de este resulte complejo. Por ello se pretende hacer indicar la importancia del mismo y los aspectos que se deben de tener en cuenta para su correcto uso.

Adicionalmente, como tema que se centra en la capital del departamento de Bolívar se trae a colación el Plan de Ordenamien-

to Territorial. EL POT es una herramienta que permite desde el punto de vista urbanístico el desarrollo de la ciudad, que influye drásticamente en la calidad de vida de los habitantes. Así, se pretenden revisar las constantes dificultades y errores en los que se ha visto envuelta la administración distrital al expedir los actos administrativos que pretenden regular este tema.

Finalmente, cabe acotar que este libro no solo es un valioso recurso para los estudiantes y académicos del derecho administrativo, sino para los profesionales en ejercicio y los operadores jurídicos que deseen mantenerse actualizados en un campo jurídico en constante transformación. Su enfoque interdisciplinario y su análisis crítico permiten una comprensión integral de los desafíos y oportunidades que se presentan en la aplicación y desarrollo del derecho administrativo en Colombia.

Esperamos así que esta obra sea una contribución significativa para la comunidad académica y jurídica, y que su lectura sea de provecho para todos aquellos interesados en comprender y aplicar el derecho administrativo en el contexto colombiano.

Juan Felipe Solórzano

TABLA DE CONTENIDO

LA REVOCATORIA DEL MANDATO COMO MECANISMO DE DEMOCRACIA DIRECTA Y CONTROL POLÍTICO DE LOS CIUDADANOS EN COLOMBIA	17
<i>Nelson Eduardo Martínez Flórez, Zoraya Torres Jiménez</i>	
Introducción	20
Justificación	21
Objetivos	22
Objetivo general	22
Objetivos específicos	22
Aspectos metodológicos	23
Planteamiento del problema	24
Formulación del problema	27
Delimitación del problema	27
Aproximación teórico-conceptual	27
Tipos de democracia	29
Democracia directa	30
Democracia representativa	31
Democracia semidirecta	32
Democracia participativa	32
Mecanismos de participación ciudadana	35
Iniciativa popular legislativa y normativa	36
Referendo	37
Consulta popular	38
Plebiscito	38
Cabildo abierto	39
Voto programático	39
Marco jurídico	41

Constitución Política de Colombia	41
Ley 134 de 1994 complementada por la Ley 1757 de 2015	42
Ley 131 de 1994	43
Ley 741 de 2002	43
Ley 1757 de 2015	43
Análisis de los mecanismos de participación ciudadana	45
Promoción de los mecanismos de participación ciudadana	46
Discusión acerca de la efectividad de la revocatoria de mandato dentro de la democracia participativa colombiana	46
Aspectos generales a tener en cuenta	49
Revocatoria del mandato	50
Estudio de iniciativas de revocatoria de mandato-CASOS	53
Conclusiones	61
Referencias bibliográficas	65

LA CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA ADELANTADO CON OCASIÓN DE LAS EJECUCIONES EXTRAJUDICIALES POR “FALSOS POSITIVOS” COMO DELITOS DE LESA HUMANIDAD **71**

Isbelio Manuel Villarreal Torres

Introducción	74
La caducidad en el medio de control de reparación directa en casos de ejecuciones extrajudiciales “falsos positivos” en Colombia	75
Prescripción y caducidad	75
Normatividad y jurisprudencia colombiana	80

Normatividad y jurisprudencia internacional	87
Sistema Interamericano de Derechos Humanos	87
Corte Interamericana	88
Reparación integral	88
ius constitutionale commune en América Latina	94
Aplicación de la caducidad del medio de control de reparación directa adelantado con ocasión de las ejecuciones extrajudiciales por “falsos positivos” como delito de lesa humanidad en Colombia	95
Conclusiones	105
Referencias bibliográficas	106

**LOS OBSTÁCULOS PARA LA MATERIALIZACIÓN DEL
DERECHO A LA SALUD GENERADO POR LOS TRÁMITES
ADMINISTRATIVOS DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS
DE PLANES DE BENEFICIOS**

111

Ángela Manuela Rodríguez Ramos, Betty Esther Llerena

Introducción	114
El derecho a la salud	118
Libre Escogencia	119
Derecho a recibir un servicio con integralidad	120
Derecho a contar con pluralidad de Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS)	121
Derecho de los usuarios de recibir su atención en el lugar de residencia	123
Comportamiento de las EAPB con relación a la negación de servicios en la ESE Hospital Divina Misericordia	124
Servicio ambulatorio	125

Servicio de hospitalización	127
Línea jurisprudencial	130
Sentencia C-313 de 2014	131
Sentencia T-012 de 2020	132
Sentencia T-277/22	134
Sentencia T-118 de 2022 de Corte Constitucional, 29 de marzo de 2022	135
Sentencia T-017 de 2021	136
Sentencia T-195 de 2021	138
Conclusiones	140
Referencias bibliográficas	141
LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA: AVANCES Y DESAFÍOS PARA UNA MEJOR GOBERNANZA ESTATAL	145
<i>Cesar Alberto Salcedo Monsalve, Franklin De Jesús Narváez Orozco</i>	
Introducción	148
Resultados	151
La Contratación Estatal en Colombia	151
Avances de la Contratación Estatal en Colombia para una mejor gobernanza pública	162
Dificultades y los desafíos de la contratación estatal en Colombia para una mejor gobernanza pública	167
Conclusiones	169
Referencias bibliográficas	170

ANÁLISIS DEL DEBIDO PROCESO CONSTITUCIONAL EN EL PROCEDIMIENTO CONTRAVENCIONAL POR INFRACCIONES DE TRÁNSITO EN COLOMBIA	175
<i>Enrique Carlos Ramírez Llerena</i>	
Introducción	177
Metodología	179
Caracterización del proceso contravencional por infracciones de tránsito consignado en el Código Nacional de Tránsito y Transporte - Ley 769 de 2002	179
Las partes en un proceso contravencional	180
Etapas del proceso contravencional	181
Garantía de aplicación del debido proceso constitucional en el procedimiento contravencional por infracciones de tránsito regulado por la Ley 769 de 2002	185
El infractor acepta la comisión de la infracción	191
Rechazo de la comisión de la falta	191
Guardar silencio	191
Efectividad del debido proceso en los ciudadanos colombianos en el procedimiento contravencional por infracciones de tránsito de la Ley 769 de 2002, y su protección por vía jurisprudencial	193
Conclusión	201
Referencias bibliográficas	203

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE RIGOR SUBSIDIARIO FRENTE A LA TENDENCIA LEGISLATIVA ACTUAL Y EL EFECTIVO CONTROL DE LOS RECURSOS NATURALES EN COLOMBIA	207
<i>Arlen Enrique Cabarcas Fernández, Miguel Pérez Vizcaino</i>	
Introducción	210
Fundamentos y origen del Principio de Rigor Subsidiario	213
El Principio de Rigor Subsidiario y su relación con la administración y control y protección de los recursos naturales	216
Tendencia actual legislativa y de órganos de control frente a las implicaciones del Principio de Rigor Subsidiario	219
Conclusiones	225
Referencias bibliográficas	229
LA INCONSTITUCIONALIDAD QUE GENERA LA VIGENCIA TÁCITA DEL DECRETO N° 0977 DE 2001, POT DEL DISTRITO DE CARTAGENA	233
<i>Oswaldo Alberto Martínez Betancourt, Gustavo Alfonso Marrugo Lozada</i>	
Introducción	239
Alcances y afectaciones de los derechos de las personas por la omisión de actualizar el POT del distrito de Cartagena	241
Vacíos normativos, POT y políticas públicas: el caso especial del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias	248
Conclusiones	258
Recomendaciones	259
Referencias bibliográficas	260

**LA REVOCATORIA DEL
MANDATO COMO MECANISMO
DE DEMOCRACIA DIRECTA Y
CONTROL POLÍTICO DE LOS
CIUDADANOS EN COLOMBIA**

*Nelson Eduardo Martínez Flórez
Zoraya Torres Jiménez*

Resumen

Ser ciudadano implica ser sujeto de derechos, es decir, reconocer que se tiene una serie de deberes frente a lo público, lo que implica ser responsables por lo que sucede y afecta a toda la sociedad. Los ciudadanos deben involucrarse en la búsqueda de alternativas de solución de las necesidades que son de interés general. Para ello es importante participar e intervenir en los asuntos públicos.

La participación es un mecanismo para la articulación de la sociedad que se desarrolla en varias dimensiones: la política, la social, la comunitaria y la ciudadana.

Este artículo utiliza la forma de investigación socio jurídica, de tipo explicativo, aplica un enfoque cualitativo para poder analizar la revocatoria del mandato como mecanismo de democracia directa y control político de los ciudadanos en Colombia, presentando análisis de los criterios doctrinales y jurisprudenciales de los mismos y casos presentados en el Estado colombiano que permiten un mejor entendimiento del tema a tratar.

Palabras clave

Estado, participación, mecanismos, política, revocatoria, mandato.

Abstract

Being a citizen implies being a subject of rights, that is, recognizing that one has a series of duties towards the public, which implies being responsible for what happens and affects the whole of society. Citizens must get involved in the search for alternative solutions to needs that are of general interest. For this it is important to participate to intervene in public affairs.

Participation is a mechanism for the articulation of society that develops in several dimensions: political, social, community and citizen.

This article uses the form of socio-legal research, of an explanatory type, applies a qualitative approach to be able to analyze the revocation of the mandate as a mechanism of direct democracy and political control of citizens in Colombia, presenting an analysis of the doctrinal and jurisprudential criteria of the same. and cases presented in the Colombian State that allows a better understanding of the subject to be treated.

Keywords

State, participation, mechanisms, politics, recall, mandato

Introducción

La presente investigación aborda el estudio detallado de la revocatoria de mandato como mecanismo de control político y como medio para el desarrollo de la democracia participativa, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, precisando la importancia que este tiene para la materialización de la democracia participativa en Colombia. Del mismo modo, se determinan las causas que inciden en que los ciudadanos participen o no en el ejercicio del control político a la gestión realizada por los gobernantes a través de la revocatoria y se establece cómo influye el mecanismo de participación objeto de estudio en el ejercicio de la democracia participativa.

Así mismo, muestra cuáles son los pasos a seguir para poder interponer una iniciativa de revocatoria de mandato; ahonda a través de un estudio de casos en la realidad del ejercicio de la democracia, puntualmente en la puesta en práctica del mecanismo

de la revocatoria de mandato, a la vez que descubre las causas que imposibilitan la efectividad de este instrumento democrático. Permite establecer por qué el ciudadano común se aleja del debate político cuando la lógica y la realidad lo llaman a ser partícipe directo, cuando un gobernante es ajeno a la propuesta política de gobierno o su mandato está poniendo en peligro el interés común.

Justificación

Colombia es un Estado social de derecho y que además se caracteriza por ser una república democrática y participativa tal y como está contemplado en el artículo 1° constitucional, significando esto que dentro de la organización del Estado es necesaria la participación de todos los ciudadanos para la toma de decisiones. Y, aunque dicha participación no se realiza de forma directa, existe diversidad de mecanismos por medio de los cuales el pueblo puede expresar su querer.

Es por ello que se contemplan desde la constitución distintos mecanismos de participación ciudadana como la iniciativa legislativa popular, el voto, el plebiscito, la consulta popular, entre otros, contemplados en el artículo 103 constitucional, queriendo hacer énfasis sobre la revocatoria de mandato, reglamentado por la Ley 134 de 1994 complementada por la Ley 1757 de 2015, cuya finalidad es el control y vigilancia de los actos del Estado, específicamente el actuar de los gobernadores y los alcaldes de las entidades territoriales, dando la oportunidad, previo cumplimiento de requisitos específicos, de lograr la separación del cargo de aquellos gobernantes que no estén cumpliendo con el programa con el cual se presentaron y por el cual fueron escogidos. Teniendo en cuenta que los intentos de revocatoria de mandato hechos por los ciudadanos en distintas regiones del país, no han llegado a término satisfactorio, es de vital impor-

tancia identificar y analizar cuáles han sido las fallas dentro del proceso de instauración y desarrollo de la misma, partiendo de los requisitos necesarios para la presentación de la iniciativa de revocatoria de mandato, analizando las posibles limitantes que se pueden presentar. De esta manera se busca brindar una explicación fundamentada sobre los aspectos relacionado a este tema, dándole una herramienta útil a la ciudadanía en general, que pretenda usar este mecanismo cuando un mandatario no cumple con el programa propuesto, es decir, con el deber ser de un dirigente popular.

Así mismo, resulta importante el desarrollo de esta investigación, por cuanto el resultado final esperado es la elaboración de una herramienta práctica, de fácil comprensión, que sirva de guía para la presentación de una iniciativa de revocatoria de mandato que cumpla con todos los requisitos legales, y que se pueda lograr con ella el fin para la cual fue establecida, cuando los electores no están satisfechos con el proceso administrativo que está llevando a cabo sobre el municipio o departamento el dirigente político electo.

Objetivos

Objetivo general

Analizar el alcance del ejercicio de la revocatoria del mandato como mecanismo de participación ciudadana y control político en la democracia colombiana.

Objetivos específicos

- Indagar sobre los presupuestos constitucionales, legales, doctrinales y jurisprudenciales del mecanismo de la revocatoria de mandato.

- Estudiar tres casos de revocatoria de mandato con el propósito de identificar el desarrollo administrativo y procesal de este mecanismo.

Aspectos metodológicos

El presente trabajo apunta a una investigación cualitativa, de tipo jurídico, de carácter descriptivo, con fundamento en información secundaria. De hecho, aplica técnicas de revisión documental y análisis de contenidos sobre las leyes y normativas que regulan los mecanismos de participación ciudadana, el análisis constitucional, legal, doctrinal y jurisprudencial del mecanismo de revocatoria de mandato. A partir de estos se analizan los factores que lo caracterizan y la importancia que tiene para el desarrollo de la democracia en el Estado social de derecho. A su vez, se busca identificar casos de iniciativas de revocatoria de mandato, con el propósito de destacar las principales falencias y fortalezas que se han presentado dentro del proceso. Además, es propositivo, toda vez que, a partir de los conceptos y procedimientos encontrados en la búsqueda doctrinal, legal y jurisprudencial, se pretende dar recomendaciones sobre el actual estado de cosas a partir de los casos seleccionados.

Para el desarrollo de la investigación se tomarán como referencias iniciativas de revocatoria de mandato que se han presentado en Colombia ante la Registraduría Nacional del Estado Civil, desde la expedición de la Constitución de 1991 y la Ley 134 de 1994 modificada por la Ley 1757 de 2015, que reglamenta este mecanismo de participación y control político al que tienen derecho los ciudadanos

Planteamiento del problema

A partir de la Constitución Política de 1991 específicamente en los artículos 40 y 103 se adopta la figura de la revocatoria del mandato como un mecanismo de participación ciudadana con el que cuentan los colombianos para ejercer control político y garantizar la eficacia de los actos del Estado. Esta figura es una forma de velar por el cumplimiento del voto programático consagrado en el artículo 259 como expresión de la soberanía popular y la democracia participativa, estrechando la relación entre los elegidos como alcaldes y gobernadores y los ciudadanos, en torno del programa que presentó al inscribirse como candidato.

Los detractores de este recurso afirman que la revocatoria propuesta va en contra del mandato libre o representativo, el cual expresa que el representante puede tomar acciones y votar, aplicando su propio criterio, sin que tenga que cumplir sus compromisos previos adquiridos o aceptados frente a sus votantes. Bajo esta premisa (establecida por múltiples Constituciones en el mundo) no se contempla la revocatoria de mandato, pues esta afectaría la gobernabilidad y limitaría el actuar de los elegidos, especialmente en situaciones imprevistas que pueden surgir durante el periodo de Gobierno, como sería la emergencia sanitaria experimentada actualmente.

Pese a que con la Ley 134 de 1994 se establecen dos motivaciones para iniciar el proceso de revocatoria del mandato, las cuales serían el incumplimiento del programa de gobierno del alcalde o gobernador y la insatisfacción general de la ciudadanía, la Corte Constitucional, por medio de la sentencia C-179 de 2002, determina que “la vinculación de este mecanismo de control con la noción de voto programático delimita el alcance del control que ejerce la ciudadanía”.

Por lo tanto, la Corte Constitucional determina que la revocatoria del mandato puede hacerse únicamente cuando hay una violación expresa del programa de gobierno del mandatario. Además, con la sentencia SU-077 del 2018 reitera su posición sobre la aplicabilidad de este mecanismo en Colombia y lleva al Consejo Nacional Electoral (CNE) y a la Registraduría Nacional del Estado Civil a complementar el proceso de revocatoria con la resolución N° 4073 de 2018. Dicha norma, junto con la Ley 1757 de 2015, determinan el proceso para llevar a cabo mecanismos de participación ciudadana como la revocatoria del mandato, y establecen que, una vez terminado el primer año de gobierno, y antes de empezar el último, cualquier ciudadano, movimiento o partido político puede inscribirse como promotor de una revocatoria contra alcaldes o gobernadores ante la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Una vez esta sea válida, se debe desarrollar una audiencia pública convocada por el CNE a la cual asistirán los promotores de la revocatoria, la ciudadanía y el mandatario contra el que se dirige la medida, con el fin de garantizar los derechos de información y defensa en el procedimiento de revocatoria (Resolución N° 4073 de 2020). Cuando la Registraduría entrega los formularios para la recolección de apoyo ciudadano, cada comité promotor cuenta con un plazo de seis meses para recoger las firmas necesarias para apoyar la revocatoria.

La Constitución de 1991, en su artículo 1°, establece que Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de eepublica unitaria, democrática, participativa y pluralista. Así mismo, en el artículo 3° se expresa que el poder soberano reside en el pueblo, es decir, es este quien elige a sus representantes para que administren el Estado en representación de los intereses de todos los ciudadanos y habitantes del territorio, imponiendo al elegido el desarrollo del programa que presentó al inscribir-

se como candidato, de conformidad con lo establecido en el art. 259 de la Constitución Política Colombiana.

En ese orden de ideas, la Constitución Política pone a disposición de los ciudadanos diversos mecanismos de participación y control, con el propósito de que estos ejerzan vigilancia respecto al cumplimiento de los mandatos constitucionales, procurando que el poder de decisión y representación que han delegado y colocado en las manos de sus elegidos, sea ejercido dentro de los márgenes de justicia y en búsqueda del bienestar social, es decir, que se cumpla con el aspecto social que compone un Estado Social de Derecho como el Colombiano.

Dentro de esos mecanismos otorgados por la Constitución, pueden los ciudadanos colombianos ejercer control sobre quienes fueron elegidos para gobernar, a través de la revocatoria de mandato, contemplada en el artículo 6 de la Ley 134 de 1994 complementada por la Ley 1757 de 2015, estableciendo que: *“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”*.

A partir de esa definición, se puede decir que esta constituye un mecanismo idóneo para ejercer ese control político del que son titulares los administrados, brindándoles la oportunidad de destituir o retirar el cargo a quien ha sido electo mediante el voto popular, por parte de aquellos que lo eligieron, por considerar que no se está cumpliendo con el programa que se propuso y que fue escogido por los votantes por identificarse con él o porque de alguna forma era compatible con sus intereses.

Es decir, el mecanismo de la revocatoria de mandato representa un instrumento valioso en el ejercicio del control ciudadano so-

bre el poder político, con el cual también se puede materializar la democracia participativa directa, por constituirse como expresión de la misma, toda vez que proviene del actuar y decisión del soberano del Estado que es el pueblo.

Por ello nos planteamos la siguiente pregunta problema: *¿cuál es el alcance del ejercicio de la revocatoria del mandato como mecanismo de participación ciudadana y control político en la democracia colombiana? A partir de los casos analizados, ¿cuáles son las causas que impiden un efectivo ejercicio de este instrumento de control ciudadano?*

Formulación del problema

¿Cuáles son las causas reiterativas que hacen inviable las iniciativas de revocatoria de mandato en Colombia?

Delimitación del problema

Para el desarrollo de la investigación se tomarán como referencia tres iniciativas de revocatoria de mandato que se han presentado en Colombia ante la Registraduría Nacional del Estado Civil, desde la expedición de la Constitución de 1991 y la Ley 134 de 1994 modificada por la Ley 1757 de 2015, que reglamenta este mecanismo de participación y control político al que tienen derecho los ciudadanos.

Aproximación teórico-conceptual

En el presente acápite se procederá al desarrollo teórico de lo que se conoce como democracia, sus conceptos, sus alcances, los diferentes tipos de democracia, el articulado que lo compone y sus respectivas características enmarcadas dentro del Estado colombiano.

El concepto de democracia directa practicada en la antigua Grecia, donde las decisiones eran socializadas con el pueblo y tomadas por estos luego de ser discutidas, ha variado, toda vez que debido al crecimiento sustancial que han experimentado las sociedades, esta práctica se convierte en una actividad muy difícil. Por tanto, surge la necesidad de elegir personas específicas que representen al pueblo, haciendo la salvedad que no solo representan a quienes los eligieron, sino también a todas las personas que se encuentran dentro del Estado al cual pertenecen. Es aquí donde surge la diferencia entre delegado, que cumple las funciones de vocero del grupo de personas que lo escogió para tal fin, y la de representante, quien además de velar por los intereses de quienes lo eligieron, también debe trabajar por los intereses de un país (Welp y otros, 2012. p. 172).

A partir del surgimiento de este nuevo tipo de democracia, en la que se le brinda mayor participación, y por tanto, poder de decisión al pueblo a través de los candidatos elegidos por estos, se desarrollan algunos mecanismos de participación ciudadana, por medio de los cuales el pueblo como máximo poder dentro del Estado, puede expresar su voluntad, adhiriéndose a las propuestas políticas o programas de gobierno con los que más se identifique. Así mismo se ha dispuesto que de la misma forma como se desprenden de su poder de decisión y se lo otorgan a un representante, pueden revocar el mismo, por las razones que cada Estado particular considere dentro de su legislación nacional, en concordancia con los postulados democráticos establecidos en la Constitución de cada país.

Para comprender los diferentes mecanismos de participación con los que cuenta la ciudadanía para poder participar en la toma de decisiones de sus Estados, es necesario precisar sobre algunos conceptos básicos que componen el ejercicio democrático

a nivel mundial, específicamente en Colombia como país objeto de estudio para el presente caso.

Primero que todo se debe hacer claridad sobre cuál es el tipo de democracia implementada en Colombia, a partir de los tipos de democracia que han existido a través de la historia. Es así como se pueden identificar los tipos de democracia, entendiendo etimológicamente por democracia demos (pueblo) y cratos (reino, gobierno o poder), y como expresión más simple, se puede citar la definición esbozada por el presidente Abraham Lincoln: “*Gobierno del pueblo, para el pueblo y por el pueblo*”:

Tipos de democracia

Al analizar podemos percatar que cuando existe un cuestionamiento como ¿qué es la democracia?, nos damos cuenta de que hay que tener claro cuál es la real y verdadera función de la democracia. La democracia es ante todo y por encima de todo un ideal, por eso el autor hace referencia a que esta es una experiencia que se desarrolla por aspiraciones ideales que siempre están más allá de las condiciones reales. Toda percepción de la democracia es válida ya que enmarca las diversas situaciones propias de un espacio, logra establecer una conexión histórica con la evolución del pensamiento humano para lograr demarcar cómo ha sido esa evolución de criterios, y la importancia de establecer una igualdad entre las personas. El tema a reflexionar nos invita a verificar la situación real de nuestro país y cómo en este, siendo un Estado social de derecho, existe todavía una desigualdad inmensa con relación a varios de nosotros ciudadanos. Si bien es cierto que hay que llegar a una definición menos ideal y más realista de lo que es la democracia, hoy en día es pertinente explorar los distintos tipos de democracia que existen.

Democracia directa

Ese tipo de democracia se caracteriza porque es el pueblo quien lleva a cabo el gobierno del Estado, es decir, se da *“el gobierno directo del pueblo. El pueblo ejerce el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial, sin necesidad de representantes o mandatarios* (Vidal, 2009. p 80). Otra definición simple de este tipo de democracia es la aportada por la Asamblea de Madrid España (2007-2015) en un documento titulado Asamblea de los Niños, en su capítulo 2 referente a Participación y Representación, donde se establece que la democracia directa no es otra que aquella donde *“las decisiones se adoptan por todos”*.

De acuerdo al concepto antes expuesto, se puede inferir que el tipo de democracia directa, donde todo el pueblo participa en el manejo del gobierno del Estado de manera directa, en la actualidad es de poca aplicabilidad, toda vez que las sociedades están conformadas por grandes grupos de personas, lo que impide la participación directa de todas en la toma de decisiones, quedando relegado este tipo de democracia a las poblaciones pequeñas donde aún es viable su aplicación.

En este mismo sentido lo plantea Rousseau, al ser citado por Vidal (2009), quien manifiesta que a pesar de compartir y estar de acuerdo con el sistema de democracia directa, reconocía que este no era aplicable a grandes grupos políticos. Es decir, en los términos del mismo autor, que este tipo de democracia *“es más un recuerdo del pasado; sin embargo, subsiste en pequeños cantones de Suiza donde la comunidad se reúne para elegir a sus representantes y para votar las leyes”* (Vidal, 2009. p. 80). No obstante, el mismo autor plantea que una forma de ejercer la democracia directa es por medio de delegados y no de representantes, que como mencionó anteriormente, están sometidos

dos al mandato de quienes los eligieron y, por tanto, pueden ser revocados de su función.

Democracia representativa

A diferencia del sistema de democracia directa donde es el mismo pueblo quien toma las decisiones de manera directa, en la democracia representativa el pueblo elige representantes, en quienes otorga el poder de decisión para que los representen dentro del Gobierno, haciendo la aclaración que no solo lo hará en representación de quienes lo eligieron, como sucedería en el caso de los delegados, sino que representará a todo un país con independencia de qué parte de la población no haya participado en su elección.

En palabras de Vidal (2009), la democracia representativa *“es un tipo de gobierno del Estado en el cual el poder político no lo ejerce directamente el pueblo, sino representantes por el elegido”*. Así, surge como consecuencia del crecimiento de los Estados y por la imposibilidad de las personas de participar todas de forma directa en la administración del Estado.

El ejercicio de este tipo de democracia trae consigo algunos efectos consistentes en: 1. Las decisiones que el representante tome, se entenderán como de la Nación, por tanto no deben ser sometidas a aprobación del pueblo; 2. Se da un mandato colectivo, lo que quiere decir que no solo representa a quienes lo eligieron, sino que la representación la ejerce por toda la Nación, por cuanto la soberanía es indivisible; 3. El mandato no es imperativo, sino representativo, es decir, el representante trabaja exponiendo sus ideas, desde lo que considere más importante acorde a los intereses de la población (Vidal, 2009. p. 84).

En el mismo sentido lo ha expresado la Asamblea de Madrid (2007-2015), al manifestar que en la democracia representativa “*las decisiones se adoptan por unos pocos (Diputados) a los que se ha otorgado, por unos años, la facultad de decidir en nombre de todos*”. Además, plantea la necesidad de la misma sustentado en la imposibilidad de debate cuando hay muchas personas, y la imposibilidad de las personas de asistir a todas las reuniones.

Democracia semidirecta

La democracia semidirecta resulta de una mixtura entre la democracia directa y representativa, es decir, hay elección de representantes por parte del pueblo, pero este último eventualmente puede ser convocado para tomar decisiones directas por medio de mecanismos de participación propios de este sistema, que según Vidal (2009), lo principales son:

- **El Veto popular.** Es la oposición de un pueblo a una ley votada por los representantes.
- **Referendo.** Pronunciamiento popular sobre un texto jurídico.
- **Iniciativa popular.** Participación de la ciudadanía en la función constituyente o legislativa, donde un número mínimo determinado de personas somete un proyecto o sugerencia a consideración de los representantes.

Democracia participativa

La democracia participativa es el tipo de democracia aplicable en Colombia y que es muy similar a la democracia semidirecta, implementada a partir de la Constitución de 1991, puesto que, con la anterior constitución, es decir, la de 1886, se desarrollaba un tipo de Democracia Representativa.

Este tipo de democracia es introducida en Colombia con los artículos 1° y 2° de la Constitución de 1991, en los cuales se contempla al Estado colombiano, por un lado, como una república democrática participativa, y, por el otro, se obliga al Estado a garantizar mecanismos de participación a la ciudadanía. Dicho de manera textual

ARTÍCULO 1o. 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.

ARTÍCULO 2o. Son fines esenciales del Estado: (...), facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; (...).

Por otra parte, la Corte Constitucional colombiana, en sentencia C-089 de 1994, ha manifestado que la figura de la democracia participativa se ve reflejada no solo en el ámbito político del país, sino que permea otras áreas de la vida de las personas, puesto que está incluida y ejercida en muchas de ellas. Además, no solo se limita al poder público, sino que ha trascendido al ámbito privado, en el cual desde la misma Constitución se les exigen procesos democráticos para el ejercicio de sus actividades, la escogencia de sus directivos entre otros (Art. 26 y 39). Es decir, *“el principio de democracia participativa no solo permea el ejercicio del poder público y social, sino que además penetra ámbitos de la vida privada anteriormente excluidos de la regulación estatal”* (Corte Constitucional de Colombia, 1994).

Por tanto, la Corte ha manifestado que se puede hablar de un Principio Democrático Universal por cuanto no se limita a lo pú-

blico, sino que trasciende a lo privado. Aparte es expansivo, toda vez que se va aplicando a nuevos ámbitos, lo que en palabras de la Corte es expresado en sentencia C-089 de 1994, así:

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 de 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 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.* (Corte Constitucional de Colombia, 1994).

De lo anterior se puede concluir que la democracia participativa brinda un escenario más amplio de participación del ciudadano, que no solo se limita al ejercicio de los mecanismos de participación tradicionales y reconocidos por la Constitución, sino que busca lograr la participación de los mismos en todas las decisiones sin limitarla solo al ámbito electoral, lo que a consideración de la Corte Constitucional, se reflejaría en un mayor interés colectivo por los procesos gubernamentales, dándole la oportunidad al pueblo de dar su opinión frente a normas que son puestas a su consideración, o de revocar el mandato cuando consideren que no se está cumpliendo con lo acordado en su programa de gobierno.

Mecanismos de participación ciudadana

La participación ciudadana en Colombia consiste en el involucramiento activo de los ciudadanos y las ciudadanas en los procesos de toma de decisiones públicas que tienen repercusión en sus vidas. Esto recibió reconocimiento legal en nuestro país con la entrada en vigencia de la Ley sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública, que incorporó en nuestra legislación la afirmación de que *“el Estado reconoce a las personas el derecho de participar en sus políticas, planes, programas y acciones”*.

El término participación social o ciudadana puede ser conceptualista desde diferentes perspectivas teóricas, así puede referirse a los modos de fundamentar la legitimidad y el consenso de una determinada población, por ejemplo: la participación democrática también puede referirse a los modos de luchar contra las condiciones de desigualdad social y para cuya superación se necesita impulsar la participación.

En la mayoría de las definiciones de participación ciudadana existen elementos en común: una mediación entre sociedad y Gobierno para que los distintos sujetos sociales intervengan, con base en sus diversos intereses y valores, los cuales influyen en políticas públicas y en las estructuras de gobierno, fundamentándose en el reclamo del derecho a la intervención en los asuntos que les competen.

Con la expedición de la Constitución de 1991, como ya se expresó en líneas anteriores, Colombia adoptó el tipo de Estado democrático y participativo como lo establece el artículo 1° y 2° constitucional, lo que introdujo mayores oportunidades de participación de la ciudadana en la toma de decisiones del Estado, por medio

de los mecanismos de participación democrática contemplados en el artículo 103 que a la letra manifiesta: *“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”*.

Estos mecanismos de participación son desarrollados de forma específica por la Ley 134 de 1994 complementada por la Ley 1757 de 2015, la cual tiene por objeto principal según su artículo 1° *“regula la iniciativa popular legislativa y normativa; el referendo; la consulta popular, del orden nacional, departamental, distrital, municipal y local; la revocatoria del mandato; el plebiscito y el cabildo abierto”*, haciendo claridad de que estos mecanismos de participación no son taxativos y no se trata de una lista cerrada, puesto que se pueden ir desarrollando otros tipos de participación según la dinámica política, económica y social del país.

Iniciativa popular legislativa y normativa

Este mecanismo de participación ciudadana consiste, en la posibilidad que tienen los ciudadanos de presentar proyectos legislativos, ya sea ante el congreso como acto legislativo o ante las entidades territoriales como asamblea (ordenanzas), concejos distritales y municipales (acuerdos), juntas de administradoras locales (resoluciones) para ser sometidas a debate y posterior aprobación o rechazo.

Lo que se traduce en la posibilidad o derecho político que tiene el pueblo para poder presentar iniciativas sobre aquellos temas en los que aún no se ha legislado y necesitan regulación, o iniciativas de reforma sobre las leyes ya existentes, para ajustarlas más a las necesidades de la sociedad administrada, convirtiéndose así en un mecanismo de gran importancia, toda vez que permite

al ciudadano participar en la creación de leyes dentro de cualquier nivel territorial (nacional, departamental y municipal).

Referendo

Un referendo o referéndum es un procedimiento jurídico por el que se somete al voto popular, leyes o actos administrativos para su ratificación. Es el mecanismo de democracia directa por antonomasia y en la actualidad complementa el régimen de democracia participativa, potenciando la intervención directa del cuerpo electoral.

Se trata de un procedimiento para tomar decisiones, por el cual los ciudadanos ejercen el derecho de sufragio para decidir acerca de una decisión de resolución mediante la expresión de su acuerdo o desacuerdo. Para llegar al acuerdo tiene que haber la mayoría absoluta entre los votos.

“Es la convocatoria que se hace al pueblo para que apruebe o rechace un proyecto de norma jurídica o derogue o no una norma ya vigente”, haciendo la claridad de que este mecanismo de participación se puede presentar en cualquier nivel territorial.

Como su definición lo especifica, este puede ser aprobatorio de una ley o derogatorio de otra, en ese sentido se debe entender por Referendo Derogatorio (Art. 4): Es aquel donde se somete una norma de cualquier orden territorial, para que los ciudadanos del territorio expresen mediante su voto si la derogan o no. Por su parte, el referendo aprobatorio (Art. 5) implica el sometimiento a voto de una iniciativa popular que aún no es ley, ordenanza o acuerdo, para que sea aprobada o rechazada por la población.

Consulta popular

“Es la institución mediante la cual, una pregunta de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local, es sometida por el presidente de la República, el gobernador o el alcalde, según el caso, a consideración del pueblo para que este se pronuncie formalmente al respecto”. Haciéndose obligatoria la decisión tomada por el pueblo, y cuando se trate de decidir sobre si se hace o no una constituyente, la consulta debe ser autorizada mediante ley por el presidente de la República.

Plebiscito

Es convocado por el presidente para que el pueblo se pronuncie aprobando o no una decisión por él emitida.

Según el artículo 7 de la Ley 134 de 1994, el plebiscito es el pronunciamiento del pueblo convocado por el presidente de la República, mediante el cual apoya o rechaza una determinada decisión del Ejecutivo. Siempre y cuando la convocatoria a plebiscito que haga el presidente de la República satisfaga los requisitos previstos en el artículo 104 de la Constitución Nacional (sentencia C-180 de 1994).

De acuerdo con el artículo 77 de la Ley 134 de 1994, el presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá convocar al pueblo para que se pronuncie sobre las políticas del Ejecutivo que no requieran aprobación del Congreso; excepto las relacionadas con los estados de excepción y el ejercicio de los poderes correspondientes.

El presidente deberá informar inmediatamente al Congreso su intención de convocar un plebiscito, las razones para hacerlo y

la fecha en que se llevará a cabo la votación, la cual no podrá ser anterior a un mes ni posterior a cuatro meses, contados a partir de la fecha en que el Congreso reciba el informe del presidente. El plebiscito no podrá coincidir con otra elección.

Cabildo abierto

Este mecanismo se desarrolla en las entidades administrado- ras del poder público a nivel territorial como son las asambleas, concejos distritales y municipales, y de las juntas administra- doras locales, el cual consiste en reuniones públicas donde los habitantes de cada territorio pueden participar en la discusión de temas de interés general y que de alguna forma podría afectar a la comunidad en general.

Por último, se encuentra la revocatoria de mandato (art. 6) de la que no se hablará en este acápite, toda vez que sobre este aspecto gira el contenido del presente documento.

Voto programático

La normatividad antes mencionada no contempla lo referente al voto como mecanismo de participación, toda vez que este fue abordado legalmente en otra ley, esto es la 131 de 1994, denominándolo Voto Programático.

Antes de ahondar un poco sobre el significado y utilidad el voto programático, nos centraremos en el significado y contenido del voto, entendiendo este como un mecanismo de participación con el que los ciudadanos expresan su opinión por medio del sufragio. También es definido como derecho y deber de todo ciudadano en los términos del artículo 258 constitucional. Además, este deber ser secreto y libre, es decir, sin que medie presión o coacción alguna para que se ejerza.

Por su parte, el voto programático, aunque también se interpreta como la expresión de la voluntad del pueblo por medio del sufragio para elegir quién los representa, el hecho de que vaya acompañado de la palabra “programático” amplía su contenido.

A partir de lo anterior, se puede explicar que el voto programático, más allá de contemplar la decisión de elección de un representante político, se enfoca más en el programa de gobierno que ese aspirante presenta, es decir, no se vota en sí por la persona o por el partido político, sino por el programa de gobierno que ha presentado y que se ajusta más a los intereses de los votantes. Es así como la Corte Constitucional en sentencia C-011 de 1994 lo define como:

“(...) una expresión de la soberanía popular y la democracia participativa que estrecha la relación entre los elegidos (alcaldes y gobernadores) y los ciudadanos electores. Al consagrar que el elector impone al elegido por mandato un programa, el voto programático posibilita un control más efectivo de los primeros sobre estos últimos. La posibilidad de la revocatoria del mandato es entonces la consecuencia de esa nueva relación consagrada por la Constitución de 1991. (Corte Constitucional, 1994)

En el mismo sentido se encuentra la definición dada por la Ley 131 de 1994, la cual en su artículo 1° manifiesta que: “se entiende por Voto Programático el mecanismo de participación mediante el cual los ciudadanos que votan para elegir gobernadores y alcaldes, imponen como mandato al elegido el cumplimiento del programa de gobierno que haya presentado como parte integral en la inscripción de su candidatura”.

A manera de conclusión, de las anteriores definiciones se puede extraer que el voto programático es presupuesto para que se pueda eventualmente iniciar una revocatoria de mandato, y que al igual que esta, es aplicable en los niveles territoriales, es decir, para las elecciones de alcaldes y gobernadores, no siendo aplicable a la elección de cuerpos colegiados como Concejos Municipales y Distritales y Asambleas Departamentales.

Marco jurídico

Constitución Política de Colombia

La Constitución de 1991, al implementar en el país una mixtura entre la democracia representativa, que contemplaba la antigua carta política, y la democracia participativa, introdujo diversos mecanismos de participación ciudadana, que ya fueron explicados en líneas anteriores, y diversidad de derechos que permiten a los ciudadanos tomar partido en las decisiones del Estado, que constitucionalmente se encuentran contemplados en los siguientes artículos:

Artículo 1o. 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.

Artículo 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cul-

tural de la nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Artículo 40. 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 (...), entre otros.

Artículo 103. 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.

Artículo 258. El voto es un derecho y un deber ciudadano. El Estado velará porque se ejerza sin ningún tipo de coacción y en forma secreta por los ciudadanos en cubículos individuales instalados en cada mesa de votación sin perjuicio del uso de medios electrónicos o informáticos (...).

Ley 134 de 1994 complementada por la Ley 1757 de 2015

Esta ley es la que se encarga de regular el funcionamiento de cada uno de los mecanismos de participación contemplados en la Constitución, presentando los requisitos y procedimientos para que estos sean ejercidos por los ciudadanos, es así como en su artículo 1° plantea: *“La presente ley estatutaria de los mecanismos de participación del pueblo regula la iniciativa popular legislativa y normativa; el referendo; la consulta popular, del orden nacional, departamental, distrital, municipal y local; la revocatoria del mandato; el plebiscito y el cabildo abierto.”*

En esta ley se establece un capítulo específico para cada mecanismo de participación ciudadana, estando ubicada la revocatoria de mandato, que es el objeto de este estudio, en el Título III Capítulo V *De La Revocatoria Del Mandato*.

Ley 131 de 1994

Por la cual se regula el voto programático en Colombia, algunas actuaciones de los gobernadores y alcaldes respecto de las reuniones con Asambleas y Concejos Distritales o Municipales, así como también se hace referencia a la revocatoria de mandato y alguno de sus requisitos relacionados con el voto programático.

Ley 741 de 2002

Por medio de esta ley se hacen algunas reformas a los requisitos contemplados en la Ley 131 y 134 de 1994 modificada por la Ley 1757 de 2015, respecto de la aplicación del voto programático y la presentación de iniciativas de revocatoria de mandato en Colombia, modificando los porcentajes mínimos para poder presentar dicha iniciativa ante la Registraduría Nacional del Estado Civil, y el porcentaje de votos requeridos para que la revocatoria prospere.

Ley 1757 de 2015

Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática. Con la Ley 1757 de 2015 se establecen unas reglas comunes sobre el procedimiento que deben seguir los ciudadanos para presentar sus iniciativas para hacer uso de los mecanismos de participación ciudadana de origen popular. De acuerdo con la Ley, los ciudadanos podrán ser promotores o conformar un comité

promotor para tramitar los siguientes mecanismos de participación de origen popular: Referendos, Iniciativas legislativas o normativas, Consultas populares de origen ciudadano y Revocatorias de mandato. El cabildo abierto se regula por las normas especiales contenidas en la ley 1757 de 2015 y no le serán aplicables las normas generales descritas de los otros mecanismos de participación.

La Constitución Política de Colombia consagra en el artículo 1 y 2 que *“Colombia es un Estado social de derecho (...) democrática, participativa y pluralista”*, que *“son fines esenciales del Estado: facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación”*. Igualmente, el artículo 40 señala que *“todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político”*. Para dar cumplimiento, se cuenta con los mecanismos de participación y son los medios a través de los cuales se materializa el derecho fundamental a la participación democrática y permiten la intervención de los ciudadanos en la conformación, ejercicio y control del poder político. De acuerdo con el artículo 103 de la Constitución Colombiana, para hacer efectivo este derecho y ser participativo en las acciones del país, como lo es elegir y ser elegido, constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna, difundir sus ideas y programas, interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley y tomar parte en elecciones, existen varias formas de participación democrática, como plebiscitos, consultas populares, revocatorias del mandato, iniciativas legislativas, como lo señala el artículo 103 de la Constitución Colombiana.

Análisis de los mecanismos de participación ciudadana

Tabla 1. Mecanismos de participación ciudadana.

MECANISMO DE PARTICIPACIÓN	¿QUÉ ES?
Iniciativa popular y normativa ante las corporaciones públicas	Es el derecho político de un grupo de ciudadanos de presentar Proyecto de Acto legislativo y de ley, de Ordenanza de Acuerdo y de Resolución y demás resoluciones de las corporaciones de las entidades territoriales, para que sean debatidos, modificados, aprobados o negados en la corporación pública respectiva.
Referendo	Es la convocatoria que se hace al pueblo para que apruebe o rechace un proyecto de norma jurídica (referendo aprobatorio) o derogue o no una norma que se encuentre ya vigente (referendo derogatorio).
Consulta popular	La consulta popular es la institución mediante la cual, una pregunta de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local, es sometida según el caso por el presidente de la República, el Gobernador o el Alcalde, a consideración del pueblo para que este se pronuncie formalmente al respecto.
Revocatoria del mandato	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.
Plebiscito	El plebiscito es el pronunciamiento del pueblo convocado por el presidente de la República, mediante el cual apoya o rechaza una determinada decisión del Ejecutivo.
Cabildo abierto	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.

Fuente: Elaboración propia.

Promoción de los mecanismos de participación ciudadana

Tabla 2. Promoción de los mecanismos de participación ciudadana.

ORIGEN DEL MECANISMO	DEFINICIÓN	MECANISMOS
DE ORIGEN POPULAR	Son promovidos o presentados directamente mediante solicitud avalada por firmas ciudadanas.	<ul style="list-style-type: none"> • Iniciativa popular legislativa y normativa • El referendo • La consulta popular • La revocatoria del mandato • El cabildo abierto
DE AUTORIDAD PÚBLICA	Son promovidos o presentados por autoridad pública.	<ul style="list-style-type: none"> • El referendo • La consulta popular • Plebiscito

Fuente: Elaboración propia

Discusión acerca de la efectividad de la revocatoria de mandato dentro de la democracia participativa colombiana

Teniendo en cuenta los planteamientos metodológicos a continuación describiremos cada uno de los procesos seleccionados, para tales efectos se construyó una matriz que detalla el estudio de iniciativas de revocatoria de mandato en diferentes casos.

La revocatoria de mandato como mecanismo de participación es una herramienta que permite al ciudadano empoderarse de la administración gubernamental de sus territorios. Es el reflejo del sentido de pertenencia y amor que los habitantes sienten por la zona que habitan, que les permite ejercer control político cuando las cosas no se hacen según lo expresado por ellos en las urnas mediante el voto, cuando quienes los representan se desvían de lo acordado al momento de su elección.

No obstante, es un mecanismo de gran utilidad y que le da un gran poder al pueblo de hacer valer su decisión y hacer sentir su querer ante la minoría por ellos elegidos, de conformidad con las cifras arrojadas por la Registraduría Nacional del Estado Civil. Es una herramienta que está siendo poco utilizada, y en los momentos en que se ha pretendido hacer uso de ella, la gran mayoría los resultados han sido negativos, lo que hace pensar que este no está cumpliendo con su propósito. Y surge la duda, precisamente que se encauza como pregunta problema de nuestro artículo, ¿cuáles son las causas reiterativas que hacen inviable las iniciativas de revocatoria de mandato en Colombia?, para lo cual es importante abordar en dónde radican las falencias del proceso de revocatoria, si por una parte están en la desconfianza de las personas en las organizaciones que promueven la iniciativa; si tiene que ver con el desconocimiento del mismo por parte de los ciudadanos, o si ejerce gran influencia en ello el fenómeno de abstención al voto.

Al respecto del tema de las posibles causas de la no prosperidad de las iniciativas de revocatoria presentadas en el país desde su regulación en 1994, algunos autores como William Jiménez (2001), en su trabajo titulado Revocatoria del mandato: experiencias, dificultades y ajustes necesarios, hace alusión a que resulta preocupante que con el tiempo que lleva expedida la Ley 134 de 1994 modificada por la Ley 1757 de 2015, en Colombia, las revocatorias de mandato presentadas sean pocas y que las que se han inscrito en su mayoría no hayan prosperado, considerando que las causas de ello pueden radicar en:

1. Desconocimiento y falta de información de la ciudadanía.
2. Reglamentación y requisitos excesivos.
3. Falta de garantías subjetivas y objetivas para quienes los proponen.

4. Falta de actores locales comprometidos e interesados con su municipio.
5. Desconfianza, desinterés o indiferencia de la gente frente a las instituciones políticas y los mecanismos formales de participación. (Jiménez, 2001, p. 38).

Causas con las que estamos de acuerdo, agregando una muy importante, y tal vez la que más influye en los resultados negativos, y es el abstencionismo de asistir a las urnas, toda vez que si se detalla con detenimiento las cifras arrojadas por las convocatorias que llegaron hasta las urnas. En la mayor parte de los casos la votación alcanzada es inferior al número de firmas aprobadas, lo que se puede interpretar como un desinterés en asistir a la votación o como el resultado de campañas promoviendo la no asistencia a votar por parte del mandatario a revocar, a quien seguramente le resulta más fácil hacer campaña hacia la abstención al voto que recopilar adeptos por el No. Así mismo lo manifiesta Jiménez al expresar que:

Aquí es precisamente donde se puede encontrar una explicación a la baja participación, ya que el alcalde o gobernador cuestionado, antes que hacer una campaña de defensa en busca de apoyo masivo, prefiere dedicar sus energías para lograr la desmovilización y baja participación el día de los comicios. En este sentido, la Ley se presta a ese juego al exigir un porcentaje de votos altos y restringir la participación de determinadas personas. Como es más cómodo y fácil, atacar la participación que obtener un apoyo masivo por el no, la administración “se la juega” por la primera fórmula, los bajísimos registros por el no, en favor del alcalde así lo demuestran. (Jiménez, 2001, p. 41).

Aspectos generales a tener en cuenta

La Registraduría no cumple con la obligación legal de divulgar y promocionar los mecanismos de participación.

Los promotores de la revocatoria están en desventaja frente al alcalde o gobernador a quien se pretende revocar el mandato porque el mecanismo no se encuentra financiado por el Estado, mientras que el alcalde o gobernador cuenta con toda la maquinaria política y el presupuesto del municipio o del departamento, pudiéndolo utilizar para contrarrestar la revocatoria.

Una política pública en la formación de ciudadanos que defiendan el interés general y el bien común, así como una intensa tarea pedagógica contribuirían a bajar los niveles de abstencionismo en los debates electorales y a aumentar la participación de los ciudadanos en las decisiones que los afectan.

Si bien la ley puede plantear una serie de mecanismos que pretenden ampliar el margen democrático, estos se quedan cortos en la medida en que la ciudadanía y la sociedad civil no los aprehenda como propios y en consecuencia, cambie la mentalidad de sociedad pasiva, para entender que es su deber, más que su derecho, ser actor dinámico en las decisiones que afecten a la colectividad.

El ciudadano debe entender que hace parte de una sociedad completa y compleja; mientras las decisiones se tomen sin considerar el global de los afectados, seguirá existiendo el individualismo que a través del tiempo ha demostrado tener un impacto negativo en el desarrollo social y económico.

A nuestro juicio en estos episodios fallidos de revocar el mandato, juega un papel importante la presión política que puede existir

en el marco de cualquier tipo de elección popular para cargos en el Gobierno. De alguna manera las personas se ven presionadas a no tomar alguna decisión que consideren los puede afectar individualmente en el futuro, o se dejan persuadir por lo evocado en los debates previos a la votación de revocatoria, o simplemente, como sucede en muchos casos, prestan su firma para la inscripción de la iniciativa por desinformación o por hacerle un favor a algún conocido, pero no porque estén interesados en el proceso como tal, situación que se ve reflejada en la baja participación el día en que se va a llevar a cabo el ejercicio revocatorio y en los resultados negativos.

Revocatoria del mandato

Normatividad: Artículos 40, 103 y 259 de la Constitución Política, Ley Estatutaria 131 de 1994, Ley Estatutaria 134 de 1994 y Ley Estatutaria 1757 de 2015.

Es un mecanismo de participación ciudadana establecido en el artículo 103 de la Constitución Política de Colombia, reglamentado por la Ley 134 de 1994, modificada por la Ley 1757 de 2015. La revocatoria de mandato es un derecho político, por medio del cual los ciudadanos dan por terminado el mandato que le han otorgado por voto popular a un gobernador o a un alcalde.

Requisitos legales

Inscripción de un promotor o comité promotor de la revocatoria del mandato en los términos del artículo 5° de la Ley Estatutaria 1757 de 2015.

Ser Ciudadano Colombiano.

Comité Promotor –organización social, partido o movimiento político–: integrado por no menos de tres (3) ciudadanos, ni más de nueve (9).

Se debe realizar la solicitud de inscripción del promotor o comité promotor cumpliendo con los requisitos esgrimidos en el artículo 6° de la Ley Estatutaria 1757 de 2015.

Verificación de requisitos por parte de la RNEC en ocho (8) días hábiles, que se encuentran contenidos dentro de los quince (15) días hábiles que tiene la entidad para la entrega del formulario de recolección de apoyos ciudadanos al promotor o comité promotor.

Término para la recolección de firmas: de conformidad con el artículo 6° de la Ley Estatutaria 1757 de 2015, el promotor o comité promotor al cual se le certifique el cumplimiento de los requisitos formales de la inscripción cuenta con un plazo de seis (6) meses para la recolección de los apoyos ciudadanos.

Porcentaje de firmas a recolectar: de acuerdo con el literal e) del artículo 9° de la Ley Estatutaria 1757 de 2015 se requiere del apoyo de un número de ciudadanos que hagan parte del censo electoral departamental, municipal o distrital de no menos del treinta por ciento (30%) de los votos obtenidos por el elegido.

Plazo de verificación de validez de los apoyos: de conformidad con el artículo 14° de la Ley Estatutaria 1757 de 2015 la RNEC cuenta con cuarenta y cinco (45) días hábiles para verificar los apoyos entregados por el promotor o comité promotor.

Certificación a cargo de la RNEC: vencido el término para la verificación de apoyos, la Registraduría del Estado Civil respectiva certificará el número total de respaldos consignados.

Alternativas: vencido el plazo sin que se haya logrado completar el número de apoyos requeridos, la propuesta será archivada (artículo 11 de la Ley Estatutaria 1757 de 2015). No pasan los apoyos. En los términos de la resolución del Consejo Nacional Electoral habrá lugar para ejercer la contradicción respecto al informe técnico proferido por la Dirección de Censo Electoral por cinco (5) días hábiles. Vencido el término sin que se ejerza objeción se entiende como el informe definitivo y no prospera la revocatoria. Presentada la contradicción al informe técnico la Dirección de Censo Electoral cuenta con diez (10) calendario para expedir el informe técnico definitivo. Si pasan los apoyos. El presidente de la República, el Gobernador o el alcalde, según corresponda, fijará fecha en la que se llevará a cabo la jornada de votación del mecanismo de participación ciudadana correspondiente y adoptará las demás disposiciones necesarias para su ejecución. La revocatoria del mandato deberá realizarse dentro de un término no superior a dos meses, contados a partir de la certificación expedida por la Registraduría (Literal b. del artículo 33 de la Ley Estatutaria 1757 de 2015).

Día de la votación: de acuerdo con el artículo 41 de la Ley Estatutaria 1757 de 2015, “la decisión del pueblo será obligatoria en todo mecanismo de participación democrática cuando se cumpla con los siguientes requisitos”: 1. Umbral de participación: cuarenta por ciento (40%) de la votación válida total del día en que se eligió el mandatario. 2. Umbral de Aprobación: pronunciamiento de la mitad más uno de los votos ciudadanos que participen en la respectiva convocatoria. Si como resultado de la votación no se revoca el mandato del gobernador o del alcalde, no podrá volver a intentarse en lo que resta de su período.

PRIMER CASO:**XIMENA BALLESTEROS CASTILLO - SUSÁ CUNDINAMARCA.**

Este caso se presentó en la población de SUSÁ – CUNDINAMARCA.

El día 27 de octubre de 2019, fue elegida por voto popular la candidata XIMENA BALLESTEROS CASTILLO.

Total de votos = 1.484 de 3.708

A diferencia de los otros dos candidatos según los cuales el candidato A) obtuvo 1.295 votos y el candidato B) 963.

Motivo de la revocatoria:

Inconformidad de la ciudadanía.

Incumplimiento en la ejecución del Plan de Gobierno.

Fecha de presentación del recurso: 7 de enero de 2021.

El día 8 de enero de 2021, la Registraduría Nacional del Estado Civil, a través de la Registraduría Municipal de Susa, informó sobre la solicitud de activación del mecanismo de participación: Revocatoria del Mandato.

Número de personas que conformó el Comité Promotor= 5

Se confirmaron los estados financieros de la iniciativa.

Fecha de la jornada electoral para revocatoria febrero 20 de 2022.

Resultado de la votación:

- 1* Votos habilitados: 5.370
- 2* Votos contabilizados: 1.672
- 3* Votos Sí: 1.624
- 4* Votos No: 35
- 5* Votos nulos: 7
- 6* Votos no marcados: 6

SEGUNDO CASO:

NELSON JAVIER GARCIA CASTELLANOS - TASCO - BOYACÁ.

Este caso se presentó en la población de TASCO - BOYACÁ.

El día 25 de octubre de 2015, fue elegido por voto popular el candidato NELSON JAVIER GARCIA CASTELLANOS.

Total de votos = 1123

A diferencia del otro candidato que obtuvo 1.058 votos.

Motivo de la revocatoria:

Inconformidad de la ciudadanía.

Incumplimiento en la ejecución del Plan de Gobierno.

Fecha de presentación del recurso: 19 de febrero de 2018.

Se confirmaron los estados financieros de la revocatoria.

El día 19 de junio de 2018, la Registraduría Nacional del Estado Civil a través de la Registraduría Municipal de Tasco, informó sobre la solicitud de activación del mecanismo de participación: revocatoria del mandato, trámite que se encontraba suspendido por falta de recursos.

Fecha de la jornada electoral para Revocatoria Julio 29 de 2018.

Resultado de la votación:

1* Votos habilitados: 4.800

2* Votos contabilizados: 1.658

3* Votos Sí: 1.609

4* Votos No: 21

5* Votos nulos: 9

6* Votos no marcados: 19

TERCER CASO: DANIEL QUINTERO - MEDELLÍN - ANTIOQUIA.

Este caso se presentó en la población de MEDELLÍN - ANTIOQUIA.

El día 27 de octubre de 2019 fue elegido por voto popular el candidato DANIEL QUINTERO.

Total de votos = 303137

A diferencia del otro candidato que obtuvo 235105 votos.

Motivo de la Revocatoria:

Inconformidad de la ciudadanía.

Incumplimiento en la ejecución del Plan de Gobierno.

Fecha de presentación del recurso:

El Tribunal Electoral se abstuvo de certificar los Estados Contables de la iniciativa de revocatoria.

Primer cargo: no figuran en los estados contables la totalidad de los aportes en dinero o en especie que cada persona natural o

jurídica que se realizaron durante la campaña, lo que puede configurar una violación al artículo 11 de la Ley 1757 de 2011.

Segundo cargo: se refleja una presunta violación de topes en la campaña de recolección de apoyos ciudadanos de la solicitud de revocatoria contra el alcalde de Medellín, Daniel Quintero, lo que puede configurar una violación al artículo 12 de la Ley 1757 de 2011 y la Resolución de CNE N° 0145 de 2021, por medio de la cual se fijaron los topes para los procesos de revocatoria.

El artículo 6 de la Ley 134 de 1994 definió la revocatoria como el derecho político, por medio del cual los ciudadanos dan por terminado el mandato que le han conferido a un gobernador o a un alcalde. Según esta Corporación la revocatoria del mandato consiste en *“la posibilidad con la que cuenta el pueblo de responsabilizar políticamente el incumplimiento de aquello que haya prometido determinado candidato y por lo cual fue elegido (...)”*. Igualmente ha advertido que se trata de un instrumento que permite *“el control político directo sobre el poder público”*. La Corte ha tenido oportunidad de explicar el fundamento de la revocatoria señalando que *“la estrategia constitucional determina tanto para los gobernantes como para los gobernados, una relación recíproca y de compromiso entre el voto y el cumplimiento del programa electoral.”* Como consecuencia, *“las promesas electorales bajo el nuevo esquema constitucional deben cumplirse, lo cual explica que los electores puedan adelantar la revocatoria del mandato”*.

Y refiriéndose a la aptitud de este mecanismo para materializar el control de la administración, la sentencia T-1037 de 2010 señaló:

“De lo reiterado, es evidente que la Constitución propugna por la existencia de espacios democráticos en distintos ámbitos; de todos, quizá el más problemático

es el político ya que en este confluyen las diversas fuerzas que buscan controlar el poder y todo lo que ello implica. En este aspecto, por definición no solo en el tema electoral sino en el desarrollo diario de la gestión de los gobernantes, siempre habrá conformes e inconformes, circunstancia ante la cual la Constitución contempla, entre otros, el mecanismo de la revocatoria del mandato, herramienta por medio de la cual se puede materializar el ejercicio de su control.”

Se debe asegurar el derecho a conformar y controlar el poder político, tiene entonces un vínculo estrecho con el voto programático. La sentencia C-011 de 2004 explicó que:

“La Corte comparte estos criterios en el sentido de que ellos encierran el espíritu democrático y participativo de este instrumento. El voto programático es una expresión de la soberanía popular y la democracia participativa que estrecha la relación entre los elegidos (alcaldes y gobernadores) y los ciudadanos electores. Al consagrar que el elector impone al elegido por mandato un programa, el voto programático posibilita un control más efectivo de los primeros sobre estos últimos. La posibilidad de la revocatoria del mandato es entonces la consecuencia de esa nueva relación consagrada por la Constitución de 1991”.

En la misma sentencia se indicó:

“Esta revocatoria del mandato es la consecuencia lógica del derecho de participación del ciudadano en el ejercicio del poder, como lo dispone el artículo 40 superior. En otras palabras, en el nuevo esquema filosófico

de la Carta el ciudadano ya no se limita a votar para la escogencia del gobernante y luego desaparece durante todo el período que media entre dos elecciones –como en la democracia representativa–, sino que durante todo el tiempo el ciudadano conserva sus derechos políticos para controlar al elegido –propio de la democracia participativa–. El ciudadano no se desentiende de su elección.”

La revocatoria como mecanismo de participación política a través de los años ha tenido poca efectividad, y es poco lo que se sabía de la realidad de los mecanismos de participación. Tan solo se percibía que estos no habían funcionado y muchos sentían que la democracia participativa era un relato legal el cual ha tenido demasiados problemas de fondo.

En Colombia, es muy común encontrar intentos de revocatorias a alcaldes y gobernadores, por eso la Carta Política hace referencia específica a la revocatoria del mandato en dos disposiciones. La primera de ellas, el artículo 40, señala que el derecho a la participación de los ciudadanos se concreta, entre otros, en el derecho a revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establezca la ley. A su vez, el artículo 103 lo enuncia como uno de los mecanismos de participación ciudadana. Adicionalmente el artículo 259, aunque no contiene una mención específica de dicha figura, alude al denominado voto programático indicando que quienes elijan gobernadores y alcaldes, imponen por mandato al elegido el programa que presentó al inscribirse como candidato. La jurisprudencia la Corte ha encontrado compatible con la Constitución las disposiciones que establecen un límite temporal a la iniciativa de la revocatoria. De esta manera es factible que el legislador prevea que antes de determinado tiempo se impida cualquier propósito revocatorio.

Desde un punto de vista jurídico y para nuestros criterios se considera que la revocatoria de mandato no es un mecanismo eficiente de participación ciudadana, refiriéndonos a la Ley 134 de 1994. Esta logró definir la revocatoria como el derecho político, por medio del cual los ciudadanos dan por terminado el mandato que le han conferido a un gobernador o a un alcalde.

La revocatoria de mandato fue reglamentada en 1994 y se le han hecho dos reformas: la primera en el 2003, en la que se bajaron umbrales de participación y se eliminó el requisito de recolección de firmas para la inscripción de los comités promotores. La segunda fue en 2015, en la que volvieron a bajar los umbrales de participación. La revocatoria como mecanismo de participación y las reglas para buscar la revocatoria de alcaldes y gobernadores serán diferentes luego de la expedición de la Ley 1757 del 2015. Esta ley, regula los mecanismos de participación ciudadana, de igual forma fijó unos requisitos diferentes para acceder a este tipo de herramientas, lo primero que se debe hacer es inscribir un comité promotor ante la Registraduría. El comité tendrá que recoger un número de firmas que corresponda al 30 por ciento “de los votos obtenidos por el elegido”.

Dándole cumplimiento a esta meta, y tras una verificación por parte de la Registraduría, se procedería a votar la revocatoria del mandato del alcalde o gobernador correspondiente. Para que la revocatoria del mandato triunfe en las urnas, según las normas vigentes, se requiere que participe el 40 por ciento “de la votación total válida registrada el día en que se eligió al respectivo mandatario”. Según la Ley 134 de 1994, el mínimo exigido era del 40 por ciento de “votos válidos emitidos en la elección del respectivo mandatario”. Y para la votación se exigía que participara el 60 por ciento “de la votación registrada el día en que se eligió al mandatario” y adicionalmente que el 60 por ciento de ellos votara por la salida del servidor.

Para muchos observadores, estas exigencias eran muy altas, por lo que a pesar de que se han intentado hacer varias revocatorias de mandato en Colombia, hasta el momento ninguna ha logrado poner fin al periodo del alcalde o gobernador que sea sometido al nuevo escrutinio ciudadano. La ley de participación ciudadana o Ley 134 de 1994 se creó con el fin de regular la iniciativa popular legislativa y normativa; el referendo; la consulta Popular, del orden nacional, departamental, distrital, municipal y local; la revocatoria del mandato; el plebiscito y el cabildo abierto. La Corte Constitucional ha dejado en claro, mediante sentencia C-180 de 1994, que todo ciudadano tiene el derecho político a revocar un mandato, siempre y cuando cumpla con una serie de requisitos.

Conclusiones

Teniendo como base el estudio de procesos de revocatoria de mandato y, buscando la respuesta a ¿cuáles son las causas reiterativas que hacen inviable las iniciativas de revocatoria de mandato en Colombia?, se puede concluir que la revocatoria de mandato es un derecho que tienen los ciudadanos para ejercer el mecanismo de participación y de democracia cuando un mandatario no ha dado el debido cumplimiento al plan de gobierno asumido una vez fue elegido; además de la insatisfacción en los procesos ejecutados durante su gobierno.

Los ciudadanos poseen cierto desconocimiento sobre el concepto de revocatoria de mandato, y los requerimientos y procesos que se llevan a cabo dentro de este mecanismo para revocar del cargo a un mandatario que no está cumpliendo con su labor encomendada de una manera óptima.

Los mecanismos de participación ciudadana son un principio básico de la democracia, y herramienta fundamental para que los

ciudadanos colombianos puedan incidir en las decisiones que les afectan en su territorio. La revocatoria de mandato de alcaldes y gobernadores se lleva a cabo a partir de un proceso que va desde la solicitud de inscripción del comité promotor, aprobación del comité, recolección de apoyos, revisión de las firmas por parte de la Registraduría Nacional de ente territorial en donde se solicita el mecanismo, entrega de estados contables y aprobación de apoyos por parte de la Registraduría, y la convocatoria a la votación.

La Constitución de 1991, a través de sus artículos (2, 40, 41, 152, 270, 342) reglamenta unos mecanismos de participación del pueblo para que estos ejerzan su soberanía como el voto, plebiscito, referendo, consulta popular, cabildo abierto, iniciativa legislativa y revocatoria del mandato.

La revocatoria del mandato es un mecanismo establecido por el constituyente con el fin de promover el ejercicio de la democracia participativa y es un valioso instrumento para el ejercicio del control político ciudadano, siendo así percibido por la colectividad.

Ahora bien, en Colombia está contemplado solo para los cargos de elección popular uninominales, en el nivel territorial ligado al voto programático (alcaldes y gobernadores), es decir, no se permite para cargos de elección popular múltiples o colegiados como asambleas, y, por ende, al estar estipulado solo para los niveles territoriales, tampoco es aplicable al presidente de la república ni congresistas, como sí puede suceder en otros países latinoamericanos.

Pese a que los ciudadanos se sienten comprometidos con el desarrollo de la comunidad en donde residen, al igual que con la participación de las decisiones que afectan al conglomerado

social, y que además manifiestan su inconformidad con los movimientos políticos y sus representantes, no identificándose con estos, se percibe la falta de formación en política y responsabilidad social de los ciudadanos al no encontrarse capacitados para participar de manera activa y eficaz en las decisiones que los afectan. Tampoco se evidencia el desarrollo de competencias que les permitan articularse y congregarse con el fin de sacar adelante una iniciativa ciudadana como lo es la revocatoria del mandato, obstaculizándose la materialización de la democracia participativa.

En cuanto a los servidores públicos, si bien denotan un conocimiento mayor al de la ciudadanía sobre la normativa que regula el trámite de la revocatoria, aún falta un conocimiento más preciso, lo que genera la comisión de errores que afectan la efectividad y del mecanismo. El cambio constante de funcionarios públicos durante los certámenes electorales y democráticos retardan y entorpecen la aplicación de los mecanismos de participación, requiriéndose la permanencia de estos desde el inicio hasta la culminación de los procesos electorales.

Expertos aseguran que la participación ciudadana significa intervenir en los centros de gobiernos de una colectividad, participar en sus decisiones en la vida colectiva, de la administración de sus recursos, del modo como se distribuye sus costos y beneficios. Así los ciudadanos poco a poco tomarán parte de las decisiones que tomen sus gobernantes.

La participación explica el funcionamiento de la democracia: según esa crítica, participamos porque nuestros representantes formales no siempre cumplen su papel de enlace entre el gobierno y los problemas puntuales de una porción de la sociedad.

La participación ciudadana busca que los Gobiernos se democratizen, mediante mecanismos de participación ciudadana como la información, consulta y participación activa, con los cuales se busca una transformación social mediante las siguientes estrategias: 1) Políticas públicas de mayor calidad. 2) Legitimidad de las instituciones.

El artículo 6 de la Ley 134 de 1994 definió la revocatoria como el derecho político, por medio del cual los ciudadanos dan por terminado el mandato que le han conferido a un gobernador o a un alcalde. Según esta Corporación, la revocatoria del mandato consiste en “la posibilidad con la que cuenta el pueblo de responsabilizar políticamente el incumplimiento de aquello que haya prometido determinado candidato y por lo cual fue elegido (...)”. Igualmente ha advertido que se trata de un instrumento que permite “el control político directo sobre el poder público”. La Corte ha tenido oportunidad de explicar el fundamento de la revocatoria señalando que “la estrategia constitucional determina tanto para los gobernantes como para los gobernados, una relación recíproca y de compromiso entre el voto y el cumplimiento del programa electoral”. Como consecuencia de ello “las promesas electorales bajo el nuevo esquema constitucional deben cumplirse, lo cual explica que los electores puedan adelantar la revocatoria del mandato”.

La revocatoria es una medida que logra optimizar el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. La revocatoria del mandato es un derecho de participación que otorga al ciudadano común, dentro del ejercicio de sus derechos fundamentales, y específicamente el del control político, poder para remover de su cargo a un funcionario que la corte expresó su exequibilidad del proyecto de ley estatutaria del voto programático, solo es aplicable a los gobernadores y alcaldes que no ha

cumplido cabalmente con sus responsabilidades y deberes a los que están constitucionalmente obligados, como así lo dispone el artículo 133 de la Carta Política, según el cual, *“el elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su cargo”*.

Con este instrumento se pretende fomentar una mayor responsabilidad de los elegidos para con sus electores, promover un mayor acercamiento de los ciudadanos con sus representantes y estimular a los electores para que mantengan un interés permanente en la gestión que adelanten sus elegidos.

La revocatoria del mandato parte del supuesto de una relación directa (mandante-mandatario) entre electores y elegido, según la cual solo quien ha participado en la elección de un funcionario tiene la facultad, el poder y el derecho para removerlo de su cargo. Se trata, entonces, de un juicio de naturaleza política que llevan a cabo los electores que pretenden la revocatoria, más no de uno de carácter judicial, como sucede en el caso de la pérdida de la investidura.

Referencias bibliográficas

Asamblea de Madrid. 2007-2015. Asamblea de los Niños, Sección didáctica, Capítulo 2 - Participación y Representación. Recuperado de: http://www.asambleamadrid.es/portal_infantil/contenidos/didacticageneral/DIDACTICA/Capitulo%202/DIDACTICA%20CAP22012.pdf

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. (1991). Constitución Política de Colombia. La democracia representativa y participativa. Disponible en: <http://www.constitucioncolombia.com/titulo-4/capitulo-1/articulo-103>

BANCO DE LA REPÚBLICA. (2015). Subgerencia Cultural. La democracia como sistema político. Disponible en: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/comunicacion/libro>

Colombia. Congreso de la República. Ley 1755. (30, junio, 2015). Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial. Bogotá D.C. Art. 13.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1755. (30, junio, 2015). Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial. Bogotá D.C. Art. 13.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1011 de 1994.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-179 de 2002.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-180 de 1994.

Congreso de Colombia. 1948. Ley 89 de 1948. “Por la cual se crea la Registraduría Nacional del Estado Civil como órgano autónomo”. Recuperado de: <http://www.registraduria.gov.co/-Mision-Vision-.html>

Congreso de Colombia. 1994. Ley 131 de 1994 “Por la cual se reglamenta el voto programático y se dictan otras disposiciones.” Recuperado de: <http://pdba.georgetown.edu/Electoral/Colombia/ley131-94.html>

Congreso de Colombia. 1994. Ley 134 de 1994 “Por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana.” Recuperado de: <http://www.registraduria.gov.co/IMG/pdf/ley-134-31-mayo-1994.pdf>

Congreso de Colombia. 2002. Ley 741 de 2002 “Por la cual se reforman las Leyes 131 y 134 de 1994, Reglamentarias del voto programático”. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5247>

Constitución Política de Colombia. 1991.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-011 de 1994, C-089 de 1994,

FUNCIÓN PÚBLICA. (2015). Ley 1757. Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=65335>

FUNCIÓN PÚBLICA. (2015). Ley 1757. Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=65335>

GALINDO V., J.C. (2017). “La Revocatoria de Mandato. Registraduría Nacional del Estado Civil”. En: Revista Nuestra Huella. N° 119. Año X. Enero. Disponible en: www.registraduria.gov.co/Informacion/nuestra_huella.htm

García, O. y Otro. 2011. Apuntes de Derecho Constitucional Colombiano. P: 53 y 54. Tercera edición. Ed. Escuela de Derecho Universidad Sergio Arboleda. Bogotá

HURTADO H., J. (2017). “Registraduría Nacional del Estado Civil”. En: Revista Nuestra Huella. N° 119. Año X. Enero. Disponible en: www.registraduria.gov.co/Informacion/nuestra_huella.htm

JIMÉNEZ, W. (2001). Revocatoria del mandato: experiencias, dificultades y ajustes necesarios. Disponible en: https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/40014/pdf_490

Jiménez, W. 2001. Revocatoria del Mandato: experiencias, dificultades y ajustes necesarios. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=35700503>

Martínez, E. 2013. Revocatoria de mandato: ¿ataque a la democracia representativa? Reflexión Política (15). Recuperado de: <http://revistas.unab.edu.co/index.php?journal=reflexion&page=article&op=view&path%5B%5D=1852&path%5B%5D=1675>

Registraduría Nacional del Estado Civil. 2013. Corte Constitucional estudia modificación a la Ley de Revocatoria. Recuperado de: <http://www.registraduria.gov.co/1-de-enero-de-2013-No-71.html#05>

Registraduría Nacional del Estado Civil. Histórico sobre Revocatoria de Mandato. Recuperado de: <http://www.registraduria.gov.co/-Historico,427-.html>

Registraduría Nacional del Estado Civil. Revocatorias de Mandato registradas en 2013. Recuperado de: <http://www.registraduria.gov.co/-Revocatoria-de-mandato,394-.html>

Rodríguez, C. (marzo 2014). La Revocatoria del Mandato: a propósito del caso Petro. Razónpublica.com. Recuperado de: <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/7408-la-revocatoria-del-mandato-a-prop%C3%B3sito-del-%E2%80%9Ccaso-petro%E2%80%9D.html>

Rodríguez, C. 2014. La Revocatoria del Mandato: a propósito del “Caso Petro”. Recuperado de: <http://www.razonpublica.com/index.php/>

politica-y-gobierno-temas-27/7408-la-revocatoria-del-mandato-a-prop%C3%B3sito-del-%E2%80%9Ccaso-petro%E2%80%9D.html

Vidal, P. (2009). Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas”. P. 80-86. Décima edición. Ed. Legis. Bogotá.

Welp, Y, y Serdult, U. 2012. ¿Revocación, crisis o más de lo mismo? La Revocatoria de Mandato en los gobiernos locales Latinoamericanos. Recuperado de: <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/desafios/article/view/2274/1979>

Younes, D. 2009. Derecho Constitucional Colombiano. P: 103. Décima edición actualizada. Ed. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá.

Zovatto, D. 2007. Las Instituciones de la Democracia Directa a nivel Nacional en América Latina: un Balance Comparado: 1978-2007. Recuperado de: <http://www.facso.uchile.cl/publicaciones/sociologia/articulos/24/2404-Zovatto.pdf>

**LA CADUCIDAD DEL MEDIO
DE CONTROL DE REPARACIÓN
DIRECTA ADELANTADO CON
OCASIÓN DE LA EJECUCIONES
EXTRAJUDICIALES POR
“FALSOS POSITIVOS” COMO
DELITOS DE LESA HUMANIDAD**

Isbelio Manuel Villarreal Torres

Resumen

La investigación desde el derecho es crítica, desarrollada bajo una metodología deductiva, su finalidad es analizar la aplicación del término de caducidad del medio de control de reparación directa adelantada con ocasión a los delitos de *falsos positivos* desde la perspectiva normativa colombiana confrontando a las disposiciones y normativas internacionales. Por ende, explicaremos *grosso modo* términos como la prescripción, caducidad, *ius cogens* y el Sistema Interamericano, todo esto encaminado a resaltar el compromiso internacional del Estado colombiano de garantizar una reparación a las víctimas sin continuidad en el tiempo.

Palabras clave

Caducidad, reparación directa, ejecuciones extrajudiciales, *ius cogens*.

Abstract

The investigation from the law is basic, developed under a deductive methodology, its purpose is to analyze the term of expiration of the means of control of direct reparation advanced on the occasion of false positive crimes from a Colombian normative perspective that confronts the international provisions and regulations, therefore, we will explain very roughly, terms such as prescription, expiration, *ius cogens* and the Inter-American system, all this aimed at highlighting the international commitment of the Colombian State to ensure reparation to victims without continuity in time.

Key words

Expiration, direct repair, extrajudicial executions, *ius cogens*.

Introducción

El presente artículo de investigación constituye un estudio jurídico de abordaje deductivo con fundamento en el análisis documental de información secundaria, el cual se desarrollará haciendo una aproximación a la normatividad y jurisprudencia internacional y nacional que avalan la no aplicación del término de caducidad del medio de control de reparación directa, a nivel internacional, el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, adelantado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante CIDH—; el Estatuto de Roma, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad; y a nivel nacional, la sentencia del Consejo de Estado de fecha 29 de enero de 2020 que unificó la jurisprudencia para declarar la caducidad del medio de control de reparación directa.

Seguidamente, expondremos la tensión existente entre el principio de la seguridad jurídica que persigue el fenómeno de la caducidad frente a las normas internacionales, *ius cogens* y del sistema interamericano, y su implicancia en el marco de la obligación estatal de reparar a las víctimas y de combatir la impunidad.

Lo anterior resalta la importancia de poner en tela de juicio la aplicabilidad del término de caducidad del medio de control de reparación directa adelantada con ocasión de las ejecuciones extrajudiciales como delitos de lesa humanidad en el marco normativo colombiano. De esta forma, se pretende aportar al debate sobre la trascendencia de los derechos y garantías especiales de las víctimas dentro del contexto del conflicto armado interno de Colombia, de cara a las ejecuciones extrajudiciales como suceso internacional, denominados comúnmente por la prensa de Colombia como “falsos positivos”.

Esto nos permite establecer como objetivo general: *analizar el término de caducidad en el medio de control de reparación directa adelantado con ocasión de las ejecuciones extrajudiciales por “falsos positivos” como delito de lesa humanidad, y cuáles son sus efectos e implicaciones jurídicas para las víctimas del conflicto armado interno en Colombia.*

Ahondar sobre si la aplicación taxativa de la caducidad de la pretensión de la reparación directa regulada, *inter alia*, por el literal I del artículo 164 de la Ley 1437 del 2011, resulta acorde o no con las normas imperativas de derecho internacional y la Constitución Política, o, por el contrario, si su aplicación hace nugatorios derechos como el de acceso a la administración de justicia de las víctimas, dará al lector un cuadro muchos más completo para adoptar una postura frente a la problemática planteada.

En virtud de lo anterior, este artículo de investigación girará en torno a la siguiente pregunta problema: *¿en Colombia debe aplicarse el término de caducidad en el medio de control de reparación directa adelantado con ocasión de ejecuciones extrajudiciales por “falsos positivos” como delito de lesa humanidad, y cuáles serían sus efectos e implicaciones jurídicas para las víctimas del conflicto armado interno?*

La caducidad en el medio de control de reparación directa en casos de ejecuciones extrajudiciales “falsos positivos” en Colombia

Prescripción y caducidad

Para dar respuesta a la pregunta problema, es necesario previamente definir conceptualmente ciertos términos. Por ello en primer lugar, se clarifica que al hablar de **PRESCRIPCIÓN** se hace re-

ferencia a aquello que “es un fenómeno que crea o extingue derechos por el paso del tiempo y dependen de la acción o inacción de la persona” (*Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-091/18*). Del mismo modo, al hablar de **CADUCIDAD** se hace referencia a la acción legal o administrativa que se necesita para reclamar o lograr hacer efectivo un derecho y esta conlleva la imposibilidad de iniciar las acciones encaminadas hacia el mismo fin. Por consiguiente, al tener un derecho que se desee reclamar judicial o administrativamente, se deberá recurrir a una acción legal. De ahí la prescripción correspondiente a la afectación que tiene el derecho y la caducidad a la acción que se requiere para reclamarlo.

Régimen ordinario de caducidad

En relación al régimen ordinario de caducidad de las acciones contenciosas administrativas, se justifica un trato diferenciado en razón al fundamento jurídico que sustenta la petición indemnizatoria, ya que no se persigue solamente la satisfacción de un interés particular de los demandantes, sino que plantea también la protección del interés público y de los derechos de la humanidad, considerada como un todo, pues esta clase de actos de lesa humanidad repudiables no solo vulneran a quien padece directamente tales actos sino que, en virtud de su perversión moral, representan una afrenta grave a toda la sociedad civil organizada, al cuestionar la vigencia imperativa de los derechos Humanos y del concepto de humanidad, con independencia del contexto nacional al que pertenezcan los afectados directos. Estas disposiciones constituyen los cimientos estructurales de todo Estado de derecho, en virtud del sustrato axiológico que le es inherente a todo ordenamiento jurídico contemporáneo, puesto que según el *corpus iuris* del derecho internacional, un crimen de lesa humanidad es en sí mismo una grave violación a los derechos humanos y afecta a toda la humanidad.

Prescripción

Ahora bien, adentrándonos en el tema de la prescripción, en lo que respecta a la convencionalidad de los delitos de lesa humanidad, considerados como actos ominosos que niegan la existencia y vigencia imperativa de los derechos humanos en la sociedad, ya que atentan contra la dignidad humana a través de acciones que llevan a su degradación, provocando no solo una afectación a quienes físicamente han padecido tales actos, sino también agrediendo a la conciencia de toda la humanidad. (C.E., Sala de lo Contencioso Administrativo, radicación 85001-23-31-000-2010-00178-01, 2015).

Imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad

Ahora que, según la jurisprudencia se tenga adoctrinado que los actos de lesa humanidad son actos autónomos frente a otros crímenes, especialmente aquellos de guerra, y solo requiere que se compruebe la configuración de una modalidad específica de ejecución en el marco de una actuación masiva o sistemática. Y son imprescriptibles al enmarcarse dentro de la categoría de delito internacional (Posada, 2010).

El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, aquellas que exigen la investigación y el castigo de los responsables. Además, de que la Convención en cuanto a la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad es clara cuando afirma que tales ilícitos internacionales “*son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido*” (art. I).

Sobre este aspecto vale indicar que el sustento normativo de la atemporalidad para juzgar conductas que se enmarquen como constitutivas de lesa humanidad no es algo que se derive de un sector propio del ordenamiento jurídico común como lo es el derecho penal, sino que, por el contrario, surge del *corpus iuris* de derechos humanos, de la normativa internacional en materia de derechos humanos, así como de la doctrina y jurisprudencia de los tribunales nacionales e internacionales. De suerte que el eje central del cual se deriva la imprescriptibilidad de la acción judicial, tratándose de una conducta de lesa humanidad, se sustenta en la afrenta que suponen dichos actos para la sociedad civil contemporánea.

Por lo tanto, la consecuencia de la categoría jurídica de lesa humanidad debe surtir efectos en los diversos ámbitos del ordenamiento jurídico en los que surja como exigencia normativa abordar el concepto de lesa humanidad a fin de satisfacer las pretensiones de justicia conforme al ordenamiento jurídico supranacional, constitucional y legal interno. De ahí que el argumento de la prescripción de la acción, respecto de una posible responsabilidad del Estado en esta clase de actos que suponen una violación flagrante y grave de derechos humanos, equivaldría a desconocer la gravedad de los hechos objeto de pronunciamiento (CE., Sala de lo Contencioso Administrativo, radicación 85001-23-31- 000-2010-00178-01, 2015).

Y es que, conforme a lo que bien se ha dicho, la ocurrencia de actos de lesa humanidad respecto de los cuales se demande la responsabilidad del Estado, exige comprender que el estudio de la caducidad de la acción de reparación directa no puede quedar limitada solo al tenor literal de una norma, sino que dicha norma es la base para operar una debida y ponderada aplicación de tal fenómeno procesal.

Por otro lado, si la tesis en torno a la responsabilidad penal de individuos es la imprescriptibilidad por la ocurrencia de actos de lesa humanidad, no habría mayores complicaciones para que en sede de la jurisdicción contenciosa administrativa se prediquen similares consideraciones. En este caso resultaría paradójico que se atribuya responsabilidad penal a un individuo que ha actuado en su condición de agente del Estado y se guarde silencio respecto de la responsabilidad del Estado por las mismas circunstancias, siendo posible que ese agente haya empleado recursos logísticos, técnicos y humanos del Estado para llevar a cabo estos crímenes o, por el contrario, teniendo el deber normativo de actuar a fin de evitar un resultado lesivo, este se abstuvo de ejecutar tal acción.

Tales consideraciones sobre la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad se corresponde plenamente con los principios y valores constitucionales establecidos por el constituyente en 1991 tanto en el preámbulo en donde se expresa como fines “asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz”, norma con eficacia jurídica, así como en el artículo 2° superior que establece que: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecten y la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

De estas disposiciones se derivan mandatos normativos dirigidos al Estado para que materialice los principios y valores constitucionales que, en últimas, justifican la existencia del Estado

colombiano, de donde se resalta la prosecución de la justicia y la efectividad de los principios y derechos.

Así pues, se observa que la regla de la **imprescriptibilidad** se aviene con esta normativa constitucional, siendo necesaria para entender que en casos en los que han ocurrido actos constitutivos de lesa humanidad, se está cristalizando la teleología constitucional, pues la impunidad de hechos de tal envergadura constituyen una negación del Estado Social de Derecho. Aunque se advierte que la obligación del Estado de juzgar tales conductas no surge por la pertenencia a un determinado sistema político local o regional, sino invocando la universalidad de la protección de los derechos humanos, es decir, actuando como garante principal del respeto y realización efectiva de los derechos de la humanidad dentro de su respectiva circunscripción territorial.

Normatividad y jurisprudencia colombiana

Ahora bien, Colombia, en virtud de lo establecido en la Carta Política y en las disposiciones que integran el bloque de constitucionalidad, las normas y los convenios suscritos en materia de Derechos Humanos, debe respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, razón por la cual le corresponde investigar correctamente, juzgar con imparcialidad y sancionar las graves violaciones. En ese sentido, ha adquirido el compromiso internacional de garantizar el derecho a las víctimas y esto lo adquiere debido al bloque de constitucionalidad, es decir, por estar adscrita y vinculada a los convenios y tratados internacionales, no solo de acudir a la administración de justicia, sino también de obtener la reparación integral de los daños generados por este tipo de delitos. Bajo esa premisa, se ha establecido la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad como una norma de derecho

consuetudinario internacional integrante del *ius cogens*, que posee carácter imperativo y rige para los Estados.

Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad de la Jurisdicción Especial para la Paz

Por otro lado, en el país se encuentra la JEP, que fue creada para satisfacer los derechos de las víctimas a la justicia, ofrecerles la verdad y contribuir a su reparación, con el propósito de construir una paz estable y duradera, y tiene la función de administrar justicia transicional y conocer de los delitos cometidos en el marco del conflicto armado que se hubieran cometido antes del 1 de diciembre de 2016 (JEP, s.f.).

Dentro de ella, se encuentra establecida su competencia, la cual es prevalente, preferente y exclusiva sobre las conductas cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado ocasionadas anteriormente, hayan sido estos actos cometidos por la fuerza pública, civiles, agentes del Estado o exintegrantes de las FARC-EP (Comisión Colombiana de Juristas, 2020).

Recientemente, la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad de la Jurisdicción Especial para la Paz —en adelante JEP—, a través del auto 033 de 2021, publicó que durante el período comprendido entre los años 2002 y 2008, aproximadamente 6402 civiles fueron ejecutados extrajudicialmente en todo el territorio nacional para ser presentados como bajas en combate atribuidas al Ejército Nacional en el marco del conflicto armado interno. Esta modalidad de crimen tuvo lugar en el contexto denominado como “falsos positivos”, bajo el cual se presentó una alta vulnerabilidad de las víctimas, situación de poder del victimario, y recurrencia de la victimización sobre el mismo grupo de población (JEP, Auto 033 de 2021).

Consejo de Estado

Sobre las ejecuciones extrajudiciales, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido particularmente profusa en sede de reparación directa, declarando la responsabilidad del Estado por ejecuciones extrajudiciales en las que miembros de la fuerza pública han presentado a personas muertas en enfrentamientos sobre las cuales no se logró acreditar la condición de combatientes. (Corte Constitucional, sentencia T-535, 2015). Y se hace alusión a esta porque los procesos de reparación en materia económica y de sanciones administrativas, es decir, la culpa del Estado, se tramitan ante los tribunales y llegan hasta Consejo de Estado, y ellos son los que toman la decisión final sobre el derecho en debate. En cambio, la Corte Constitucional decide temas de violación a la Constitución Política, dentro de la cual van incluidos los derechos fundamentales. **Consejo de Estado: económico - sanción. Corte Constitucional violación de constitución y derechos fundamentales.** Ambas son complementarias y no excluyentes, pero la Corte Constitucional está por encima del Consejo de Estado y de todo lo demás.

En ese orden de ideas, cabe resaltar que la ley contenciosa administrativa señala un término de caducidad del medio de control de reparación directa aplicado a todos los eventos, incluidos aquellos en los que se invocan delitos de lesa humanidad.

Sentencia del Consejo de Estado de fecha 29 de enero de 2020

Aunado a lo anterior, y teniendo en cuenta las obligaciones estatales de carácter internacional y las normas de *ius cogens* al interior de la **Sección Tercera del Consejo de Estado**, máximo órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, existían dos posiciones respecto a la contabilización del término de ca-

ducidad en tales eventos. Por un lado, sostenía que el juzgamiento de la responsabilidad del Estado para este tipo de actos o situaciones no estaba sujeto a un plazo extintivo; y, por otra parte, se estimaba que incluso ante hechos relacionados con delitos de lesa humanidad o graves violaciones de derechos humanos, lo correspondiente era aplicar las reglas generales de la caducidad de este medio de control (CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, N.º 11001-03-15-000-2020-00688-01, 2021).

Como quiera que dichas posturas eran contrarias y producían que unos asuntos referentes a este tipo de delitos siguieran su trámite y otros no, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de fecha 29 de enero de 2020, unificó la jurisprudencia acogiendo la postura según la cual, en estos eventos, la responsabilidad del Estado sí se encontraba sujeta al plazo de caducidad establecido por el legislador. En dicha sentencia se estableció que para computar el plazo de dos años “no basta con la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño”, pues, además, “se debe determinar si el interesado advirtió o tuvo la posibilidad de saber que el Estado participó en tales hechos y que le era imputable el daño”. Esta sentencia de unificación, lejos de culminar el debate en cuanto a la disposición aplicable, generó más discusiones y críticas, incluso entre integrantes del Consejo de Estado, tanto, que la sentencia tuvo tres salvamentos de voto realizados por los consejeros María Adriana Marín, Ramiro Pazos Guerrero y Alberto Montaña Plata. Todos encaminados a señalar que la Sala Plena creó una regla jurisprudencial contra igualitaria y regresiva, neutralizando el estatuto constitucional de estas víctimas y las garantías especiales a sus derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición señalando que, ante este tipo de delitos, el Estado debe remover los obstáculos procesales que dan prevalencia a la seguridad jurídica por encima de estas garantías especiales y valores esenciales al ser humano.

Al respecto, el argumento de usanza de los críticos ha sido la referencia a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (1968), que los crímenes de guerra y de lesa humanidad son imprescriptibles, razón por la cual puede afirmarse que sus conceptos centrales expresan normas imperativas de derecho internacional general.

Ante este panorama, se hace énfasis en la obligación del Estado Colombiano de adherirse a los compromisos internacionales, aún más, siendo un país que ha vivido y continúa viviendo un conflicto armado interno de medio siglo, reconociendo la importancia que merece el respeto de los derechos humanos y los derechos fundamentales a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la garantía de no repetición, lo que constituye una piedra angular del Estado Social de Derecho.

Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo

En Colombia, la Ley 1437 de 2011, en su artículo 164, numeral 2, literal i, establece:

(...) i) Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha su ocurrencia.

El mismo literal establece como excepción a dicho término la pretensión de reparación directa deriva-

da del delito de desaparición forzada, de la siguiente forma:

(...) Sin embargo, el término para formular la pretensión de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que la demanda con tal pretensión pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición.

Pese a ello, en cuanto a las pretensiones derivadas de ejecuciones extrajudiciales por “falsos positivos”, **conducta reconocida internacionalmente como delito de lesa humanidad**, no se establece regulación especial, por lo cual, en estos casos, de acuerdo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el término de caducidad debe ser aplicado conforme a la regla general de la norma. En los casos en que se demande la responsabilidad patrimonial del Estado por delitos de lesa humanidad, la Jurisdicción Contenciosa Administrativa debe armonizar lo dispuesto en el *artículo 93 de la Constitución Política, los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, incorporada al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 16 de 1972.*

Implicancia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el marco normativo interno de Colombia

Así mismo, es válido mencionar que existe un sistema que cobija al derecho colombiano y es el **sistema interamericano de derechos humanos** suscrito por Colombia, con el fin de evitar un excesivo rigorismo que represente el incumplimiento de principios

y mandatos normativos de derecho internacional público a los que está sujeto el Estado colombiano, y, por ese camino, el derecho de las víctimas a una reparación integral. Lo anterior, teniendo en cuenta que tales preceptos tienen la máxima jerarquía en el sistema jurídico y, por lo tanto, es imperativo interpretar las reglas de inferior jerarquía, conforme a sus contenidos normativos.

En este sentido, la jurisdicción ordinaria tiene el deber de ejercer un doble control de la legalidad de los actos y omisiones de los poderes públicos, en donde, por un lado, se utilice el control de constitucionalidad el cual es ejercido por la corte constitucional para determinar la congruencia de los actos y normas secundarias con la Constitución, y, por el otro, el control de convencionalidad para determinar la congruencia de los actos y normas internas con los tratados internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia internacional. (Becerra et al., 2016).

Dicho lo anterior, resulta necesario traer a colación cuáles son los convenios y tratados a los que pertenece el Estado colombiano. *Colombia hace parte de los Convenios de Ginebra de 1949, Ley 6 de 1960, de los Protocolos Adicionales I y II de 1977, Leyes 11 de 1992, 171 de 1994, y del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el cual fue incorporado al ordenamiento jurídico mediante la Ley 472 de 2002. Igualmente, ha reconocido la competencia de la Comisión Internacional de Encuesta, de conformidad con el Artículo 90 del Protocolo Adicional I de 1977, entre otros.*

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho con base en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, en el proceso adelantado por la muerte de Luis Carlos Galán Sarmiento, se arribó a la conclusión de que en el ordenamiento jurídico colombiano “resulta aplicable la Con-

vencción sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, a pesar de no haber sido suscrita ni ratificada por Colombia, porque hace parte del *ius cogens* y con ella se honran los compromisos internacionales de procesar los delitos de lesa humanidad e impedir su impunidad” (CSJ, Sala de Casación Penal, N.º 44312, 2016).

Normatividad y jurisprudencia internacional

Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Ahora bien, en cuanto al derecho internacional humanitario se refiere existen entes internacionales que se encargan de velar por la protección de los derechos humanos, dentro de ellos se encuentra el **Sistema Interamericano de Derechos Humanos** que es un organismo activo con gran antigüedad en materia de derechos humanos en el mundo, el cual define los derechos humanos de estricto cumplimiento a los cuales las naciones vinculadas se comprometen a respetar y otorgar las garantías respectivas a aquellos países pertenecientes a la misma. Este ente posee un sistema autónomo de la **OEA**, su objetivo se encamina a la aplicación e interpretación de la Convención Americana y está compuesto por **la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos**.

Convención Interamericana de Derechos Humanos

Convención que también es llamada Pacto de San José de Costa Rica; fue suscrita luego de realizada la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2019). Se rige bajo la normativa que establezca la Corte In-

teramericana, y se trata de un organismo internacional que vela por los derechos humanitarios y libertades de los Estados que hacen parte de esta.

Corte Interamericana

Para la Corte Interamericana, el deber de reparar a las víctimas resultado del hecho ilícito internacional busca desaparecer, alivianar u olvidar el daño sufrido por ellas (CIDH, 7 de febrero de 2006). Para la determinación de la reparación, se debe demostrar un nexo de causalidad entre el hecho, el daño y la reparación a otorgar, con el cual la Corte Interamericana podría hacer un estudio acucioso para conceder las medidas más adecuadas entre las que fueron solicitadas por los representantes de las víctimas y de las que el Estado presenta sus reservas (CIDH, 27 de noviembre de 2008). De ahí que la reparación tiene un doble significado: “a) proveer satisfacción a las víctimas directas, o a sus familiares (víctimas indirectas), cuyos derechos han sido violados, y b) restablecer el orden jurídico quebrantado por dichas violaciones” (Faúndez, 2004).

Es por esta razón que, en un principio, la Corte Interamericana ordenaba reparar a las víctimas directas e indirectas con una indemnización económica por parte del Estado infractor, a su vez que ordenaba investigaciones de los hechos generadores de la violación de derechos humanos para enjuiciar y sancionar a los responsables.

Reparación integral

Posteriormente, se crea la reparación integral gracias a la aplicación de estándares del derecho internacional de los derechos humanos, específicamente del instrumento internacional emi-

tido por la **Asamblea General de la Naciones Unidas en 2005** —“*Principios y Directrices relativos a los derechos de las víctimas en casos de violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario*”—, en este documento se crean las bases del contenido de la reparación integral con el fin de cumplir la obligación internacional. Para ello, la ONU insta la aplicación de cinco elementos denominados: a) Restitución; b) Indemnización; c) Rehabilitación; d) Satisfacción; y e) Garantía de no repetición (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 2005b). De acuerdo con el primer componente, la medida de restitución es el mecanismo mediante el cual se busca regresar a la víctima al mismo estado en el que se encontraba antes de la violación de sus derechos, sin embargo, es importante mencionar que hay casos en los que es imposible retornar a la víctima en iguales condiciones al momento previo del hecho generador del daño. Por tanto, se deberán identificar opciones alternas que puedan generar en la víctima la sensación del resarcimiento del daño (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 2005b).

Restitutio in integrum

En este sentido, la Corte Interamericana habitualmente ha otorgado como medidas de restitución que complementan la **restitutio in integrum**, el retorno a sus territorios de origen o tradición a las distintas comunidades que han sufrido desplazamientos forzados, ejemplo de ello son las **Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica**, en la cual se ordenó al Estado de Colombia: La Corte señala que, producto del incumplimiento del deber estatal de garantizar el derecho a la propiedad colectiva (...) el Tribunal ordena al Estado que restituya el efectivo uso, goce y posesión de los territorios reconocidos en la normativa a las comunidades afrodescendientes agrupadas en el Consejo Comunitario del Cacarica” (CIDH, 20 de noviembre de 2013).

En este orden de ideas, la restitución pretende devolverle a la víctima los derechos que le han sido conculcados, a través del otorgamiento de medidas que permitan el pleno goce y ejercicio de sus derechos conforme a como se encontraban antes del hecho generador de la violación.

Medidas de indemnización

Por otro lado, las medidas de indemnización tienen un carácter eminentemente económico porque representan cuantificablemente la estimación del daño. Esta medida se ha destacado tanto en el derecho internacional público tradicional como en el derecho internacional de los derechos humanos como la forma más usual de reparación por los daños ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones de carácter internacional (Nash, 2009). Esta medida se define como una compensación económica que paga el Estado a las víctimas, la cual adquiere un especial interés cuando es imposible la restitución del derecho vulnerado. En otras palabras, la indemnización es una medida, monetaria subsidiaria de la medida de restitución, se advierte que esto no quiere decir que porque una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos imponga la medida de restitución no pueda, a su vez, exigir al Estado infractor de una indemnización a las víctimas por los daños (morales y materiales) ocasionados (Pérez, 2008).

Control de convencionalidad

Por otro lado, aparte de los tratados y convenciones internacionales, existe en torno a la materia, una línea jurisprudencial que complementa el marco normativo, dentro de la cual, los principales debates jurisprudenciales son de la **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, en su **Cuadernillo de Jurisprudencia N°**

7, que habla del **control de convencionalidad**, dentro de la cual se observa la sentencia que decidió sobre el caso emblemático que se conoce como el origen del control de convencionalidad: **el caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Este caso hace referencia al control de convencionalidad en los siguientes términos: la Corte es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la Ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero en cuanto un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a esta, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de **“control de convencionalidad”** entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la **Corte Interamericana como intérprete última de la Convención Americana** (CIDH, 29 de septiembre de 2006).

Para la doctrina, esta obligación es de carácter mixto, ya que se derivan obligaciones de hacer como de no hacer, en el entendido de que el Estado deberá emitir medidas que garanticen el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la convención, así como también deberá suprimir toda medida que vaya en contra de los ámbitos de protección de la Convención Americana (Faúndez, 2004).

Las medidas que deberá adecuar el Estado comportan desde las legislativas, judiciales y hasta las emitidas por el poder ejecutivo.

Criterio reiterado por la Corte en su facultad contenciosa como consultiva, como por ejemplo en el **Caso Cantoral Benavides Vs. Perú**, así: el deber general del **artículo 2 de la Convención Americana** implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías (CIDH, 18 de agosto de 2000).

Así pues, el deber de adoptar medidas internas que prevé el **artículo 2º de la Convención Americana**, genera a los Estados parte la obligación de armonizar el derecho interno con las normas contenidas en la Convención, evitando posibles vulneraciones a los derechos y libertades contenidos en este tratado, y, adicionalmente, los Estados deben ejercer un **control de convencionalidad** en las diversas actuaciones que determinen o garanticen los derechos humanos teniendo como parámetros los instrumentos interamericanos, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

En este sentido, la figura del **Control de Convencionalidad** se relaciona con la Internacionalización del Derecho Constitucional, dado que este campo se refiere a la forma en que se recibe y se ejecuta el derecho internacional en el ordenamiento doméstico. Este proceso, como lo apunta *Eric Tremolada*, citando a *Francisco Javier Anzoátegui Roig*, se considera haber iniciado en la Constitución de Weimar en 1919 y ha venido progresando en el constitucionalismo mundial en tres sentidos: “i) el reconocimiento amplio de la primacía del derecho internacional general; ii) la creación del derecho comunitario (o, como luego ha sido denominado, derecho de la integración); y iii) el respeto al derecho internacional de los derechos humanos” (Tremolada, 2016).

A su turno, para Quinche (2014), el proceso de internacionalización del derecho constitucional supone la inclusión del derecho internacional en el orden interno de cada Estado, ocupando este un lugar definido dentro del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico del Estado que es parte de los instrumentos internacionales. En este proceso puede verse la confluencia o el diálogo entre el derecho interno y el derecho internacional; por tanto, para Tremolada, el proceso de internacionalización del derecho interno permite los procesos de integración, identificación de estándares regionales o universales de protección en derechos humanos y contribuye al fortalecimiento de la conciencia jurídica universal al reconocer un marco jurídico para la garantía de los derechos humanos (Tremolada, 2016).

Se trata entonces de la materialización del **Control de Convencionalidad** desde el elemento normativo, es decir, el marco jurídico interamericano se proyecta en el orden jurídico constitucional para la protección los derechos humanos y sus garantías, con tal fuerza que irrumpe en el texto de las constituciones de los Estados y actúa como parámetro de control de constitucionalidad de las leyes y en parámetro de convencionalidad a través del control abstracto por parte del legislador y control concentrado de convencionalidad por parte de los jueces (Sánchez, 2015).

En síntesis, el **control de convencionalidad**, constituye un juicio de revisión de la adecuación del ordenamiento interno a la luz de los postulados convencionales, a cargo de los jueces ordinarios, a fin de velar por la regularidad y armonía de las normas del derecho interno frente a las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos al momento de su aplicación, acatando la interpretación que de las primeras ha efectuado la Corte Interamericana, lo cual no es más que un instrumento

para garantizar la efectividad de las disposiciones convencionales en el marco de las decisiones judiciales ordinarias.

Ius constitutionale commune en América Latina

Aquí, se aborda el impacto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la vulneración de un derecho constitucional común, destacando las transformaciones que ha promovido y para esto se propone una tipología de casos sobre cinco categorías de violación de los derechos humanos detallados de la siguiente manera, violaciones que reflejan: el legado del régimen autoritario dictatorial, cuestiones de justicia transicional y desafíos acerca del fortalecimiento de las instituciones, así como violaciones a los derechos de grupos vulnerables y a los derechos sociales (García, 2016).

Ahora bien, la conexión entre ambos sistemas interno e internacional al ser complementarios por sus objetivos de preservación de los derechos humanos, como a su vez el reparar a las víctimas y judicializar a los victimarios, trae consigo no solo mayor conocimiento sobre los casos que se enmarcan en estos sino también les exige a los estados (en este caso, al Estado colombiano) analizar su accionar judicial y las sanciones estatales que son aplicadas. Esto dado que se halla al Estado colombiano responsable y garante principal de preservar y salvaguardar la vida y derechos de los ciudadanos, como también responsable de los falsos positivos.

Aplicación de la caducidad del medio de control de reparación directa adelantado con ocasión de las ejecuciones extrajudiciales por “falsos positivos” como delito de lesa humanidad en Colombia

A lo largo de la historia, la humanidad ha sido testigo de una masiva y sistemática violación de derechos humanos. Luego de la barbarie desarrollada durante la Segunda Guerra Mundial, se acordó entre las naciones un nuevo orden global cuyo propósito principal era el establecimiento de la paz y el respeto por los derechos humanos, y la lucha contra la impunidad.

De conformidad con Huertas (2013):

Con los eventos sucedidos durante las dos guerras mundiales de principios del siglo pasado, en especial bajo el régimen nazi de la Alemania de la segunda guerra, los Estados pusieron su vista en las diferentes formas de violencia generadas en esos conflictos, con especial alarma en lo que tenía que ver con prácticas de aniquilamiento sistemático contra el ser humano, sin importar si era o no combatiente; justificado o no por posturas políticas y legales de la época. Este panorama presentó una necesidad de reforzamiento del sistema jurídico internacional en materia de derechos humanos y en la creación de normas que permitieran la humanización de los conflictos que producían guerras. De estas reflexiones nacen las Convenciones de Ginebra y sus protocolos adicionales conocidos hoy en día como parte del derecho internacional humanitario. Asimismo, inicia todo un proceso normativo internacional para la protección de los derechos Humanos en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Así se producen textos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que permiten centrar la atención en la especial protección del ser humano y lo pone como punto central para los Estados.

Colombia, a pesar de no haber sido parte activa en los conflictos bélicos anteriormente mencionados, desde hace más de medio siglo se ha visto inmersa en un conflicto en el que se han generado graves violaciones a derechos humanos, sobre todo, en contra de la población civil no combatiente.

Ejemplo de lo anterior es, la implementación de la Política de **Seguridad Democrática** que el expresidente Álvaro Uribe Vélez, desde su primer mandato en el año 2002, estableció como uno de sus pilares de gobierno mediante el fortalecimiento de las fuerzas armadas para luchar contra las guerrillas y la insurgencia. En principio, el mandatario aseguró que buscaba la protección de todos los ciudadanos y, sin embargo, ante el imaginario de un enemigo omnipresente, terrorista, difícil de localizar y que se presentó como una amenaza a la seguridad, la vida y la integridad de las personas, aunado a ello, la necesidad de mostrar que se estaban cumpliendo los objetivos de la política, el propio Estado a través de sus fuerzas armadas, se volcó en contra de sus propios ciudadanos, sobre todo, aquellos pertenecientes a los sectores más vulnerables de la sociedad, como es el caso de los “falsos positivos” (Olarte-Sierra y Castro, 2019). Tales circunstancias se reconocen como una “práctica militar consistente en matar a personas civiles y luego presentarlas como integrantes de grupos terroristas, con la finalidad de inflar las estadísticas de bajas ocasionadas a las guerrillas, como gesto simbólico de que la guerra se está ganando” (Londoño, 2011), lo cual internacionalmente se ha reconocido como el **síndrome del body count**, cuya adopción como indicador del éxito de una guerra fue realizada por primera vez en el enfrentamiento irregular entre las tropas de Estados Unidos y el Vietcong, en la Guerra de Vietnam. El “**body count**” en Colombia fue documentado como estrategia oficial desde del primer gobierno de Álvaro Uribe Vélez entre el 2002 y el 2003, pues ya existían algunas evidencias de su empleo desde

el mandato de César Gaviria, desarrollado entre los años 1990 y 1994, pero no como política general, como en el caso del mandato del expresidente Uribe, sino como estrategia operativa de algunos comandantes y otros casos específicos.(Noguera, 2019).

En ese orden de ideas, esta es una práctica que existe desde los años 90 del siglo pasado aproximadamente. Según Londoño (2011), existen al menos cuatro clases de falsos positivos, esto es, por ocultamiento, por limpieza social, por táctica paramilitar y por violencia sistémica. Los **falsos positivos** por ocultamiento se presentan cuando por un error de las fuerzas militares se ocasiona la muerte de civiles inocentes, pero en lugar de admitir el error, los presentan como guerrilleros; en segundo lugar, los falsos positivos justificados en la idea de una limpieza social se evidencian cuando con el ánimo de aumentar las bajas en combate, los miembros de la Fuerza Pública deciden matar personas en un alto grado de vulnerabilidad, por ejemplo, indigentes o drogadictos, logrando con ello un doble efecto, de un lado, se muestra un resultado positivo de la implementación de la política de seguridad democrática, y de otro, se logra “limpiar” a la sociedad de esas personas que se perciben como “indeseables”, que afean el paisaje de una nación pensada y construida solo para los “buenos”; En tercer lugar, en la modalidad de falso positivo por táctica paramilitar, se convierte en víctima a toda persona que a los ojos de los militares o de sus informantes civiles, se muestre sospechosa de mantener vínculos con grupos subversivos, pero que no podría ser capturada por vías legales por no existir medios de prueba que respalden sus sospechas. Por último, la cuarta modalidad de falsos positivos desarrollada a través de la violencia sistémica se produce a través del ejercicio de formas de coerción derivadas de relaciones de dominación y explotación, como por ejemplo, la desarrollada en el emblemático caso de los jóvenes de Soacha, donde de conformidad con el Consejo Superior de la

Judicatura (2010): (...) Una organización criminal compuesta por civiles y militares, sedujeron a estos jóvenes con falsas promesas de empleo para resolver su situación económica, y mediante este engaño, fueron transportados a la ciudad de Ocaña, donde los despojaron de sus documentos de identidad y los entregaron a las tropas en un retén falso, para luego conducirlos al sitio donde horas más tarde, los mataron en estado de indefensión.

Bajo ese panorama, y en el afán de exhibir gestos simbólicos que generen una falsa sensación de seguridad, el Estado colombiano ha perpetrado una barbarie, que de acuerdo con cifras de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad de la JEP, para el año 2021 y de acuerdo al avance de las investigaciones, ha arrojado un total de aproximadamente 6402 civiles ejecutados solo durante el período comprendido entre los años 2002 y 2008, para ser presentados como bajas en combate atribuidas al Ejército Nacional en el marco del conflicto armado interno (JEP, Auto 033 de 2021).

Es por todo lo anterior que en el marco de uno de los conflictos armados internos más prolongados de la historia, de una duración superior a 50 años, es importante recordar que Colombia ha adquirido una serie de **compromisos internacionales** encaminados no solo a garantizar el derecho de acceso efectivo de las víctimas a la administración de justicia, sino también de obtener la reparación integral de los daños generados a causa de las ejecuciones extrajudiciales por “falsos positivos” como delito de lesa humanidad, el cual figura entre los más graves delitos de derecho internacional, sujetos a protección especial.

El establecimiento de la regla de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en el derecho consuetudinario internacional que entró en vigor desde 1970 tras la adopción de la Con-

vencción sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, el instrumento más importante en el asunto, fue producto de la grave preocupación en la opinión pública mundial en cuanto a la aplicación a los delitos de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios, dado que impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de estos crímenes, incluidos los particulares y las autoridades estatales, de conformidad con lo establecido en el preámbulo de este instrumento internacional.

Cabe agregar que de acuerdo con Arlettaz (2010) a pesar de que dicha Convención no ha sido aprobada y ratificada por Colombia, no es acertado desconocer que existe una práctica internacional que avala la aplicación de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, y una conciencia internacional de la obligatoriedad de esta práctica. La Convención solo reafirmó principios preexistentes, pues existen antecedentes en las normas de derecho interno de los Estados que han consagrado la imprescriptibilidad de estos crímenes y también antecedentes jurisprudenciales de tribunales internos en los que se reconoce la imprescriptibilidad. Por lo cual, la norma consuetudinaria estudiada se entiende como una regla de *ius cogens* oponible *erga omnes*, que reviste carácter imperativo y rige para los Estados.

A pesar de lo anterior, en Colombia aún sigue vigente la aplicación de la caducidad del medio de control de reparación directa en el que se invocan casos de ejecuciones extrajudiciales por “falsos positivos”, delito reconocido internacionalmente como de lesa humanidad, lo anterior en virtud de la implementación de un régimen de apreciación nacional estricto, que vale decir, se aparta del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, fomentando de esta forma un riesgo de impunidad para la barbarie

desplegada en el marco del conflicto y que ha perjudicado a los más vulnerables, abandonando la obligación estatal de construir una paz estable y duradera, y de remover los obstáculos que en el derecho interno puedan impedir el derecho a las víctimas a obtener la reparación integral por las violaciones a sus derechos humanos, y así impedir el acceso efectivo a la administración de justicia y a la justicia material.

Dar prevalencia a las normas procesales sobre los derechos fundamentales y garantías especiales a la verdad, la justicia, a la reparación y a la garantía de no repetición, en una aplicación netamente positivista de la regla de caducidad, podría implicar una grave violación a los derechos fundamentales de acceso efectivo a la administración de justicia, a las garantías especiales y a la protección judicial reconocida, incluso a nivel convencional en el sistema interamericano de derechos humanos. Entre otras cosas, al imponer a las víctimas la carga de interponer el medio de control de reparación directa muchas veces sin contar con los elementos probatorios mínimos y necesarios para fundamentar todos los elementos de la responsabilidad del Estado. Cabe resaltar que un proceso sin pruebas genera una decisión fácil y rápida que tiene la potencialidad de hacer nugatorios los derechos de las víctimas, pues dicha decisión produce efectos de cosa juzgada, por lo cual, una vez obtenidas las pruebas, no sería posible volver a solicitar la reparación.

El Consejo de Estado señaló que, como garantía de los derechos de las víctimas, en el Código General del Proceso se encuentra la figura prejudicialidad, según la cual se puede solicitar la suspensión del proceso en sede contenciosa administrativa hasta tanto en materia penal se pueda hallar el sustento probatorio para inferir la responsabilidad patrimonial del Estado en los hechos. Sin embargo, en efectos prácticos y dada la costumbre en materia

de litigio, esta es una premisa que solo ofrece una apariencia garantista, y deviene en injusta, pues el mismo Código General del Proceso establece un período máximo de suspensión del proceso por prejudicialidad, esto es, dos años, y no se tiene en cuenta que pueden pasar años, incluso lustros o décadas antes de que se obtenga una prueba en tal sentido. De igual forma, puede pasar que en materia penal no se haya proferido sentencia condenatoria. La realidad de los procesos judiciales en el país demuestra que “muchos procesos de indemnización están trabados y truncados por demoras de tipo administrativo y a la espera de resultados judiciales” (Barreto, 2019). Cabe resaltar, que en este tipo de procesos son las investigaciones adelantadas en materia penal y las sentencias condenatorias, los elementos de convicción por excelencia para deducir la responsabilidad patrimonial del Estado en estos delitos.

En ese orden de ideas, el fallo no tuvo en cuenta que, de acuerdo con la regla jurisprudencial adoptada, casos como el de los desaparecidos del Palacio de Justicia, las ejecuciones extrajudiciales por “falsos positivos” en virtud del *body count*, estarían caducados porque desde un primer momento se conoció que existió participación del Estado a través de las Fuerzas Militares en estos hechos constitutivos de delitos de lesa humanidad. Lo cual, contraviene el marco axiológico que rige el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la lucha de la comunidad internacional por combatir la impunidad de estos delitos que atentan contra la humanidad.

Con la aplicación de la regla de caducidad, se está promoviendo la impunidad de estos delitos de lesa humanidad, lo que ha llamado la atención en la comunidad internacional ante la poca contundencia y efectividad de los mecanismos de justicia colombianos, reflejados en la falta de castigo de estos delitos, e

incluso al observar en medios de comunicación nacional que se han tratado de minimizar los daños ocasionados a las víctimas. Y, como sucedió en la sentencia de unificación, se neutralizó su estatuto constitucional y sus garantías especiales a la justicia, la verdad, la reparación y la no repetición, al establecer una regla de caducidad general estricta aplicada a casos que no son iguales y que no protegen los mismos bienes jurídicos. Aparte, se reitera que no pueden ser tratados como iguales sujetos o casos que por su naturaleza son abiertamente distintos; no se puede aplicar una normativa interpretada de forma exegética a casos en los que el daño antijurídico ha vulnerado uno de los bienes más básicos de la humanidad, más aún cuando la línea jurisprudencial anteriormente establecida en el Consejo de Estado, apuntaba a un nivel de protección superior y más garantista, incluso acorde con el Sistema Interamericano de Derechos Inaplicando las reglas de la caducidad para el medio de control de reparación directa por medio del cual se perseguía la reparación estatal de las víctimas de este tipo de delitos de lesa humanidad. Razón por la que se comparte la postura según la cual, en la sentencia de unificación, se creó una regla jurisprudencial regresiva y contra-igualitaria y, por ende, inconstitucional y contraconvencional.

A esto se suma una regla que constituye un claro impedimento al derecho de acceso a la administración de justicia, pues sus efectos fueron aplicados de forma retroactiva y ultractiva, omitiendo otorgar un plazo razonable, o un régimen de transición para que las víctimas comprendieran los efectos de la sentencia de unificación.

Por lo anterior, compartimos la postura según la cual, aceptando la legalidad de la regla adoptada por la Sala, la decisión se debió adoptar como jurisprudencia anunciada con efectos hacia el futuro, y en el mejor de los casos, permitiendo que se reiniciaran los

cómputos de los términos de caducidad como lo hizo el Corte Constitucional para los casos de desplazamiento forzado, demostrando la voluntad de respetar los derechos de las víctimas y su estatus constitucional amparado por el bloque de constitucionalidad, permitiendo que presentaran las correspondientes demandas en un plazo razonable, más aún cuando la nueva regla está encaminada a restringir sus derecho de acceso a la administración de justicia. No está de más recordar que ante esta clase de delitos que involucran agentes del Estado, intervienen personas con esa misma calidad, que se aprovechan de la asimetría de poder para que esta clase de delitos desemboquen en la impunidad y el olvido.

La sentencia de unificación, como excepción, estableció que el término de caducidad no se aplica cuando se afectan de manera ostensible los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, sin embargo, debe tenerse en cuenta que en ocasiones estas circunstancias materiales pueden existir aunque su prueba no sea tan ostensible. Por otro lado, pueden transcurrir muchos años, incluso décadas, antes de que se obtenga una prueba que pueda acreditar la participación estatal en los hechos que configuran el daño antijurídico.

Cabe agregar que interponer la demanda no significa *per se* obtener una reparación instantánea, y una demanda apresurada puede poner en riesgo los derechos de las víctimas. Lo cual conduciría a una victimización secundaria, impidiéndoles, con fundamento en la seguridad jurídica, obtener una reparación integral, el acceso efectivo a la justicia material y el resarcimiento de sus bienes e intereses legítimos, en contraposición con los objetivos y compromisos de índole internacional en la materia (CE, Sala Plena, 85001-33-33-002-2014-00144-01, 2020).

La fijación de la regla jurisprudencial según la cual se debe aplicar el término de caducidad del medio de control de reparación directa a los casos de ejecuciones extrajudiciales por “falsos positivos”, de conformidad con las disposiciones aplicables del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no se encuentra acorde a la normatividad internacional aplicable, erga omnes y de obligatorio cumplimiento en el marco de la obligación de carácter internacional de combatir la impunidad de los delitos de lesa humanidad. Es una regla que privilegia la seguridad jurídica por encima de los derechos de las víctimas a obtener una reparación, a la justicia material, a la verdad, a la no repetición.

Debe tenerse en cuenta que, si bien el Consejo de Estado en la sentencia de unificación estudiada, adujo que esta regla podría aplicarse teniendo en cuenta que podía solicitarse la prejudicialidad del proceso, esta figura jurídica tiene un término máximo de aplicación, al término del cual deberá decretarse la reanudación del proceso. Sin tener en cuenta que en este tipo de casos pueden pasar muchos años, incluso décadas, antes de recaudar el sustento probatorio que permita inferir la responsabilidad patrimonial del Estado en los hechos constitutivos de este tipo de delitos de lesa humanidad.

Por tal razón, entre muchas otras expuestas en párrafos previos, esta regla contenida en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no debería ser aplicada pues resulta poco garantista, incluso regresiva con respecto a la protección que anteriormente brindaba el Consejo de Estado en materia jurisprudencial, y atenta contra los derechos de las víctimas, muchas de ellas aún a la espera de conocer la verdad sobre las circunstancias que rodearon la muerte de sus seres queridos. Todo lo anterior aunado a la gravedad de este tipo de delitos que atentan contra los bienes más básicos de la humanidad.

Tales hechos generan un efecto restrictivo en el acceso a la administración de justicia y a la justicia material de las víctimas de este delito de lesa humanidad, y no se entiende cómo, aun con los avances y las normas de derecho internacional oponibles y de obligatorio cumplimiento para los Estados, se establece esta regla jurisprudencial de aplicación del término de caducidad al ejercicio de las acciones encaminadas a obtener la reparación estatal, en una teoría negacionista del conflicto armado interno y de las graves violaciones a derechos humanos a lo largo de la historia en el país, que es totalmente ajena al contexto histórico que vive Colombia.

Conclusiones

Si no se logra realizar un cumplimiento jurídico acorde a las normativas internacionales que velan por el cumplimiento y no vulneración de los derechos humanos en los países que se encuentren suscritos a sus tratados y entes que velan por ello, teniendo presente la normativa nacional o interior, se propiciaría un nuevo escenario para que se presenten una vez más los falsos positivos en igual o mayor medida que en años anteriores al proceso de paz y la entrada en rigor de la JEP. Es decir, es necesario velar por el cumplimiento del Estado frente a cada uno de los organismos a los que pertenecen que tienen como fin preservar los derechos humanos, pues es notable la carencia de acciones judiciales en el país ante los casos por las desapariciones extrajudiciales.

Frente a la caducidad de la pretensión de reparación directa estimamos que no debería operar dicho fenómeno, teniendo en cuenta los bienes jurídicos involucrados, la alta vulnerabilidad de las víctimas y la excepcionalidad de los casos de graves violaciones a los derechos humanos, concreta y especialmente, las ejecuciones extrajudiciales, comúnmente conocidas como “fal-

sos positivos”. Lo anterior con fundamento en la primacía de los derechos fundamentales y las garantías especiales a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición del que son titulares las personas protegidas por el Derecho Internacional sobre el principio de la seguridad jurídica y las normas de derecho procesal. Por lo tanto, iteramos la postura conforme a la cual la Seguridad jurídica que busca el fenómeno de la caducidad debe ceder frente a situación del interés de la humanidad entera, cuyos derroteros fueron previamente postura mayoritaria en el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y adicionalmente, el Estado debe acatar los compromisos internacionales adquiridos que tienen fuerza vinculante y rigen para los Estados.

Referencias bibliográficas

Arlettaz, F. (2010). Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad: una perspectiva latinoamericana. Proyecto Consolidar-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos”. Universidad de Zaragoza.

Barreto, O. R. (2019). Responsabilidad del Estado Colombiano Frente a las Desapariciones Extrajudiciales: Los “Falsos Positivos”. Universidad Libre.

Becerra Ramírez, J. J., Maldonado Urbina, W. J., Mejía Rivera, J. A., Padilla Eveline, J., Urquilla Bonilla, C. R., Carrión Maradiaga, G., Flores Acevedo, W., Long, S., Sánchez, S. y Cabrales Lucio, J. M. (2016). El control de convencionalidad en México, Centroamérica y Panamá. *Diakonia*, 1-255.

Comisión Colombiana de Juristas. 2020. https://www.coljuristas.org/observatorio_jep/documentos/documento.php?id=150

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (12 de marzo de 2021). No. 11001-03-15-000-2020-00688-01. [C.P. Ramiro Pazos Guerrero].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (7 de septiembre de 2015). No. 85001-23-31-000-2010-00178-01. [C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

Consejo de Estado. Sala Plena. Sección Tercera. (29 de enero de 2020). No. 85001-33-33-002-2014-00144-01(61033). [C.P. Marta Nubia Velásquez Rico].

Consejo Superior de la Judicatura. Sala Jurisdiccional Disciplinaria. (4 de marzo de 2010). No. 11001-01-02-000-2009-02385-01. [M.P. Angelino Lizcano Rivera].

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-091/18 <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-091-18.htm>

Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión. (20 de agosto de 2015). Sentencia T-535-2015. [M.P. Albero Rojas Ríos].

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2019). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 7: Control de Convencionalidad. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (29 de septiembre de 2006). Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (27 de noviembre de 2008). Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondos, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (20 de noviembre de 2013). Caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuencua del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (27 de junio de 2012). Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (28 de agosto de 2014). Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (18 de agosto de 2000). Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo.
- Corte Suprema de Justicia. Sala del Casación Penal. (23 de noviembre de 2016). No 44312. [M.P. Fernando Alberto Castro Caballero].
- Faúndez, H. (2004). El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos institucionales y procesales. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1575/si_proteccion_ddhh_3e.pdf
- García, Jaramillo Leonardo. (2016) La construcción de un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Revista de Derecho (46) http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972016000200292
- Huertas, O. (2013). El debate de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en Colombia: Análisis desde la perspectiva de los derechos humanos. *Pensamiento jurídico*, 37, 15-33.
- Jurisdicción Especial para la Paz. Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad, y de Determinación de los Hechos y Conductas. (12 de febrero de 2021). Auto No. 033. [M. P. Nadiezhda Henríquez Chacín].
- Jurisdicción Especial para la Paz s.f. <https://www.jep.gov.co/JEP/Paginas/Jurisdiccion-Especial-para-la-Paz.aspx#:~:text=La%20JEP%20tiene%20la%20funci%C3%B3n,ser%20superior%20a%2020%20a%C3%B1os>

- Londoño, G. (2011). Estado seguro - ciudadano amenazado: El paradigma de la seguridad y sus gestos simbólicos. *Daimon: Revista internacional de Filosofía*, 4, 119-129.
- Nash, C. (2009). Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007). Universidad de Chile.
- Noguera, S. P. (2019). (23 de mayo de 2019). El debate que trae a la luz el escándalo del “body count” en Colombia. Agencia Anadolu. <https://www.aa.com.tr/es/mundo/el-debate-que-trae-a-la-luz-el-esc%C3%A1ndalo-del-body-count-en-colombia/1487774>
- Olarte-Sierra, M. F. y Castro, J. E. (2019). Notas forenses: conocimiento que materializa a los cuerpos del enemigo en fosas paramilitares y falsos positivos. *Antípoda: Revista de antropología y arqueología*, 34, 119-140. <https://doi.org/10.7440/antipoda34.2019.06>
- Organización de las Naciones Unidas. (2005b). Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>
- Posada, R. (2010). Los delitos de lesa humanidad. *Cuadernos de Derecho Penal*, 4, 129-156. <https://doi.org/10.22518/20271743.382>
- Pérez-Leon, J. P. (2008). Las reparaciones en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional. *Revista American University International Law Review*, 23(1), 7-49.
- Quinche, M. F. (2014). El control de convencionalidad. *Temis*.
- Sánchez, J. (2015). Entre la recepción y la omisión de una obligación internacional: El control de convencionalidad en el Consejo de Estado. *Revista Academia & Derecho*, (6)11, 183-226.

Sánchez, S. y Cabrales Lucio, J. M. (2016). El control de convencionalidad en México, Centroamérica y Panamá. *Diakonia*, 1-255.

Tremolada, E. (2016). La internacionalización del derecho constitucional en Colombia: una garantía para los procesos de integración. Ejercicio comparado con los países andinos. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. 10(37), 203-128. <https://doi.org/10.35487/rius.v10i37.2016.11>

**LOS OBSTÁCULOS PARA
LA MATERIALIZACIÓN DEL
DERECHO A LA SALUD
GENERADO POR LOS TRÁMITES
ADMINISTRATIVOS DE LAS
ENTIDADES ADMINISTRADORAS
DE PLANES DE BENEFICIOS**

*Angela Manuela Rodríguez Ramos
Betty Esther Llerena*

Resumen

Se ha evidenciado con el paso de los años que las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios (EAPB), que día a día incumplen con su deber principal que es resguardar la salud de sus usuarios proporcionándoles una red de servicios donde se brinde un servicio con integralidad, calidad y oportunidad. Es claro que estas empresas que administran los recursos de la Salud en Colombia realizan contratos con red prestadora que no está en el municipio donde reside el usuario y exponen al mismo a traslados a otras ciudades porque en determinada ciudad es que tienen contrato de determinado servicio; siendo que en determinado municipio existen Instituciones Prestadoras de Salud con la complejidad y los servicios necesarios para prestarle determinada atención a ese usuario. Es por eso que con este artículo ahondaremos en el tema buscando que desde el Ministerio de Protección Social y la Superintendencia de Salud como entes de vigilancia tomen las respectivas acciones contra estas irregularidades.

Palabras clave

Salud, Entidades, Instituciones, Planes, Derecho a la Salud, Seguridad Social.

Abstract

It has been shown over the years that the Benefit Plan Administering Entities (EAPB), which day by day fail to fulfill their main duty, which is to protect the health of their users by providing them with a network of services where a comprehensive service is provided, quality and opportunity. It is clear that these companies that manage health resources in Colombia make contracts with a provider network that is not in the municipality where the

user resides and expose the user to transfers to other cities because in a certain city, they have a contract for a certain service; being that in a certain municipality there are Health Provider Institutions with the complexity and services necessary to provide certain care to that user. That is why with this article we will delve into the subject, seeking that the Ministry of Social Protection and the Superintendence of Health, as surveillance entities, take the respective actions against these irregularities.

Keywords

Health, Entities, Institutions, Plans, Right to Health, Social Security.

Introducción

Es claro que todo paciente debe cumplir con trámites administrativos para poder acceder a la prestación de un servicio de salud, pero estos trámites no pueden ser una barrera que viole principios fundamentales del servicio de salud como lo son la calidad, integralidad, accesibilidad y oportunidad.

Existen fallos de tutela que muestran como la Corte Constitucional recalca que la demora en esos trámites se va convirtiendo en barreras que de una u otra manera van deteriorando el estado de salud del paciente trayendo complicaciones que se vuelven más costosas para el mismo sistema.

Teniendo en cuenta los principios en la prestación de servicios de salud este debe ser eficiente, oportuno, integral y con calidad; de esta manera la negación de autorizaciones y los múltiples trámites administrativos que además son demorados vulneran el derecho fundamental como lo es gozar de un buen servicio de salud.

El problema que fue determinado en base a lo que se vive a diario con los usuarios de las distintas entidades administradoras de planes de beneficios que llegan a la ESE HOSPITAL DIVINA MISERICORDIA, del municipio de Magangué que se conoce como la institución líder de la región ya que cuenta con servicios de Cuarto nivel de complejidad en busca de recibir un servicio integral y poder satisfacer sus necesidades en salud en esa institución sin tener que ser remitidos a otra ciudad; ya que como reza en el Artículo 8 de la Ley Estatutaria de Salud, “el servicio de salud debe ser prestado atendiendo entre otros el principio de integridad”¹.

Atendiendo a todo esto el servicio de salud se debe prestar de manera eficiente, con calidad y de manera oportuna en su primera fase, durante y en el seguimiento hasta llegar a la recuperación del paciente. Estos principios buscan que desde las instituciones de salud se cuente con todas las tecnologías que el médico tratante determine como indispensables en busca de la mejora en la salud del paciente y así pueda disfrutar de una mejor calidad de vida y esto se logra con un diagnóstico certero y efectivo. Este diagnóstico efectivo se logra contando con las tecnologías necesarias realizadas de manera oportuna.

Por lo tanto, estas barreras lo que traen consigo el prolongar el sufrimiento de los pacientes que se refleja en consecuencias graves, que se convierten en complicaciones debido a que no se ha podido tratar este paciente de manera oportuna y muchas veces termina en la muerte de este paciente.

Muy a pesar que el Decreto 2106 de 2019 dicta normas para evitar estos trámites, esto en la práctica no se cumple por parte de las entidades administradoras de planes de 2beneficios, con este Decreto se buscó eliminar las barreras de acceso en todo

¹ https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Ley%201751%20de%202015.pdf

el país, buscando ahorrarle tiempo y costos a los usuarios y al sistema de salud.

En vista de la negación por parte de las entidades administradoras de planes de beneficios de determinado tipo de atenciones y/o violando los principios queriendo trasladar al paciente a otra ciudad contando con instituciones en su municipio que prestan ese servicio que necesita el paciente, les ha tocado recurrir a la acción de tutela como mecanismo de protección constitucional, esta se ha convertido² en la más usada buscando la protección efectiva de sus derechos fundamentales.

Las acciones de tutela es un indicador de evaluación de las entidades administradoras de planes de beneficios que brindan el aseguramiento a la población, con ella se evidencian fallas de las entidades y del sistema y además muestran la inoperancia de las entidades con funciones de vigilancia y control como lo son las secretarías de salud y la superintendencia de salud.³ En este artículo analizaremos las causas por las que las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, vulneran el derecho a la salud, de los usuarios atendidos en la ESE Hospital Divina Misericordia, del Municipio de Magangué-Bolívar, durante el periodo 2021 -2022. Identificando además la causa principal de estas negaciones, los servicios a los que más le son negadas las autorizaciones; que consecuencias trae consigo la negación de estas autorizaciones y cómo repercute en la salud del paciente.

La importancia de desarrollar este tema, no solo va enfocado en identificar los obstáculos o barreras administrativas de las entidades para que un usuario pueda acceder a un servicio, si no

2 https://vlex.com.co/vid/decreto-numero-2106-2019-827879717?from_fbt=1&forw=go&fb-t=webapp_preview&addon_version=5.0.6

en buscar que los entes territoriales como órganos de vigilancia y control identifiquen en sus auditorías todas estas irregularidades y sean reportadas a la Superintendencia de Salud que es quien ejerce el poder sancionatorio de las entidades administradoras de planes de beneficios, ya que no solamente están vulnerando el derecho a la salud de los usuarios sino que además se están viendo la malversación de los recursos de la salud ya que están incurriendo en gastos innecesarios como muchas veces notamos que es el traslado en ambulancia de ese paciente a otra institución fuera de su municipio, contando con instituciones de alta complejidad como lo es la ESE HOSPITAL DIVINA MISERICORDIA en el municipio de Magangué.

El sistema de Seguridad Social en Colombia tiene una normatividad amplia en la cual siempre se protege al usuario, pero al momento de solicitar las distintas atenciones se ven enfrentados a diversos obstáculos de carácter administrativo que aumentan la enfermedad del paciente y muchas veces con desenlaces como es la muerte. A pesar de contar con un sistema de salud universal, este es precario ya que no cumple en su integridad con los principios de integralidad, oportunidad, eficiencia, accesibilidad y calidad y esto impide el goce efectivo del derecho a la salud.

En este estudio también analizaremos cuales son las entidades administradoras de planes de beneficios que más incurren en esta modalidad de negar autorizaciones para la prestación de determinado servicio en una institución que cuenta con todos los servicios.

Como ya lo habíamos mencionado, no solo se busca identificar estos obstáculos o barreras administrativas si no presentarlas antes los entes correspondientes para que actúen frente a estas entidades que incumplen siempre en busca de la mejora de la atención en salud de forma oportuna y con calidad.

El derecho a la salud

De acuerdo a la Organización Mundial de la Salud, “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. Y que además se disfrute del más alto grado de salud sin tener en cuenta raza, cultura, ideología política o su estrato socioeconómico. La salud no solo es la curación de determinada enfermedad sino además el mantenimiento de la misma con la promoción de estilos de vida saludables de forma integral.

El Derecho a la Salud abarca muchos aspectos socioeconómicos que buscan estilos de vida saludables cuya finalidad es que las personas puedan llevar una vida sana, como lo es poder acceder a una alimentación balanceada, acceso a vivienda a disfrutar de agua potable y un medio ambiente sano.

La Corte Constitucional ha sido clara en decir que la salud es un derecho y servicio público en el cual toda persona tiene derecho al acceso a la atención en salud ya que este es un derecho constitucionalmente protegido y lo cual debe recibir la correspondiente prestación médica.

La Constitución Política de Colombia en su Artículo 49, dice que “la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado y este se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”. Es así como corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control, así mismo establecer

las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada por niveles de atención y con participación de la comunidad. La Ley señala los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria, toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de la comunidad.

Libre Escogencia

La Ley 100 de 1993 en su artículo 153 Numeral 4 dice *“Libre escogencia: El Sistema General de Seguridad Social en Salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurara a los usuarios libertad en la⁴ escogencia entre las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, cuando ellos sea posible según las condiciones de oferta de servicios. Quienes atenten contra este mandato se harán acreedores a las sanciones previstas en el artículo 230 de esta Ley”*. Es por esto que ninguna persona puede ser afiliada a una Entidad Administradora de Planes de beneficios (EAPB) sin su consentimiento, se conocen casos de empleadores que tienen cualquier tipo de relación con determinada entidad y cuando contratan a un trabajador de manera arbitraria le hacen el cambio de entidad.

Como sabemos las EAPB como actores en el Sistema de Seguridad Social en Salud, entre sus funciones están la del aseguramiento a la población y organizar la red de prestadores de ser-

4 https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=5248

vicios de salud y los profesionales de la salud que garantizaran la debida atención a los usuarios. Ante la Superintendencia de Salud se colocan las peticiones, quejas y reclamos cuando se atenta contra este derecho.

En la actualidad los usuarios desconocen este derecho, es por esto que desde la ESE HOSPITAL DIVINA MISERICORDIA del Municipio de Magangué, se está educando a los pacientes y a sus familiares con la ayuda de la liga de usuarios dictándoles charlas donde se les expone toda la normatividad que protege este derecho. Lo que tiene que ver con la libre elección de Entidad Administradora de Planes de Beneficios, como un elemento para incentivar la satisfacción del usuario, la calidad de la red, se requiere realizar métodos de medición y divulgación y organizar el diseño de indicadores pertinentes que sean del interés de los usuarios del servicio, para así poder fortalecer y afianzar el derecho a la libre elección de EAPB.

Ampliando más en este tema tenemos la Ley Estatutaria N. 1751 de 2015 Artículo 6. Elementos y principios del Derecho fundamental a la Salud, en su inciso h dice “Libre elección. Las personas tienen la libertad de elegir sus entidades de salud dentro de la oferta disponible según las normas de habilitación”.

Derecho a recibir un servicio con integralidad

La Ley 100 de 1993, Capítulo I, artículo 2. Dice textualmente “*El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación*”.

Igualmente, el Artículo 8 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 dice “El derecho fundamental y servicio público de salud se rige por

el principio de integralidad, según el cual los servicios de salud deben ser suministrados de manera completa y con “independencia del origen de la enfermedad o condición de salud”.

Teniendo en cuenta la ley Estatutaria, un punto importante y principal es la integralidad del derecho a la salud, donde se expresa que *“los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, independientemente del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador.*

No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario” (Ley 1751/2015).

Al paciente se le debe brindar no solo lo incluido en el Plan de Beneficios, sino además todo lo requiera el mismo para su recuperación y restablecimiento, sin estar esto ligado por un trámite demorado por parte de su entidad.

Derecho a contar con pluralidad de Institución Prestadora de Servicios de Salud-IPS

El Decreto 1485 de 1994, Artículo 14 en su numeral 5 dice: *“La Libre escogencia de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud. La Entidad Promotora de Salud garantizara al afiliado la posibilidad de escoger la prestación de servicios que integran el Plan Obligatorio de Salud entre un numero plural de prestadores, para este efecto la entidad deberá tener a disposición de los afiliados el correspondiente listado de prestadores de servicios que en su conjunto sea adecuado a los recursos que se⁵ espe-*

5 https://www.redjurista.com/Documents/decreto_1485_de_1994_ministerio_de_salud.aspx#/

ra utilizar, excepto cuando existan limitaciones en la oferta de servicios debidamente acreditadas ante la Superintendencia Nacional de Salud”.

La Entidad Administradora de Planes de Beneficios está en la obligación de conocer el estado de salud de sus asegurados, y prevenir que estos no se enfermen, pero si ya esto sucede debe garantizar una red prestadora de servicios de salud donde se brinde un tratamiento pertinente y oportuno de acuerdo a sus condiciones de salud. Por esto las EAPB deben fortalecer los sistemas de información e incentivar la calidad de la atención de sus prestadores y vigilar que estos cumplan con los estándares siempre buscando que su asegurado llegue a esa institución y reciba una atención oportuna y con calidad. Ante las repetidas quejas presentadas por los usuarios de salud con relación al servicio que prestan las EAPB, dentro de estas están la falta de acceso, la oportunidad, el trato digno; hoy día los usuarios desconocen estos derechos que tienen en cuanto a la elección de su institución prestadora.

Este artículo será un insumo que orienta y que además busca que las entidades competentes y los actores de sistema general de seguridad social fortalezcan esta herramienta como lo es la libre escogencia y buscar que el usuario se empodere, teniendo toda la información y las herramientas necesarias cuando les toca enfrentarse que su EAPB no cumpla ni satisfaga sus necesidades en el marco de los derechos y condiciones que debe garantizar su aseguradora. Este derecho busca la calidad en la atención y transmitirles a los usuarios en un lenguaje claro y entendible.

Derecho de los usuarios de recibir su atención en el lugar de residencia

Resolución 2481 de 2020, Artículo 14, “*Garantía de servicios en el municipio de residencia, para permitir el acceso efectivo a los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la UPC, las EPS o las entidades que hagan sus veces, deberán garantizar que sus afiliados tengan acceso en su municipio de residencia a por lo menos los servicios de salud señalados en el artículo 19 del presente acto administrativo, como puerta de entrada al SGSSS, así como a los procedimientos que pueden ser ejecutados en servicios de baja complejidad no especializado, de acuerdo con la oferta disponible, las normas de calidad vigentes y las relacionadas con integración vertical*”.⁶

La ESE HOSPITAL DIVINA MISERICORDIA, en el Municipio de Mangué cuenta con servicios de alta complejidad y los usuarios que llegan a la institución encuentran toda la tecnología necesaria para satisfacer todas las necesidades en materia de atención en salud, y día a día toca vivir situaciones como que las entidades administradoras de planes de beneficios nieguen autorizaciones de servicios habilitados por la simple razón que tienen contrataciones por pago global prospectivo en instituciones en la ciudad de Cartagena y solicitan la remisión del paciente, incurriendo en gastos de ambulancias y muchas veces los familiares no tienen las condiciones para trasladarse a otra ciudad. La Sentencia T015 de 2021 donde el legislador habla acerca de “Uno de los elementos esenciales del principio de integralidad del servicio de salud es la garantía de su prestación sin interrupciones y es por ello que el legislador estatutario estableció el principio de continuidad, como el derecho a recibir los servicios de salud de manera

6 https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%20No.%202481%20de%202020.pdf

continua, de manera que “una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas.”

Comportamiento de las EAPB con relación a la negación de servicios en la ESE Hospital Divina Misericordia

Tomando información desde Departamento de Referencia y Contra referencia de la ESE HOSPITAL DIVINA MISERICORDIA del Municipio de Magangué durante el periodo de Enero 2021 hasta Junio de 2022, para identificar cuáles son las principales entidades de planes de beneficios que niegan las autorizaciones a los pacientes hemos encontrado la información que se detalla en la Tabla 1:

Tabla 1. Modulo Gerencial- SIOS

EAPB	AUTORIZACIONES NEGADAS
MUTUAL SER	3372
NUEVA EPS	2163
CAJACOPI	1700
COOSALUD	1648
OCGN	325
	9208

Fuente:

La información que se detalla en la anterior tabla, la cual se recoge del Software Sios en su módulo Gerencial, se muestra que en el periodo de enero de 2021 a Junio de 2022, las entidades de planes de beneficios han negado 5.886 autorizaciones de atenciones que han sido solicitadas, siendo Mutual Ser con 3.372

negaciones, seguida de la Nueva EPS con 2163 negaciones, Cajacopi 1700 negaciones, Coosalud 1648 negaciones y Organización Clínica General del Norte con 325 negaciones. Los servicios donde más se evidencia la negación de las autorizaciones en su orden son:

Servicio ambulatorio

La negación de autorizaciones en este servicio se presenta por las EAPB tener contratos por Pago Global Prospectivo con instituciones privadas en el mismo municipio y los usuarios haciendo uso de su derecho de libre elección solicitan las atenciones en la ESE HOSPITAL DIVINA MISERICORDIA, las cuales a pesar de ser negadas prestan el servicio aportando a la factura el formato firmado por el paciente. En la siguiente tabla (Tabla 2) se muestra el comportamiento por EAPB y por Especialidades de las atenciones que fueron negadas: El estudio arroja que la EAPB que más negó autorizaciones para el servicio ambulatorio fue MUTUAL SER, con una participación del 36,69% representada en 3355 negaciones, seguida de NUEVA EPS, con un porcentaje de 23,28% representada en 2129 negaciones, le sigue CAJACOPI con un porcentaje de participación del 18,63% representada en 1704 negaciones, como se puede ver en la siguiente tabla:

Tabla 2. Modulo Gerencial- Software SIOS

EAPB	CANTIDAD	%PARTICIPACION
MUTUAL SER	3355	36,69%
NUEVA EPS	2129	23,28%
CAJACOPI	1704	18,63%
COOSALUD	1616	17,67%

EAPB	CANTIDAD	%PARTICIPACION
ORGANIZACIÓN GENERAL DEL NORTE	334	3,65%
TOTAL	9138	100%

Fuente:

De acuerdo al tipo de especialidad la especialidad que mas fue negada por parte de las EAPB; Imágenes diagnosticas, con una participación del 18,42% representada en 1684 negaciones; le sigue Pediatría con un 10,92% representada en 999 negaciones, Ginecología y Obstetricia con un porcentaje de 10,64% representada en 973 negaciones, Medicina Interna 7,39% representada en 676 negaciones, las especialidades que fueron negadas se pueden evidenciar en la siguiente tabla:

Tabla 3. Consultas especializadas negadas.

ATENCIONES NEGADAS POR ESPECIALISTA		
ESPECIALIDAD	NRO	%
RADIOLOGIA E IMAGENES DIAGNOSTICAS	1057	11.56%
PEDIATRIA	999	10.92%
GINECOLOGIA Y OBSTETRICIA	973	10.64%
MEDICINA INTERNA	676	7.39%
RADIOLOGIA	627	6.86%
ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGIA	615	6.72%
UROLOGIA	494	5.40%
CARDIOLOGIA	481	5.26%
OFTALMOLOGIA	336	3.67%
CIRUGIA GENERAL	306	3.35%
NEUROLOGIA	272	2.97%
GASTROENTEROLOGIA	267	2.92%
OTORRINOLARINGOLOGIA	231	2.53%

ATENCIONES NEGADAS POR ESPECIALISTA

ESPECIALIDAD	NRO	%
FISIOTERAPEUTA	203	2.22%
DERMATOLOGIA	184	2.01%
ELECTROCARDIOGRAMA	172	1.88%
NEUROCIRUGIA	154	1.68%
OPTOMETRÍA	132	1.44%
CARDIOLOGIA PEDIATRICA	113	1.24%
PSIQUIATRIA	106	1.16%
ANESTESIOLOGIA	99	1.08%
PSICOLOGIA	86	0.94%
NEFROLOGIA	84	0.92%
CIRUGIA PEDIATRICA	71	0.78%
MEDICINA GENERAL	68	0.74%
NUTRICION CLINICA	68	0.74%
CIRUGIA MAXILOFACIAL	56	0.61%
REUMATOLOGIA	46	0.50%
RETINOLOGIA	42	0.46%
ENDOCRINOLOGIA	41	0.45%
NEUROPSICOLOGIA	31	0.34%
CIRUGIA VASCULAR	20	0.22%
NEUMOLOGIA	9	0.10%
OCULOPLASTIA	8	0.09%
CIRUGIA CARDIOVASCULAR	6	0.07%
CIRUGIA DE CABEZA Y CUELLO	5	0.05%
TOTAL	9138	

Fuente: SIOS

Servicio de hospitalización:

En el servicio de hospitalización se presenta la negación de servicios por parte de las EAPB para los servicios de Hemodinamia,

Traslados en ambulancia, Unidad de Cuidados Intensivos Neonatal, además para la autorización de procedimientos de ortopedia ya que las EAPB no autorizan los materiales de osteosíntesis a la ESE HOSPITAL DIVINA MISERICORDIA, que cuenta con un proveedor las 24 horas del día dentro del mismo hospital, ya que ellos tienen contratos con casas ortopédicas fuera del municipio de Magangué, trayendo esto como consecuencia la falta de oportunidad en la realización del procedimiento quirúrgico y muchas veces el deterioro de la salud del paciente por la barrera administrativa antes descrita.

Tabla 4. Modulo Gerencial- Software SIOS

SERVICIO	EAPB	CANTIDAD
HEMODINAMIA	COOSALUD	10
	NUEVA EPS	15
		25
UCI NEONATAL	MUTUAL SER	6
	NUEVA EPS	7
		13
ORTOPEDIA	CAJACOPI	10
		10
TRASLADOS	CAJACOPI	15
		15
GENERAL		63

Como se detalla en la tabla en el periodo estudiado para el servicio de HEMODINAMIA, se negaron 25 atenciones, Coosalud EPS negó 10 y Nueva Eps 15, en estos casos los pacientes usaron su

derecho a la libre elección y diligenciaron el formato donde describían su deseo que en la ESE HOSPITAL DIVINA MISERICORDIA, les realizaran los procedimientos y no permitieron el traslado a otra ciudad. Para el servicio de UCI NEONATAL, Mutual Ser negó 6 autorizaciones y Nueva Eps negó 7 autorizaciones para que en el Hospital se les diera la atención y estas administradoras solicitaron la remisión de los pacientes a otra institución fuera del municipio. En el caso de Ortopedia, la Eps Cajacopi negó 10 autorizaciones para la realización de procedimientos quirúrgicos ya que no autorizaron que el Hospital suministrara los materiales de osteosíntesis, ya que la EAPB tiene sus proveedores fuera del municipio, la ESE HOSPITAL DIVINA MISERICORDIA, decidió realizar los procedimientos y suministrar los materiales de osteosíntesis ya que la demora por parte de la EAPB prolongaba la estancia del paciente y el riesgo a contraer una infección intrahospitalaria. Con los traslados en ambulancias durante el periodo estudiado la EAPB Cajacopi, negó 15 autorizaciones para traslados medicalizados ya que muy a pesar que la ESE HOSPITAL DIVINA MISERICORDIA, cuenta con las ambulancias, la EAPB tiene contrato con otra Institución y da la orden de no utilizar las del Hospital sino esperar la del prestador con los que tienen contrato.

Todas estas atenciones independientemente de la negación de la autorización por parte de las entidades administradoras de planes de beneficios a ESE HOSPITAL DIVINA MISERICORDIA, presto los servicios ya que prima la atención del paciente frente a cualquier trámite administrativo; y el Hospital busca las medidas legales posteriormente para hacer el cobro efectivo de estas atenciones.

Linea jurisprudencial

Teniendo como base la Ley Estatutaria en Salud 715 de 2015, que su fin es que el Estado Colombiano vea a la salud como un derecho fundamental para todos, brindando garantías; que esto no este sujeto a trámites administrativos como autorizaciones ni a pagos, y que no es solo la prestación de un servicio si no que sea un servicio con accesibilidad, equidad, oportunidad y calidad.

Pero a diario vemos que esto no se cumple y que no solo los pacientes sino además el personal de la salud se ve vulnerado y estos principios de la atención en salud solo quedan en un registro más y con una medición que esta muy lejos de la realidad.

Se espera en Colombia que la nueva reforma a la salud traiga verdaderos cambios y no se convierta en una norma más que solo queda reflejada en los distintos instrumentos de medición que se aplican en las visitas que realizan los entes de control y no se ve el resultado esperado que es la calidad en la prestación del servicio, ya que para poder llegar a la calidad debe haber acceso al servicio además que este sea oportuno y equitativo.

Esta Ley Estatutaria 715 de 2015 lo dice que no solo basta con la atención del paciente si no que deber una atención integral a través de la promoción, prevención, diagnóstico, recuperación, rehabilitación y paliación de la enfermedad. Se está vulnerando el derecho a la salud cuando algún trámite o procedimiento de una entidad administradora de planes de beneficios que crea procedimientos que obstaculizan la prestación del servicio, sin estos trámites tener un respaldo legal para hacerlo; como es el caso de la mora por parte del empleador en el pago de aportes, esto no se puede trasladar al usuario, ya que el trabajador siempre tiene derecho a que lo atiendan cuando requiera una atención.

Como es sabido las administradoras de planes de beneficios están reguladas por el Ministerio de Protección Social y la Superintendencia de Salud, pero en la práctica no se su función de vigilancia y control y se crean normas y normas que ya esto se ha convertido en un cementerio de normas que no se aplican.

El Decreto 1599 del 5 de Agosto de 2022, dicta los lineamientos para garantizar el acceso a los servicios de salud a todos los colombianos implementando la operación de la POLITICA DE ATENCION INTEGRAL EN SALUD, que lo que busca es reducir las brechas de acceso e inequidad que existen en el país. Este decreto aplica a todos los actores del sistema de salud que son responsables y de la prestación del servicio.

Con la puesta en marcha de este decreto de la POLITICA DE ATENCION INTEGRAL DE SALUD- PAIS, se busca generar mejores condiciones de atención a la población, garantizando promoción, prevención de la enfermedad, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación y la manera de lograr esto es con accesibilidad, oportunidad, continuidad, integralidad y capacidad resolutive por parte de los actores del sistema de salud.

Los honorables jueces de la Republica a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, han siempre defendido que se proteja el derecho a la salud, el derecho a la vida digna, siempre viéndolo como un derecho autónomo a otros derechos y que este no dependía de ningún otro y por lo tanto se podría tutelar en sí mismo.

Sentencia C-313 de 2014

Reconoce la fundamentabilidad autónoma del derecho de salud en Colombia, que debe ser respetado y protegido y cada vez que

se vea vulnerado se puede invocar por medio de una acción de tutela, este derecho tiene una doble implicación ya que es un derecho público y que es vigilado por el Estado; y por la otra que es un derecho fundamental y que es irrenunciable y siempre debe ser oportuno, accesible y de calidad siempre buscando un mejor nivel de salud. Esta sentencia es ratificada por la Sentencia T-361 de 2014, donde se dice que, siendo un derecho fundamental, el derecho al diagnóstico como pilar fundamental del derecho a la salud, es básico para así poder llegar a que el paciente tenga una recuperación definitiva de una enfermedad y además mejorar su calidad de vida. Siendo esto así, la negación de un servicio por cualquier causa impide que se realice oportunamente el tratamiento adecuado y preciso que se requiera.⁷

Sentencia T-012 de 2020

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y PROTECCION ESPECIAL FRENTE A LAS ENFERMEDADES CATASTROFICAS O RUINOSAS-Protección constitucional

La jurisprudencia constitucional ha considerado que, el derecho a la salud es un elemento estructural de la dignidad humana que reviste la naturaleza de derecho fundamental autónomo e irrenunciable, cuyo contenido ha sido definido y determinado por el legislador estatutario y por la jurisprudencia de esta Corte. En ese sentido, el servicio público de salud, consagrado en la Constitución Política como derecho económico, social y cultural, ha sido desarrollado jurisprudencial y legislativamente, delimitando y depurando tanto el contenido del derecho, como su ámbito de protección ante la justicia constitucional. En estos términos, esta Corte al

⁷ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-361-14.htm#:~:text=El%20derecho%20al%20diagn%C3%B3stico%20como,preciso%20que%20requiere%20el%20afectado.>

estudiar los complejos problemas que plantean los requerimientos de atención en salud, se ha referido a dos dimensiones de amparo, una como derecho y otra como servicio público a cargo del Estado. En cuanto a la salud como derecho fundamental, este debe ser prestado de manera oportuna, eficiente y con calidad, con fundamento en los principios de continuidad e integralidad; mientras que, respecto a la salud como servicio, se ha advertido que su prestación debe atender a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.⁸

En esta Sentencia el accionante presentó acción de tutela contra COMPARTA EPS, por considerar la vulneración al derecho a la salud y a la vida digna, debido a que no se le entrega el medicamento ordenado por su médico tratante, para tratar la enfermedad que padece. El paciente fue diagnosticado con Leucemia Linfocítica Crónica y Leucemia de Células Peludas, enfermedad catastrófica por lo que se ordena el uso de medicamentos oncológicos. COMPARTA EPS, genera las autorizaciones para la entrega de los medicamentos, pero sus prestadores de suministro de medicamentos no hacen la entrega real del medicamento, se limitan a recibir las ordenes médicas y lo dejan en lista de espera hasta que los medicamentos estén disponibles; esto ha generado deterioro de su salud y el avance de la enfermedad.

En primera instancia el juzgado niega la acción de tutela de amparo, argumenta que COMPARTA EPS, no ha vulnerado los derechos a la salud y vida digna ya que el medicamento ha sido autorizado y que la no entrega no obedece a factores intrínsecos de la EPS, si no a entes externos.

La Sala analiza el caso y considera que COMPARTA EPS si ha vulnerado los derechos a la salud y a la vida digna ya que no han

⁸ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-012-20.htm>

hecho entrega de los medicamentos para la enfermedad que padece y la Corte concluye que debido al padecimiento de la enfermedad catastrófica demanda compromiso y un trámite superior que no tiene espera y ordena a la EPS realizar todas las gestiones para garantizar la entrega del medicamento en la periodicidad y cantidad ordenada por el médico tratante.

Las entidades administradoras de planes de beneficios (EPS), debe contar con una red prestadora que supla las necesidades de los pacientes, ya que por no entregar ellos los medicamentos directamente eso no lo exime ya que las EPS son los responsables de la atención oportuna, eficiente eficaz y con calidad y para esto debe evaluar periódicamente su red prestadora. Las entidades administradoras de planes de beneficios están en la obligación de realizar las visitas de calidad a su red prestadora para evidenciar las oportunidades de mejora y dejarle los respectivos planes de mejoramiento y hacer el seguimiento para que estos cumplan con la prestación oportuna y con calidad del servicio contratado.

Sentencia T-277/22⁹

Donde se revisa el fallo dictado el 1 de Febrero de 2022, en segunda instancia, por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Montería, que confirmó la providencia del 9 de Diciembre de 2021 proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Montería, mediante el cual negó la acción de tutela donde se solicitaba transporte para una paciente de 65 años, afiliada a la EPS SANITAS, quien fue diagnosticada con diabetes mellitus, obesidad mórbida e insuficiencia renal crónica estadio 5, debido a la insuficiencia renal crónica se le ordenan hemodiálisis, para lo que debe asistir con un acompañante 3 días a la semana a la Unidad Renal Fresenius

9 <https://vlex.com.co/vid/909055633>

Medical Care de la ciudad de Montería. La paciente reside en una zona apartada del municipio donde el desplazamiento hacia la unidad de diálisis es difícil y costoso, por lo que solicito transporte a EPS SANITAS, pero esta se lo negó. Y le fue negada la tutela a la paciente por razones expuestas por la EPS. Después de la revisión la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución; Resolvió revocar la sentencia donde se negaba la acción de tutela y en su lugar Amparar los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la accionante y se le exigió a la EPS SANITAS, autorizar los transportes de la paciente y un acompañante entre su residencia hasta la Unidad Renal Fresenius Medical Care ubicados en el municipio de Montería ida y vuelta, las veces que lo requiera para su tratamiento de hemodiálisis.

Sentencia T-118 de 2022 de Corte Constitucional, 29 de Marzo de 2022

Acción de tutela en contra de MEDIMAS EPS, en el año de 2020 exactamente 6 de Febrero, se instauró acción de tutela para un paciente quien sufre esquizofrenia paranoide. MEDIMAS EPS, le ha brindado los servicios para tratar su patología a través del Hospital Departamental de Villavicencio, con su médico tratante la psiquiatra J.P.S.P, quien en consulta del 5 de Diciembre de 2019, ordena seguir con su proceso psiquiátrico con la misma medica tratante “por dificultades en la conciencia de enfermedad, en la asistencia al seguimiento y la adherencia al tratamiento”, con cita control en dos meses. MEDIMAS EPS, expide autorización de servicios, pero cambia al paciente de prestador, la orden la genera para IPS MEDICOOP LTDA. Se solicita el cambio de autorización por medio de un oficio, pero no hay respuesta por parte de la EPS MEDIMAS. Con base a lo anterior se solicitó se tutelara el derecho fundamental a la salud y se ordena a MEDIMAS EPS,

cumplir con el tratamiento instaurado por el médico tratante y que se remitiera el paciente al Hospital Departamental de Villavicencio para su cita de control. La EPS expone que no ha negado el servicio solo que tienen contratados estos servicios con MEDICOOP IPS LTDA. En única instancia el Juez Quinto Civil Municipal de Villavicencio negó el amparo solicitado ya que considero que MEDIMAS EPS remitió a su afiliado a otra IPS, de su red prestadora de servicios lo que no violaba el derecho fundamental, dado que la consulta no fue negada.

La sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar estos fallos, siempre buscando si se vulnera o no el derecho fundamental en el caso que MEDIMAS EPS, autoriza el tratamiento, pero cambia al paciente de IPS TRATANTE. Esta Sala Resuelve ordenar a MEDIMAS EPS, que dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de este fallo autorice las citas médicas de la especialidad de psiquiatría de acuerdo al concepto del médico tratante y sea el Hospital Departamental de Villavicencio quien efectúe la atención del paciente. Todo esto además aplica al derecho de libre elección que tiene todo usuario de escoger dentro de la red de prestadores de la EAPB la institución donde le sea prestado un mejor servicio.

Sentencia T-017 de 2021

Principio de la Continuidad del Derecho a la Salud, El principio de continuidad en la prestación de los servicios de salud reviste una especial importancia debido a que favorece el inicio, desarrollo y terminación de los tratamientos médicos de forma completa. Lo anterior, en procura de que tales servicios no sean interrumpidos por razones administrativas, jurídicas o financieras. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia constitucional desapruban las limitaciones injustas, arbitrarias y desproporcionadas de

*las EPS que afectan la conservación o restablecimiento de la salud de los usuarios.*¹⁰

Es deber de las EAPB, garantizar a los pacientes el acceso efectivo a los servicios de salud bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. En esta sentencia la accionante interpone acción de tutela contra la EPS SOS, solicitando la protección de sus derechos fundamentales a la salud presuntamente vulnerados por la EPS SOS; la accionante desde su nacimiento padece de una condición de discapacidad *CIFOESCOLIOSIS TORACOLUMBAR SEVERA*, y actualmente cuenta con diagnóstico médico de otras CIFOSIS. En el mes de octubre de 2019 cambió la IPS que prestaba el servicio de transporte ambulatorio y la nueva institución prestadora, Cardio Urgencias Tuluá S.A.S., exige, como requisito de traslado, que la paciente cuente con un acompañante dentro del primer o segundo grado de consanguinidad. Frente a tal requerimiento la accionante solicitó la exoneración por no contar con un familiar que tenga dicha disposición; sin embargo, la entidad indicó que esa autorización debía darla la EPS a la que se encuentra afiliada. La afectada paso un derecho de petición donde pedía la exoneración de ese requisito ya que no cuenta con familiar con las condiciones físicas para acompañarla.

La EPS no acepto la solicitud y se le suspendió el tratamiento a la paciente. *Inconforme con la respuesta de la EPS y padeciendo las consecuencias de tener suspendido el tratamiento terapéutico por no contar con acompañante, Carmen Lucía Zuluaga Mejía decidió interponer acción de tutela (con medida provisional de asignación de un enfermero acompañante para dar continuidad a su tratamiento). La accionante solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida en con-*

¹⁰ [https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/T-017-21.htm#:~:text=Este%20se%C3%B1ala%20que%20las%20personas,o%20econ%C3%B3micas%20\(se%20resalt%20a\).](https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/T-017-21.htm#:~:text=Este%20se%C3%B1ala%20que%20las%20personas,o%20econ%C3%B3micas%20(se%20resalt%20a).)

diciones dignas, cuya pretensión consistió en que la EPS accionada otorgara un enfermero como acompañante para los traslados a sus terapias, ya que ella no cuenta con una persona que tenga la disponibilidad para hacerlo.

Esta fue negada, el juez de segunda instancia argumento que no es responsabilidad de la EPS otorgar acompañante.

La Sala resuelve ordenar a la EPS SOS y a la IPS Cardio Urgencias Tuluá SAS que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación se suspenda o suprima el requisito de acompañante familiar o conocido en el medio de transporte ambulatorio básico.

Sentencia T-195 de 2021

El paciente instaura acción de tutela en contra de NUEVA EPS, solicitando protección de los derechos a la vida digna y a la salud ya que el Hospital Clarita Santos ESE, le niega la entrega de los medicamentos ya que la NUEVA EPS, en su listado de medicamentos contratados con la institución con los tiene pactados y que los entregados anteriormente hacían parte de una medida de contingencia empleada para colaborarles a los pacientes en ocasión de la pandemia producto del virus SARS-COV-2. El accionante presento derecho de petición ante la institución solicitando la entrega de los medicamentos, a lo que la institución responde que paso solicitud a NUEVA EPS, que amplie el listado de medicamentos contratados y así poder resolver el suministro a los pacientes, sin obtener respuesta alguna.¹¹

La acción de tutela fue admitida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Sandoná, ordenando vincular a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud

¹¹ <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/T-195-21.htm>

ADRES, a la IPS HOSPITAL CLARITA SANTOS y a la Alcaldía Municipal de Sandoná, y se ordena notificar a la Superintendencia de Salud del trámite del proceso de amparo. La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional resuelve:

- Revocando la sentencia proferida en única instancia donde se declara improcedente la acción de tutela contra NUEVA EPS.
- Ordenando a NUEVA EPS, que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de la providencia haga entrega de los medicamentos en el municipio de Sandoná (Nariño), y garantizar la entrega periódica de conformidad con lo ordenado por el médico tratante, a través de la red prestadora que se encuentre en el municipio.

La Sala considero que se desconoce el derecho a la salud del accionante debido al riesgo que representa para su vida no consumir como lo ordena el médico los medicamentos necesarios para su tratamiento, mostrando aquí claramente la barrera administrativa que muestra la decisión de la NUEVA EPS de mandar al paciente hasta la ciudad de Pasto a recibir el medicamento y además esto es un incumplimiento al principio de accesibilidad. Son muchas las acciones de tutela que se presentan a diario en Colombia en busca de la protección del derecho a la salud, estas se presentan debido a las barreras que se presentan para poder acceder realmente a gozar de este derecho.

Muy a pesar a la importancia de este derecho fundamental son múltiples las violaciones del mismo que recurren en el detrimento de la salud de las personas afectadas. La función principal de una entidad administradora de planes de beneficios, es la de velar que sus afiliados tengan acceso a su atención y esto se logra con una red de prestadores que cumpla con todos los atributi-

vos de calidad como lo son la oportunidad, accesibilidad, pertinencia, seguridad, efectividad, y cada entidad administradora de planes de beneficios debe vigilar esta red de prestadores realizando periódicamente las visitas.

Conclusiones

La Organización Mundial de la Salud, dice que las condiciones necesarias para llegar a la Calidad de la Atención en Salud son una atención profesional humanizada, el uso racional de los recursos, bajo riesgo para el paciente y satisfacer las necesidades del paciente, accesibilidad, oportunidad en la atención, continuidad y la integralidad en la atención. Es por eso que en este estudio buscamos que tanto las administradoras de planes de beneficios y las instituciones prestadoras cumplan con cada uno de estos atributos de calidad.

Es por esta razón que este artículo va dirigido a los usuarios, pacientes, funcionarios de las administradoras de planes de beneficios, instituciones prestadoras de salud, entes territoriales, organismos de vigilancia y control ya que en Colombia los obstáculos que hay para acceder a los servicios de salud son múltiples. Día a día podemos ver que en las oficinas de atención de las entidades administradoras de planes de beneficios como los usuarios atraviesan barreras para solicitud de atención y poder acceder al sistema de salud, ya que se viola el principio de la continuidad ya que, en múltiples ocasiones por el tema de las autorizaciones para las consultas especializadas, realización de procedimientos quirúrgicos trayendo esto como consecuencia el deterioro de la salud del paciente.

Se puede evidenciar que a pesar que el Sistema de Salud en Colombia esta reglado y está basado en la universalidad, son los mismos actores del sistema los que llevan a cabo las prácticas indebidas

que siempre recaen en la calidad de la atención que se ve afectada y toca acudir a medios como la acción de tutela para poder reclamar un derecho constitucional como lo es el derecho a la salud.

Frente a todo lo dicho es muy importante precisar que a pesar de que el Estado es responsable y garante de la atención en salud además de los particulares como las entidades administradoras de planes de beneficios es cada ciudadano quien debe exigir el cumplimiento a lo establecido en la normatividad; ya que es deber de todo ciudadano velar por el autocuidado, el de su familia y el de su comunidad.

Podemos ver que en la ESE HOSPITAL DIVINA MISERICORDIA del Municipio de Magangué, prima el paciente ante cualquier trámite administrativo y se han encargado que los mismos conozcan sus derechos y deberes trabajando con las ligas de usuarios y realizando capacitaciones.

Referencias bibliográficas

Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

Declaración Universal de los Derechos humanos.
<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Constitución Política de Colombia de 1991. Art 49 4.

Ley 1122 de 2007, Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones, disponible en secretaria del senado.

Ley 1438 de 2011. Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones, disponible en secretaria del senado.

Ley Estatutaria de Salud 715 de 2015, por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones, disponible en secretaria del senado.

Ley 2026 de Julio de 2020, **Por medio de la cual se modifica la Ley 1388 de 2010, se establecen medidas para garantizar la prestación de servicios de salud oncopediátrica y se declara la atención integral como prioritaria a los menores con cáncer y se dictan otras disposiciones -Ley Jacobo**, disponible en secretaria del senado.

Decreto 1485 de 1994, **Por el cual se regula la organización y funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud y la protección al usuario en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud**. Disponible en secretaria del senado

Decreto 1011 de 2006 Por el cual se establece el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud. disponible en secretaria del senado

Decreto 1122 de 2006 Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. Disponible en secretaria del senado

Decreto 780 de 2016, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social. https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Decreto%200780%20de%202016.pdf

Decreto 1249 de 18/07/2018, **Por el cual se establecen para el año 2018 los costos de la supervisión y control, realizados por la Superintendencia Nacional de Salud a las entidades vigiladas**, disponible en secretaria del senado.

Decreto 2106 de 2019, **Por el cual se dictan normas para simplificar, suprimir y reformar trámites, procesos y procedimientos innecesarios existentes en la administración pública”**

Resolución 768 7/03/2018, por la cual adoptó las reglas y condiciones generales para la operación del sistema de afiliación transaccional SAT-<https://actualicese.com/resolucion-768-de-07-03-2018>.

Resolución 5265 del 27 /11/2018 Por la cual se actualiza el listado de enfermedades huérfanas y se dictan otras disposiciones, <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/resolucion-5265-de-2018.pdf>

Resolución 2481 de 2020 Por la cual se actualizan integralmente los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capilación (UPC),https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%20No.%202481%20de%202020.pdf

Corte Constitucional y Sentencias T-760 Sentencia, **Expediente T-1315769** (Maria Victoria Calle Correa)

Sentencia T-361 expediente T-4.216.454 (JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB 2014)

Sentencia T-122 expedientes T-7.820.136, T-7.828.912 y T7.841.364 (DIANA FAJARDO RIVERA 2021)

Sentencia C-463 expediente D-10001 (MARÍA VICTORIA CALLE CORREA 2014)

Alcances del derecho a la salud en Colombia. (Elena Cárdenas Ramírez 2013)

El derecho a la salud en Colombia: Evolución y Defensa frente a un Estado que dista de ser garante. José Domingo Julio Pretel. <https://docs.bvsalud.org/biblioref/2020/04/1087958/derecho-a-la-salud.pdf>.

Alcances del derecho a la salud en Colombia. Elena Cárdenas Ramírez.

Jaramillo Pérez, I. Tendencias en la reorganización de los sistemas de salud.

Fresneda Bautista, O. (diciembre 2003). La Focalización en el Régimen Subsidiado de Salud: Elementos para un Balance. Pontificia Universidad Javeriana, Revista Gerencia y Políticas de salud, número 5.

Londoño, J. y Frenk, J. Pluralismo Estructurado: Hacia un modelo innovador para la reforma de los sistemas de salud en América Latina. Banco Interamericano de Desarrollo Oficina del Economista Jefe, Documento de Trabajo 353.

Ministerio de Salud. (1994). La reforma a la seguridad social en salud. Tomo 1: Antecedentes y resultados. Santafé de Bogotá.

LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA: AVANCES Y DESAFÍOS PARA UNA MEJOR GOBERNANZA ESTATAL

*Cesar Alberto Salcedo Monsalve
Franklin De Jesus Narváez Orozco*

Resumen

Con el fin de determinar los aportes, avances y desafíos en términos de gobernanza pública que enfrenta la contratación estatal en Colombia, este artículo busca hacer una reflexión sobre la trascendencia y panorama de los contratos estatales como instrumentos de cumplimiento de los fines del Estado y cometido social en la prestación de servicio a la comunidad a la luz del ordenamiento jurídico colombiano. El impulso y avance en los últimos años de los medios y sistemas electrónicos en materia contractual que generado por la pandemia Covid-19 y los retos que aún subsisten en materia legislativa y de lucha contra la corrupción, son abordados en esta investigación jurídica de tipo explicativo en el que se establecerán las incidencias, avances y desafíos actuales de la contratación estatal que propicie una mejor gobernanza pública en Colombia.

Palabras clave

Administración Pública, Acto Administrativo, Contrato Estatal, Contratación Pública Electrónica, SECOP, Gobernanza Pública.

Abstract

In order to determine the contributions, advances and challenges in terms of public governance faced by state contracting in Colombia, this article seeks to reflect on the importance and panorama of state contracts as instruments of fulfillment of the State's purposes and mission. In the provision of service to the community in light of the Colombian legal system. The momentum and progress in recent years of the electronic media and systems in contractual matters generated by the Covid-19 pandemic and the challenges that still remain in legislative matters and the fight against corruption, are addressed in this explanato-

ry legal research in which the incidences, advances and current challenges of state contracting that promote better public governance in Colombia will be established

Key Word

Public Administration, Administrative Act, State Contract, Electronic Public Procurement, SECOP, Public Governance.

Introducción

La contratación estatal y su normatividad vigente se orientan con claridad a través de la plataforma web Colombia Compra Eficiente, la cual sitúa en cada entidad estatal las funciones internas que en materia contractual deben seguir en las diversas formas de realización de contratos administrativos. Esta Plataforma interactiva enuncia al público interesado en un contrato con una entidad del estado de cualquier orden (Nacional, Departamental o Municipal y Distrital) las diversas actividades que se deben realizar a través de la aplicación digital SECOP que permiten a su vez el control y vigilancia de la ejecución de los contratos estatales, de allí que se considere de suma importancia realizar un artículo de reflexión sobre la contratación estatal en Colombia, para examinar sus avances y determinar sus desafíos para una mejor gobernanza de lo público en este país sudamericano que gran parte de su presupuesto anual se concreta a través de distintos procesos de contratación pública estatal.

Con la Constitución Política Colombiana del año 1991 se expiden una serie de leyes que regulan la contratación estatal; y después del periodo de transición que trajo nuestro marco constitucional, se expidió la famosa Ley 80 del año 1993, conocida como el Estatuto de Contratación por contener en su momento disposiciones de avanzada sobre lo concerniente a la actividad con-

tractual de las entidades públicas. Ahora bien, mencionada ley ya no cuenta con el vigor normativo que se reconoció en su tiempo de proyección, dado que en la actualidad la Ley 80 de 1993 contiene normas que fueron derogadas, modificadas o algunas sin vigencia emanadas por normas legales posteriores. Lo que llevó a concluir que el llamado Estatuto de Contratación no es un verdadero Estatuto, pues toda la temática contractual del Estado no se encuentra compilado, condensado, recopilado e incluido en una sola ley, o un solo marco normativo, sino su composición parte de la complementación de distintos elementos normativos que se aprecian en diferentes leyes que se han promulgado posteriormente, y en vigencia de la exigencia de la actividades que requieran o no la presencialidad en las distintas actividades contractuales contenidas en los procesos de contratación vigentes en Colombia.

Uno de los problemas que presenta el Estatuto Contractual, está relacionado con la falta de desarrollo de los procesos de contratación estatal en épocas de anormalidad como el que estamos viviendo desde marzo del año 2020, que evite el contacto físico entre los participantes del proceso de contratación, pero que garanticen el debido proceso y el derecho de defensa; no obstante, la administración pública es la llamada a dirigir los procedimientos de contratación, teniendo facultad de autorizar la suspensión de los procedimientos y hasta su revocatoria, cuando no haya mecanismos que permitan continuarlos de manera normal. Por lo que se hace necesario realizar una reflexión sobre los contratos estatales con el propósito de realizar el examen de la contratación estatal en Colombia que permita determinar sus avances y establecer sus desafíos para una mejor gobernanza pública, revisando la regulación de todos los procedimientos adelantados por las entidades estatales para la satisfacción y cumplimiento de los fines estatales a través de celebración de

contrato, que en consonancia con la Ley 80 del año 1993, además del cumplimiento de los requisitos de existencia y validez de todo contrato establecidos en el Artículo 1502 del Código Civil, también deben cumplir con una serie de particularidades que conllevan a su configuración como un contrato considerado de la Administración pública con las distintas particularidades formales exigidas para su existencia.

A fin de determinar las dificultades de la contratación estatal en Colombia para determinar los desafíos para una mejor gobernanza pública, este trabajo investigativo se ha dividido en tres capítulos: En el primer capítulo, será abordada de manera general las generalidades de la contratación estatal en Colombia, los fines de la contratación estatal, la legislación que la rigen, la tipología contractual contemplada en la ley 80 de 1993 y las relaciones de las entidades estatales con los modelos de contratación vigente.

El segundo capítulo, está dedicado a caracterizar y explicar los avances en materia normativa, de herramientas tecnológicas y medios electrónicos implementados a través de Agencia Nacional de Colombia Compra Eficiente para hacer más ágiles y transparentes los procedimientos de compra y contratación pública en Colombia, a la luz de los desafíos legales y los enfrentamientos con el actual modelo colombiano burocrático en materia de contratación con la actual estructura del sistema de compra y contratación pública en el país.

En el tercer capítulo, se abordan las dificultades y desafíos que en la actualidad tiene y enfrenta la contratación pública en Colombia con el objetivo de determinar la incidencia que ha tenido en la agilización y transparencia en los procedimientos contractuales que propendan para una mejor y adecuada gobernanza pública

Es menester recordar que la contratación estatal colombiana se rige por un Estatuto de la Contratación Pública regulada en la Ley 80 de 1993, y que establece que cada entidad pública debe implementar y desarrollar un manual de contratación acorde a la normatividad vigente y a las actividades propias de cada entidad; en dicho manual se fijan las directrices que se deben llevar a cabo durante la contratación administrativa porque son estándares que simplifican las acciones que se deben desarrollar en las etapas del contrato con la administración pública porque mejoran la función pública en cuanto al cumplimiento de sus funciones, fines y objetivos misionales orientados desde la misionalidad del Estado Social de Derecho declarado en la Constitución Política de 1991. Lo anterior permite establecer las competencias que deben tener quienes realizan contratos con el Estado y las responsabilidades a que haya a lugar por una mala contratación.

Resultados

La Contratación Estatal en Colombia

En el Manual de la Contratación Pública elaborado por el Departamento Administrativo de la Función Pública se hace referencia a los principios de la actividad contractual y afirma lo siguiente:

“Las acciones que se lleven a cabo durante la ejecución de los procesos contractuales de la función pública, se deben hacer de acuerdo con arreglo a las nociones incluidos en los artículos 209 y 267 de la carta magna de 1991, también de acuerdo a lo que está establecido para realizar un estatal en la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes” (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2018, p 2).

Entre esos principios se pueden resaltar algunos importantes como son la publicidad que denota transparencia, eficacia, economía, celeridad y moralidad, que van en consonancia con las disposiciones que regulan la contratación pública.

Así mismo enuncia este mismo Manual, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 2° del Estatuto de Contratación y la naturaleza jurídica de la función pública, el régimen jurídico de la contratación estatal a aplicar están contenido en las leyes 80 del año 1993, la ley 1150 del año 2007 y la ley 1474 del año 2011, los decretos que los reglamentan, así como las guías y Manuales expedidos por Colombia Compra Eficiente y demás normas complementarias, en el que la naturaleza del contrato estatal, no dependería de su régimen jurídico, en la medida que, según las normas legales vigentes, en virtud de las cuales se acogió un criterio subjetivo u orgánico, deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades públicas, que le imprime al negocio jurídico ese carácter.

La contratación estatal tiene varias etapas, estas son: La etapa precontractual en la cual se hace la planeación de los contratos y los estudios previos; la contractual en la cual se elabora el contrato y se establece la forma de supervisión o consultoría del mismo, además de atenderse otros aspectos importantes referentes a la ejecución contractual como la modificación del contrato, las adiciones o las prórrogas, las suspensiones, cesiones o terminaciones anticipadas del mismo y la post-contractual que se refiere a la forma de liquidar el contrato estatal, ya sea de mutuo acuerdo, unilateral o judicialmente.

La Constitución Política (C.P.) de Colombia de 1991 y sus desarrollos normativos, en especial la Ley 489 del 29 de diciembre de 1998 normativamente disponen la organización y funciona-

miento de las entidades y organismos pertenecientes a las Ramas del poder público del orden nacional, ya que Colombia está organizada en forma de República unitaria (Const., 1991, art. 1) es decir, cuenta con un solo orden jurídico válido para todo su territorio y su poder político se ejerce por la estructura central del gobierno. De acuerdo con nuestra Constitución Política, el Estado está conformada por tres ramas del Poder Público (legislativa, ejecutiva y judicial), y otros órganos, autónomos e independientes, que contribuyen al cumplimiento de los fines misionales de Estado (Const., 1991, art. 113).

Los sistemas de contratación pública empezaron a ser tema de análisis desde la fundación de los Estados de Derecho. Las administraciones públicas dejaron de ser intermediarias de las relaciones entre los ciudadanos para intervenir activamente en la vida de las sociedades suministrando bienes y servicios, concesionado sus recursos, contratando obras de infraestructura y abasteciéndose de bienes para su funcionamiento estatal.

Por tanto, el Manual de Contratación elaborado por el Departamento Administrativo de la Función Pública enuncia, que los principios rectores del mismo se deben aplicar en las diversas etapas que debe seguir un contrato con el Estado: La precontractual, contractual y post contractual. Es sustancial expresar que en todos los procesos contractuales que un contratista lleve a cabo con la función pública, se debe emplazar a las veedurías ciudadanas que se han convertido en el componente democrático de representación que admite que los ciudadanos inclusive las organizaciones comunitarias, puedan ejercer vigilancia sobre los procesos de gestión pública, para que las autoridades estatales hagan con transparencia su función, ya sea esta administrativa, política, judiciales, electorales, legislativas. Esta vigilancia administrativa también la realizan los *órganos de control*, así como las

entidades públicas o privadas, organizaciones no gubernamentales de carácter nacional o internacional que apliquen en el país, porque ejecutan un programa, proyecto, contrato o realizan la prestación de un servicio público (Artículo 1 de Ley 850 de 2003)

También los servidores públicos que intervengan en un contrato estatal deben ceñirse a las disposiciones normativas y jurisprudenciales sobre contratación pública existentes en el país, porque estas regulan los procesos y procedimientos internos que el Sistema de Gestión de Calidad de una entidad estatal tiene relacionado con el gestión de los contratos con calidad, es por ello que en este primer ítem del artículo científico de reflexión se hará una reseña descriptiva de la contratación estatal en Colombia.

El Contrato o Acuerdo de Voluntades en la ley colombiana

Martínez Cárdenas (2009) asume que el Código Civil colombiano tiene el contrato como una convención como si estos términos fuesen iguales, aunque en la práctica jurídica cotidiana no son diferentes, pero si tienen distintos significados jurídicos, dado que la convención es una figura jurídica más amplia que el contrato.

El contrato, es conocido “*como un acto jurídico que cuando se celebra impone el acuerdo de las voluntades de quienes lo firmaron, por tanto produce un efecto o consecuencia en el derecho*”, (Martínez Cárdenas: 2009) es por ello, por lo que se considera un género que se desprende de la convención, que busca que dé origen obligaciones; de allí que es importante hacer una distinción entre el contrato y las obligaciones que de este surgen.

Así mismo, el objeto del contrato da vida a una o a varias obligaciones dependiendo el objeto del contrato, como cuando el ob-

jeto del contrato es la obligación de dar al acreedor algo, o prestarle un servicio, o abstenerse de hacer algo para el contratista. Eso estipula los artículos 1496 a 1500 del Código Civil que es en donde se clasifican los contratos y las convenciones y también se definen cada clase de ellos. El contrato puede ser solemne o formalista, como el matrimonio y la compraventa de inmuebles y puede dar vida a una relación con el estado como el matrimonio o la adopción. El contrato hace nacer las obligaciones, una sola o varias en el mismo contrato.

Las Entidades Estatales y la contratación estatal

Es en la Constitución Política (C.P.) de Colombia de 1991 y sus posteriores adelantos preceptivos, como la Ley 489 del 29 de diciembre de 1998 que se regula la clasificación y labor que deben cumplir las entidades y organismos que pertenecen a las diversas ramas del poder público en Colombia, porque esta está fundada como una república unitaria es decir, el orden jurídico vale en todo el territorio nacional para representar el poder político que se ejerce desde el nivel central según el Título V de la Constitución Política, *el Estado se compone de tres ramas del Poder Público (legislativa, ejecutiva y judicial), además de otros miembros, independientes y autónomos, que ayudan al desempeño de las empleos del Estado* (Const., 1991, art. 113).

A la rama legislativa que es el Congreso de la República le corresponde hacer las leyes que integran al ordenamiento jurídico colombiano como por ejemplo *“reformar la Constitución, hacer leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración”* (Const., 1991, art. 114), al Congreso lo integran el Senado de la República y la Cámara de Representantes.

En la rama ejecutiva se ejercen los cargos afines con el gobierno y la administración de la nación colombiana, y esta a su vez integrada por las entidades que son de naturaleza pública, es decir, pertenecen al Estado. Es la Ley 489 de 1998, la que instituye la distribución y marcha de las entidades mencionadas a nivel nacional, departamental y municipal o distrital, o sea las gobernaciones, las alcaldías, las secretarías de despacho y los departamentos administrativos como órganos de la administración territorial.

Y la rama judicial, que es la que se encarga de administrar la justicia en Colombia, para resolver los conflictos sociales, económicos o de cualquier otro orden que se presentan entre los colombianos de acuerdo con la ley, aplicando esta de manera justa. La misma está integrada por las altas cortes y tribunales del distrito judicial, la fiscalía y los juzgados colombianos.

Organización territorial del Estado colombiano y los contratos públicos

En cuanto a la organización territorial del país, la Constitución Política de 1991 establece que son entes territoriales los departamentos, distritos, municipios y territorios indígenas, y que tienen autonomía para la gestión pública siempre y cuando se haga dentro de los límites la Constitución y la ley estipulan (Const., 1991, art. 286).

El departamento en la organización territorial es un ente administrativo que a su vez está conformado por los municipios, los corregimientos y las veredas con la dirección de la autoridad estatal de un gobernador, que tiene la misión de conservar el orden público departamental y realizar en conformidad de la comunidad que le integra el desarrollo de la política económica frecuen-

te. Para el logro de su misión, el gobernador se apoya en la asamblea departamental que es una corporación pública de carácter político y administrativo.

Por su parte, los municipios forman parte de la división político-administrativa del Estado y cuentan con autonomía política, fiscal y administrativa según lo establecido en la Constitución y la ley colombiana. La potestad política primordial del municipio es el alcalde que se desempeña como jefe de la administración legalmente y además es el representante del municipio. Trabaja colaborativamente con los concejos municipales como corporación político-administrativa que aprueba la función pública a través de normas como los acuerdos municipales.

Al nivel de los municipios se encuentran los distritos como entes territoriales del orden local pero que tienen régimen jurídico y económico especial. Estos poseen paralelamente las capacidades de gestión pública asignadas por la ley a los departamentos y a los municipios.

En Colombia existen entes estatales con un entorno único y con un régimen especial y también existen instituciones del Estado de régimen común. Grueso Rodríguez (2014) manifiesta que en Colombia se observa la presencia de entes estatales con regímenes especiales a las cuales, para muchas cosas, se les aplican normas del derecho privado.

A veces las empresas estatales se pueden regir por la forma de celebrar los contratos privados, sin que tengan que acudir a las normas de la contratación estatal como la Ley 80 de 1993, esta es una gabela que el legislador colombiano les ha otorgado para el buen desarrollo de su objeto social. Esta es una potestad que les brinda la ley para que estas entidades, puedan competir en

igualdad de condiciones con las empresas privadas, creando el Estado procesos de contratación ágiles para el desarrollo del objeto social que tienen dentro de la función pública.

Hoy día vemos como subsiste la afirmación en que las leyes particulares se instituyeron para la aplicación del derecho privado en la contratación estatal, es así como observamos como el régimen de las universidades públicas se regula por la Ley 30 de 1992, y se le da apertura al sistema de seguridad social bajo la competencia de la Ley 100 de 1993, y la regulación en materia de servicios públicos domiciliarios la hace la Ley 142 de 1994 y el sector eléctrico se regula bajo la Ley 143 de 1994.

Los Contratos estatales en Colombia

Vallejo (2017) en Colombia Compra Eficiente expone que para realizar un contrato con una entidad estatal que no se rige por la Ley 80 de 1991, se debe tener en cuenta que en el Código Civil se regula que *contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa (artículo 1495)* y que por su parte, en la mencionada la Ley 80 de 1993 se insta que *son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las Entidades, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados de la autonomía de la voluntad, así como los que a título enunciativo se definen en esta ley.*

Y con respecto de las formalidades que deben cumplir los contratos que celebren con las entidades estatales se ha dicho que estos deben constar por escrito y no se necesita que sean elevados a escritura pública ante una notaría, con la excepción de aquellos contratos que impliquen transmisión del dominio en un bien inmueble del Estado o la imposición de gravámenes y servidumbres sobre dichos bienes inmuebles, también sobre aquellos

que conforme a las normas legales vigentes en el territorio nacional deban cumplir con dicha formalidad según lo enunciado en la Ley 80 de 1993 en su artículo 39. De esta forma, los contratos celebrados con el Estado se perfeccionan cuando hay un acuerdo entre las partes contratantes sobre el objeto del contrato y se ha dejado claro la contraprestación que se recibirá por parte del ente estatal. Lo anterior debe dejarse por escrito según dicho en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

Lo anterior nos hace tener en cuenta que los contratos estatales son de carácter solemne lo que quiere decir que se perfeccionan con el cumplimiento de ciertos formulismos específicos, que si no se hacen no se produce ningún efecto jurídico, que para el caso que nos ocupa consiste en que el acuerdo de voluntades conste por escrito.

Fines de la Contratación Estatal

De acuerdo al Estatuto de contratación Colombiana en su artículo 3 expresa que el celebrar un contrato con un ente estatal tiene como finalidad *“la perenne y eficientemente prestación de los servicios públicos en beneficio de los derechos e intereses de los administrados, que colaboran con ellas en la consecución de los fines del estado”* (Congreso de la República, 1993). Lo anterior debido a que el legislador dispuso en la Ley 1150 de 2007 que las actuaciones contractuales de las entidades estatales debe supeditarse al cumplimiento de los principios de la contratación estatal (Congreso de la República, 2007).

Legislación que rige la Contratación Estatal en Colombia

Para Bahamon Jara (2018) es la Ley 80 de 1993 la norma más sustanciosa para regular la contratación pública en Colombia ya que

esta fue elaborada por el legislador colombiano para que fuese un instrumento esencial para actualizar de una nueva manera la gestión pública de los contratos estatales, es decir, articulada con el estado social de derecho fundado en la carta magna de 1991, es por ello que se apoya en un conjunto de principios rectores que deben ser llevados a cabo tanto por la Administración, como por los particulares.

De igual manera se buscó adoptar un estatuto de la contratación administrativa de carácter universal, es decir, que permita que las empresas extranjeras también pudieran competir con las empresas colombianas en las mismas condiciones de igualdad y de derecho. Es de allí que se creó un estatuto único de la contratación que fue avalado por la Corte Constitucional porque tenía una regulación para cada ámbito con sus propias particularidades (Bahamon Jara: 2018, p 101)

Realmente la presentación de los principios establecidos en la Ley 80 de 1993 involucró una modificada acción reglamentaria que extendió el horizonte en la materia de contratación estatal, como la de regular desde la forma y el contenido el negocio jurídico estatal hasta la forma de terminación y liquidación del contrato que se firmó con el Estado, por tanto el marco jurídico que soporta la contratación estatal colombiana es el Estatuto General de contratación pública (Ley 80 de 1993), y demás normas complementarias como la Ley 1150 de 2007 y demás normas concordantes tales como las leyes 361 de 1997, 816 de 2003, 905 de 2004, 996 de 2005, 1450 de 2011, 1474 de 2011 Decretos Leyes 4170 de 2011 y 19 de 2012.

Tipos de Contratos Estatales en Colombia

En el módulo 4º del curso Contratación Pública de la Función Pública en Colombia, se enuncia que existen las siguientes formas de escogimiento del contratista del Estado:

- **Licitación Pública.** De esta manera se selecciona el contratista para obras públicas y procesos de mayor cuantía del estado.
- **Concurso de Méritos.** Aquí se seleccionan los consultores o interventores, que apoyan en asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión, gerencia de obra y/o proyectos.
- **Selección Abreviada.** De esta manera se hace una selección objetiva para la contratación de bienes o servicios de menor cuantía del estado. A su vez esta modalidad se subdivide en:
 - Selección Abreviada de Menor cuantía.
 - Selección Abreviada de Subasta Inversa.
 - Acuerdos Marco de Precio.
- **Contratación Directa.** En esta manera de contratación, se encuentran:
 - Procesos de Mínima Cuantía.
 - Compras en grandes Superficies, a través de la Tienda Virtual del Estado Colombiano.
 - La modalidad de selección de mínima cuantía es un procedimiento con términos cortos para escoger al contratista, siempre que el valor de la adquisición de los bienes, obras y/o servicios, no exceda el diez por ciento (10%) de la menor cuantía de la Entidad Estatal.

- **Contratación de Mínima Cuantía.** Esta contratación tiene un proceso a través del cual, una entidad estatal contrata directamente con un contratista ya sea persona natural o jurídica, la prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión estatal o de adquisición de un bien o servicio, porque tiene un proveedor exclusivo o porque es el titular de los derechos para contratar. El ente estatal puede hacer acopio de esta forma de contratación en caso de una urgencia manifiesta o para la contratación de empréstitos, para celebrar convenios o contratos interadministrativos.

Avances de la Contratación Estatal en Colombia para una mejor gobernanza pública

La contratación pública actual en Colombia presenta unos avances, ya que tiene políticas y estrategias para utilizar estas formas de contratar con el Estado, para que en el país se puedan llevar a cabo otro tipo de políticas que son complementarios a la contratación estatal, como el apoyo a las PYME por ejemplo, ya que la forma de contratación de nuestro país se apoya en sistemas electrónicos de contratación pública como Colombia Compra Eficiente, SECOP I y SECOP II que promueven la transparencia, la equidad y la eficiencia a través de la negociación electrónica por plataformas tecnológicas mediadas por las TIC.

La Contratación Pública Electrónica en Colombia

Es Laguado Giraldo (2004) quien nos muestra la manera en que ha evolucionado la contratación pública colombiana por medios electrónicos y nos expone que los adelantos de las tecnologías de la información y la comunicación TICs son los que han legitimado que en el Estado colombiano encaje el uso de la Internet en la administración pública en la contratación pública.

Este avance de la contratación estatal colombiana da origen al fenómeno de la contratación pública por medios electrónicos, ya que es con las TICs que se remplazaron las tradicionales prácticas y procesos de hacer contratos por escritos cargados de grandes resmas de papel, orientando tanto los contratos como a los contratistas, en el uso de las nuevas formas contractuales digitales llevadas a cabo en la era de la tecnología, es así como el *e-procurement* aparece como una nueva opción de contratación de las administraciones públicas, tanto colombianas como extranjeras.

La Ley 1150 de 2007, fue la normativa que hizo actualización de la contratación estatal llevando a los colombianos hacia la contratación pública electrónica, acercando al país a la oferta pública que existe en otros países que también tienen compra pública en línea o *e-procurement*, que se lleva a cabo mediante la integración de las tecnologías de la información y las comunicaciones a los procedimientos propios de la compra y la contratación estatal en Colombia.

En nuestro país, se cuenta hoy con el Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP, que en materia de compra y contratación de materia digital es la única forma de ingreso de información y de generación de reportes tanto para las Entidades Estatales y para la ciudadanía según lo estipula el literal b del artículo 3º de la Ley 1150 de 2007 que como se mencionó anteriormente actualizó la contratación estatal colombiana. El SECOP está compuesto por dos plataformas transaccionales que son la Tienda Virtual del Estado Colombiano (utilizada para los acuerdos marco) y el SECOP II, y una plataforma de simple publicidad que es el SECOP I. Con esta plataforma tecnológica, el Gobierno Nacional tiene como propósito la compra y contratación pública a cargo de las Entidades Estatales se haga en línea,

ya que esto permite realizar la trazabilidad de los expedientes de contratación electrónicos, revisar las ofertas en línea, hacer el seguimiento de las decisiones por parte de la Administración, realizar una interacción virtual de los interesados en el contrato estatal y tener a mano la disponibilidad de la información en tiempo real; así mismo.

Fue en el año 2015, que Colombia Compra Eficiente empezó a desplegar el SECOP II como segunda fase de la contratación estatal en línea, una aplicación tecnológica equipada con eventos en línea para enseñar a los compradores públicos a usar la plataforma, así mismo tiene tutoriales para los proveedores, tanto como videos y manuales para su mejor uso y aprovechamiento por parte de los contratistas del Estado. Es así como en el año 2016, en Colombia Compra Eficiente se ofreció a las entidades estatales que lo solicitaron acompañamiento en procesos de contratación en el SECOP II.

Este software es muy interesante para su uso en la contratación estatal ya que a través del SECOP II, se hace en línea procesos de compra y contratación, se obtiene la información necesaria que se relaciona con los estudios de sector, así mismo se elaboran los documentos del proceso y ahí mismo los publican; también se reciben comentarios sobre los procesos para que los proveedores presenten sus ofertas y los entes estatales publican sus informes de evaluación, adjudicación y hacen seguimiento a la ejecución de los contratos.

EL Banco de Desarrollo de América Latina de acuerdo a la Escuela de Gobierno llevada a cabo en la Universidad de los Andes el 27 de febrero del presente año presentó el Reporte de Economía y Desarrollo (RED 2019), en el que propuso una serie de medidas para bajar los altos niveles de corrupción en América

Latina, asegurando que Colombia ha registrado notables avances en mecanismos de contratación pública y en el manejo de los recursos públicos en la gestión de municipios, como el caso de la implementación del nuevo Sistema General de Regalías en 2012 mediante un sistema transparente de contratación, lo que ha conllevado a la reducción de irregularidades encontradas por la Procuraduría General de la Nación

Uno de los grandes avances ha sido es la estandarización del modelo en el Sistema Electrónico aplicado a la Contratación Pública; en el que se refleja como mejoría el hecho de que todos los procesos en sus distintas fases o etapas contractuales se canalicen y unifiquen por medio del Sistema Electrónico para la Contratación Pública. Por tal razón, y en aras de la consecución de los fines y objetivo de la contratación estatal establecidos en la Ley 80 de 1993, el Gobierno Nacional ha de desarrollar en su integridad el Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP-, y se han de cumplir las siguientes funciones determinantes para el correcto funcionamiento y operatividad del sistema electrónico conforme con el contenido legal prescrito en la Ley 1150 de 2007 en su artículo 3 referido a la contratación pública electrónica:

“a) Disponer de las funcionalidades tecnológicas para realizar procesos de contratación electrónicos bajo los métodos de selección señalados en la ley; b) Servir de punto único de ingreso de información y de generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía; c) Contar con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos y; d) Integrar el Registro Único Empresarial de las Cámaras de Comercio,

el Diario Único de Contratación Estatal y los demás sistemas que involucren la gestión contractual pública. Así mismo, se articulará con el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, creado por la Ley 598 de 2000, sin que este pierda su autonomía para el ejercicio del control fiscal a la contratación pública". (Congreso de la República, 2007)

Con las anteriores funciones se han reflejado en un sistema con percepción de transparencia, por cuanto sería el único canal de vigilancia, veeduría y supervisión de la contratación estatal en Colombia

Gobernanza Pública en Colombia

En recientes estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública, encontramos que en un libro de esta organización sobre Colombia y mencionaban como nuestro país ha realizado la implementación del buen gobierno, explicando que en este país sudamericano se ha llevado un cambio en las últimas décadas para poner en marcha la gobernanza con políticas públicas de progreso que se orientan a fortalecer sus instituciones políticas para la promoción de la sostenibilidad y el crecimiento incluyente en todas las regiones del país, sobre todo en lo relacionado a la contratación estatal.

La aludida publicación de la OCDE sobre la gobernanza pública en nuestro país es un informe que relaciona como desde el gobierno a nivel central se toman decisiones basadas en evidencias, con el acopio de la gobernanza multinivel y en general con las materias afines a una gestión estratégica del recurso humano del sector público integrado con el e-gobierno y las compras públicas mediante la contratación estatal. Esta realidad de la admi-

nistración pública colombiana muestra una agilidad estratégica en la gerencia de una verdadera administración pública eficiente y efectiva, que provea una política sólida de contratación a los ciudadanos y a las empresas que quieran invertir con el estado lo que brinda una mayor seguridad en la economía del país, porque muestra el crecimiento económico de las empresas tanto particulares como estatales, lo que genera la prosperidad de los colombianos, estas son las claves para que el gobierno de Colombia pueda proporcionar políticas de tal forma que contribuya el desarrollo del país, su competitividad y prosperidad

Dificultades y los desafíos de la contratación estatal en Colombia para una mejor gobernanza pública

Un gran desafío en la contratación estatal es que se lleve a cabo la gobernanza pública de manera que los contratos que se firmen a través de Colombia Compra Eficiente y del SECOP I y II, al hacer su contratación en línea se permita que se lleven a cabo las auditorías en línea por parte de las instituciones de control del país y de las veedurías ciudadanas para evitar la corrupción y el despilfarro de la cosa pública.

Entre los desafíos que tiene Colombia en torno a la contratación estatal está la necesidad de continuar con la implementación de reformas exitosas en el sector público que promuevan transparencia, reducción de corrupción, que generen resultados y aumente su capacidad, productividad y efectividad de la gobernanza pública institucional, generando mayor confianza en el gobierno y equidad para todos los ciudadanos; toda vez que Colombia tiene un camino por delante en materia de prevención y reducción de la corrupción, generando más recursos y fortaleciendo los distintos órganos de control como las contralorías en sus distintos órdenes, los tribunales electorales, fiscalías, altas

cortes, entre otras; a fin de convertirse en un Estado más transparentes que respondan a su cometido estatal y a los verdaderos intereses de sus ciudadanos.

Colombia debe tomar en cuenta para reducir y prevenir la corrupción en materia contractual, con la organización de distintos campos de acción relacionado con los sistemas de control de la función pública, los mecanismos de entrada a la burocracia y la política, el monitoreo ciudadano y la gobernanza de los intereses privados. Entre las propuestas concretas afines a la contratación estatal, destacamos:

- Fortalecer los sistemas de auditoría y las capacidades investigación y administración de justicia.
- Mejorar los sistemas de generación y difusión de información sobre el accionar del Estado y los funcionarios.
- Empoderar a los ciudadanos y fomentar actitudes más vigilantes.
- Garantizar el funcionamiento de canales de reclamo y denuncia, y aprovechar las oportunidades que brinda la tecnología para crear nuevos espacios.
- Reforzar institucionalidad para evitar el pago y ofrecimiento de sobornos por parte de particulares e incentivar la adopción de programas de cumplimiento al interior de las empresas.
- Invertir en una mejor regulación de las actividades de cabildeo, en la identificación y gestión de conflictos de interés.
- Mejorar los procesos de decisión en actividades especialmente vulnerables, como la provisión de infraestructura pública.

Conclusiones

En la presente investigación se determinó que existen dificultades existentes en materia de contratación estatal en la aplicación de los principios de gobierno de transparencia, principio de rendición de cuentas, principio de integridad y participación ciudadana en todos los departamentos, por la carencia y limitación de recursos económicos y humanos suficientes y en la falta de confianza de la ciudadanía en los gobernantes y en las instituciones públicas, que impiden la supervisión ciudadana en todas las etapas del proceso de contratación del estado.

La contratación estatal es una columna trascendental de la gobernanza estratégica en la consecución de los fines estatales; dada el gran volumen de recursos que representa, una buena gestión contractual fomenta la efectividad y eficiencia del sector público generando transparencia y percepción confianza en los ciudadanos. Además de combatir la corrupción genera gran impacto en otras políticas estatales como la protección del medio ambiente, la innovación, la generación de empleo y el desarrollo de empresas.

Los contratos estatales han sido objeto de reformas de tipo legal que han contribuido a la transparencia que el Estado y la administración pública han proyectado en aras de la satisfacción del interés general de la comunidad, al centrar toda su actividad administrativa con total sujeción al ordenamiento jurídico contenido en la Constitución y las leyes; ejerciendo las facultades que le atribuye dicho ordenamiento, que permite en unos casos pueda ejercer su actuación en la aplicación dando prevalencia al Derecho público y en otros casos pueda actuar con aplicación del Derecho privado, independiente del tipo u objeto contractual a que se refiera la relación contractual., y bajo cualquier modalidad de presentación sea por medios presenciales o virtuales..

El principal avance de la contratación estatal es la contratación pública electrónica reseñada en la Ley 1150 de 2007, situación que hace que con el uso de las tecnologías de la información y la comunicación TIC los entes estatales y los proveedores se relacionen de manera directa, ya que tienen cuentas y usuarios que les permiten el acceso a la plataforma tecnológica para ver en tiempo real cómo va la contratación estatal, la evaluación y adjudicación de los procesos de contratación en todas las modalidades de selección contempladas en la Ley 80 de 1993. Otro avance de Colombia Compra Eficiente es que los Proveedores, en el software SECOP II pueden hacer búsqueda de negocios con otras instituciones estatales, hacer envío de observaciones y ofertas en línea y cualquier proveedor, ya sea nacional o extranjero, una persona natural o jurídica e incluso sean proponentes plurales pueden registrarse en la plataforma.

Un gran desafío en la contratación estatal es que se lleve a cabo la gobernanza pública de manera que los contratos que se firmen a través de Colombia Compra Eficiente y del SECOP I y II, al hacer su contratación en línea se permita que se lleven a cabo las auditorías en línea por parte de las instituciones de control del país y de las veedurías ciudadanas para evitar la corrupción y el despilfarro de la cosa pública; haciéndose necesario la evaluación del actual marco regulatorio que hace viable la contratación pública electrónica en Colombia, y establecer si desde el plano legal, doctrinal y jurisprudencial nuestro ordenamiento jurídico funciona de eficientemente dentro de la política estatal que se ha desarrollado en torno a la contratación pública electrónica en Colombia.

Referencias bibliográficas

Bahamon Jara ML. Análisis de la Normatividad en Contratación Pública. 2018. <https://repository.ucatolica.edu.co/>

bitstream/10983/20285/1/Elementos-y-presupuestos-de-la-contratacion-estatal_Cap04.pdf

Diez, Manuel María. Derecho Administrativo, tomo II. Buenos Aires, Editores Libreros. 1961

Congreso de la República. (1993). Ley 80 de 1993. Bogotá: Diario Oficial de Colombia No. 41.094 del 28 de octubre de 1993. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html

Congreso de la República. (2007). Ley 1150 de 2007. Bogotá: Diario Oficial de Colombia No. 46.691 del 16 de julio de 2007. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html

López, B. (2011). El concepto de administración pública. Revista Plaza Pública. Obtenido de: <http://www.plazapublica.com.gt/content/el-concepto-de-administracionpublica>, el 11 de noviembre de 2014

Márquez Daniel (2014). Nuevos Retos de la Contratación Pública. Trabajo de grado para optar por el título de Magister en Gobierno y Asuntos Públicos. Ciudad de México D.F. Universidad Nacional Autónoma de México - UNAM

Martínez Cárdenas Mercedes. Lecciones sobre Derecho Civil Obligaciones de Antonio Rocha Alvira. Editorial Universidad del Rosario. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia. 2009.

Martínez Herrera Dayeni y González Salguero Edison (2014). Transparencia en la Contratación Estatal en Colombia. Trabajo de grado para optar por el título de Magister en Derecho Administrativo Bogotá D.C. Universidad Militar Nueva Granada

Melgar Chica Sandra Liliana (2016) La Contratación Estatal y su Política de Gobierno., Trabajo de grado para optar por el título de Especialista en Contratación Estatal. Bogotá D.C. Universidad la Gran Colombia.

OECD (2014), Colombia: La implementación del buen gobierno, Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264202351-es>. Obtenido de: <https://www.colombiacompra.gov.co/content/logros-y-desafios-del-secop-ii>. Consultado el día 28 de marzo de 2021.

Pierre, Jon y Guy Peters, B. Governance, politics, and the state, Political analysis. New York: St. Martin's Press. 2000

Rebelo, M., Salgado, A. (2013). Derecho administrativo general. Tomo I. Introducción y principios fundamentales. Traducción del portugués Martha Esperanza Ramos de Echandía. Bogotá. Editorial Leyer

Rodríguez, Libardo. "Derecho administrativo general y colombiano", en Administración pública electrónica: hacia el procedimiento administrativo electrónico, editado por Erick Rincón Cárdenas y Camilo Vergara. Bogotá: Universidad del Rosario, 2015

Santofimio, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017

Vallejo, J. (08 de 08 de 2017). Colombia Compra Eficiente. Obtenido de Síntesis normativa y Jurisprudencia en Contratación. Obtenido de:

<https://sintesis.colombiacompra.gov.co/content/p%C3%A9rdida-de-competencia-paraliquidar-contratos>

Vallejo Juan. Definición contrato estatal. En Colombia Compra Eficiente. Obtenido de: <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/content/definici%C3%B3n-contrato-estatal>. Consultado el día 28 de marzo de 2021.

Velasco Rueda Laura Carolina (2021) El SECOP II. De la Contratación en Papel a la Contratación en Línea., Trabajo de grado para optar por el título de Maestría en Derecho Contractual Público y Privado. Bogotá D.C. Universidad Santo Tomas

Vivero, F. d. (1 de mayo de 2008). Revista de Ingeniería. Obtenido de <http://eds.a.ebscohost.com.ez.urosario.edu.co/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=12&sid=3123fb1f-7f94-4b7c-a4ba-c190ac369808%40sessionmgr4002&hid=4211>

Yuri Gorbaneff- Cobarcas Gina. (11 de febrero de 2009). Revista Socio Jurídicos. Obtenido de <http://www.redalyc.org/pdf/733/73311610003.pdf>

Zuleta María Margarita. LOS CAMPEONES DE LA COMPRA PÚBLICA EN LÍNEA. Obtenido de: <https://www.colombiacompra.gov.co/content/los-campeones-de-la-compra-publica-en-linea#:~:text=La%20Ley%201150%20de%202007,la%20compra%20y%20la%20contrataci%C3%B3n>. Consultado el día 28 de marzo de 2021.

**ANÁLISIS DEL DEBIDO
PROCESO CONSTITUCIONAL
EN EL PROCEDIMIENTO
CONTRAVENCIONAL POR
INFRACCIONES DE TRÁNSITO
EN COLOMBIA**

Enrique Carlos Ramirez Llerena

Resumen

La investigación desde el derecho es básica y de arista hermenéutica, su finalidad es analizar la garantía del debido proceso en el procedimiento contravencional por infracciones de tránsito, se parte de una descripción de sus etapas procesales, notificaciones, aspectos probatorios, impugnaciones en relación con los principios del derecho procesal.

Palabras clave

Infracción de Tránsito, etapas procesales, Notificación, Contravenciones, Proceso Contravencional, Derecho Procesal, Debido Proceso.

Abstract

The investigation from the law is basic and hermeneutical, its purpose is to analyze the guarantee of due process in the contravention procedure for traffic violations, starting from a description of its procedural stages, notifications, evidentiary aspects, challenges in relation to the principles of procedural law

Key words

Traffic Violation, procedural stages, Notification, Contraventions, Contravencional Process, Procedural Law, Due Process.

Introducción

En el presente artículo se analiza la importancia y la materialización del Debido Proceso Constitucional en las distintas fases del procedimiento contravencional por la probable violación de las normas del Código Nacional de Tránsito consagradas en la ley 769 de 2002, sus reformas y la actividad interpretativa de la Cor-

te Constitucional, esto último con énfasis en el debido proceso estableciendo que tal derecho fundamental irradia los procesos administrativos, judiciales e incluso en la actividad de los particulares, lo que envuelve el cuidado de no vulnerar los derechos esenciales, que protegen la dignidad humana del individuo que se ve inmerso en un trámite procedimental, de forma directa en el proceso, situación que según Suarez Manrique (2004) *“es uno de los temas importantes en las últimas décadas en el ordenamiento jurídico colombiano, y en especial en aquellos ordenamientos jurídicos que habían imbuido los proyectos constitucionales europeos, como lo es, el de la constitucionalización del derecho”*.

A su vez, Patiño Mariaca (2013) expone que *“la constitucionalización del proceso refleja la creciente impregnación de los principios constitucionales del proceso en las reglas procesales”*, lo anterior significa, que las reglas procesales en la Ley 769 de 2002, también han sido infundidas por los principios constitucionales, lo cual implica que estas normativas procedimentales ya no pueden ser aplicadas formalmente, sino que debe prevalecer el derecho sustancial al tener en cuenta el fallador las garantías procesales determinadas, en el artículo 29 de la Constitución de 1991.

Lo anterior resalta la importancia constitucional del debido proceso y su aplicación concreta en el procedimiento contravencional, igualmente es trascendente por su aspecto social por ser un procedimiento de constante aplicación, hace necesaria la investigación como herramienta de consulta por los operadores del derecho y el ciudadano cotidiano

Para el análisis del debido proceso en el procedimiento contravencional colombiano se desarrollarán los siguientes aspectos 1) la caracterización del proceso contravencional por infracciones de tránsito consignado en el código nacional de tránsito y trans-

porte -ley 769 de 2002, 2) la garantía de la aplicación del debido proceso constitucional en el procedimiento contravencional por infracciones de tránsito regulado por la ley 769 de 2002 y 3) la efectividad del Debido proceso en los ciudadanos colombianos en el proceso contravencional por infracciones de tránsito de la ley 769 de 2002 y su protección por vía jurisprudencial.

¿Cómo se materializa la garantía constitucional del debido proceso en las diferentes fases del procedimiento contravencional por infracciones de tránsito, en sus distintos aspectos probatorios, de contradicción, de publicidad, impugnación temporalidad sancionatoria de la administración y alegatos?

Metodología

El Método de la investigación es el de análisis y síntesis, aplicado en el sentido de que se trata de establecer cuáles son las etapas y las partes del proceso, y en qué etapa se da la participación efectiva de la protección jurídica al ciudadano, teniendo en cuenta sus derechos esenciales y las reglas del debido proceso. La información se recoge en fichas bibliográficas y el análisis de contenido permite depurar la información bibliográfica recabada de bibliotecas virtuales y bases de datos.

Caracterización del proceso contravencional por infracciones de tránsito consignado en el Código Nacional de Transito y Transporte – Ley 769 de 2002

En este ítem se examinan las características esenciales que posee el proceso contravencional, que se le sigue a un conductor cuando infringe las reglas de tránsito, las mismas están detalladas en el capítulo IV de la Ley 769 de 2002, reformado por el artículo 24 de la Ley 1383 de 2010 y por el artículo 205 del Decreto

019 de 2012. Y conforme al artículo 2° del CNTT, la infracción es la trasgresión o violación de una norma de tránsito y el legislador definió dos clases de transgresiones, una que se efectúa de forma simple y otra más compleja; entonces es simple la contravención cuando se violenta la norma misma y es compleja cuando se causa un daño material cuando se comete la infracción, por ejemplo, que con la infracción se lesione a una persona.

La infracción es a su vez una contravención, que se puede entender como la actuación humana que origina un daño social leve y por eso su sanción es más sutil, en comparación con la de los delitos. Y se complementa con la orden de comparendo, que es el mandato formal de citación que hace un agente de tránsito a un probable infractor del Código Nacional de Tránsito y Transporte, con la finalidad de que comparezca ante una autoridad de tránsito, para que dé inicio al respectivo proceso contravencional; el cual puede recurrir a la impugnación, como acción de oponerse, de rebatir dicha sanción y a su vez es el derecho de utilizar los canales jurídicos establecidos por lo que resulta pertinente identificar quienes o cuales son las partes intervinientes en la actuación procesal y sus diferentes etapas.

Las partes en un proceso contravencional

Conforme a lo dispuesto en la misma ley 769 de 2002, se pueden definir de la siguiente manera.

Agente de tránsito y transporte

Su intervención se da en primera instancia, y es, acorde con el artículo 2° de la Ley 1310 de 2009, aquel funcionario público que regula la circulación vehicular y peatonal en las calles y carreteras municipales, quien vigila y controla, que se cumplan las leyes de

tránsito y transporte en las entidades territoriales, es decir, es aquel funcionario encargado de la guarda y del cumplimiento de los cánones consignados en el CNTT.

Entidad de tránsito y transporte

Es aquel ente que tiene a su cargo la jurisdicción y competencia para ventilar las infracciones a las reglas de tránsito, que en la Ley 1310 de 2009, en el artículo 2º, se define como *“toda entidad o empleados públicos que esté acreditado conforme al artículo 3º de la Ley 769 de 2002”*.

Inspector de tránsito

Una vez iniciado el proceso contravencional, aparece el juez de la causa, conocido como el Inspector, nombrado en las entidades para desempeñar ese cargo, pero puede también ser un funcionario al que le hayan asignado esas funciones en el organismo de tránsito.

Actor de tránsito

Este es en el proceso contravencional, el ciudadano infractor y su participación puede ser como un conductor o un peatón, y es el acusado por un agente de tránsito mediante una orden de comparendo, de haber cometido una presunta contravención a las normas del código nacional de tránsito, y que termina siendo procesado por una autoridad de tránsito, que lo declara o no contraventor.

Etapas del proceso contravencional

Según como se presente el caso el proceso contravencional lo podemos enmarcar en las siguientes etapas:

La orden de comparendo

Es con la elaboración de este documento que se da inicio al proceso contravencional, y ya en esta etapa se da una citación formal al ciudadano, puesto que la orden de comparendo inicialmente no es prueba de la comisión de una contravención, es sencillamente una citación o notificación que se realiza en vía pública al posible transgresor de las reglas de tránsito, para que acuda ante la jurisdicción competente a definir su situación jurídica (Dávila, 2014) Algunas características de la orden de comparendo son:

- Este es un documento público que goza de la presunción de legalidad.
- Puede ser elaborado en forma manual o electrónica.
- Es una citación formal.
- Inicialmente no tiene valor probatorio porque es solo una citación.
- Y, adquiere valor probatorio con la aceptación del infractor o en la audiencia de pruebas y alegatos.

Es sustancial esclarecer que, el comparendo en sí mismo, no es aún la sanción por haber cometido la infracción de tránsito, sino que lo que constituye, como ya lo dijimos, es la notificación formal para que se presente ante la autoridad de tránsito municipal dentro de los 5 días hábiles siguientes si el comparendo se impuso por el agente de tránsito en las vías de la municipalidad, pero si fue impuesto por medios electrónicos tiene 11 días hábiles siguientes a la notificación, para que se le escuche su versión en una audiencia y solicite a su vez pruebas que conduzcan al esclarecimiento de los hechos y así pueda quedar en firme la multa o pueda proceder la exoneración; es decir, para que se declare o no contraventor al presunto infractor de las normas del Código

Nacional de Tránsito, según Obando, A. C., Bautista, D. M., León, A. C., Vélez, Y. M., Oyuela, A. L., Snell López, S., Beltrán Liz, B. P., Almarío, K. D., & Sandoval Cumbe, H. M. (2009).

Audiencia pública por vinculación del inculpado

En los artículos 136 C.N.T. modificado por La Ley 1383 de 2010, artículo 24 y por el Decreto 19 de 2012, artículo 205, se estipula que, si el contraventor no comparece en los términos arriba señalados, sin exponer una causa justa para su no comparecencia, la jurisdicción de tránsito, posteriormente de treinta (30) días calendario de haber ocurrido la supuesta trasgresión, sigue el procedimiento contravencional, entendiéndose que queda vinculado al mismo el infractor, pudiendo fallar en audiencia pública y notificar tal situación en estrados (Artículo 139 C.N.T.T).

Audiencia de pruebas y alegatos

En esta etapa del proceso, si el encausado niega haber cometido tal infracción que se le imputa, debe presentarse ante la autoridad competente que lleva el caso en audiencia pública, para que declare pruebas adecuadas para esclarecer la infracción por el solicitadas y las que decida decretar de oficio, porque las considera útiles y/o pertinentes (Artículo 138 C.N.T.) y el acusado puede presentarse solo, o puede designar a un abogado en ejercicio para que lo represente, y el Ministerio Público puede también participar en el proceso; empezando entonces un proceso basado en las reglas universales de la prueba y por analogía se aplicaba la legislación procesal civil, esto es, el Código General del Proceso en el capítulo de Pruebas. En esta etapa, el Inspector abre el proceso a prueba, dictando un auto de admisión basado en los principios de Necesidad, Pertinencia, Utilidad y Conducencia de la prueba.

Existen diferentes pruebas para tenerlas en cuenta, tales como, la versión libre realizada por el infractor, la orden de comparendo, y las pruebas que pida el impugnante y las que se decreten de oficio, en esta última puede estar presente la comparencia en el proceso del agente de tránsito que elaboró la orden de comparendo, para que también rinda su versión de los hechos; asimismo el trámite se puede hacer por parte de la autoridad de tránsito en una sola diligencia, si así lo permiten las condiciones, porque si no puede suspender la audiencia tantas veces considere que sea necesario, para descifrar los hechos materia contravencional que se investigan. En esta instancia, el inculpado puede presentar sus alegatos de conclusión, sustentando sus razones para que sea absuelto con fundamento en los hechos que pudieron ser probados.

Audiencia de fallo

Terminada la etapa de pruebas, la autoridad de tránsito se debe nuevamente constituir en audiencia con la finalidad de emitir decisión de fondo, y para lo anterior, se debe tener en cuenta todo lo que se probó en la etapa probatoria y determinara si existe responsabilidad contravencional, o si por el contrario hay una absolución por no existir esta; por tanto debe expedir una resolución motivada, y si endilga la responsabilidad al inculpado se determinará el título de imputación y la sanción que se impondrá y se podrá postular por el inculpado los recursos que contempla el C.N.T.T, que son de acuerdo con la cuantía de la sanción, ya que, si es de 20 SMLDV o menor, la decisión susceptible es de reposición y si se pasa esa cuantía o la sanción es la de suspenderle la licencia de conducción, el indilgado podrá interponer el recurso de apelación. El artículo 11 de la Ley 1843 de 2017, también dispone, que la providencia que solventa los recursos, si estos proceden, debe ser expedida en un término de un (1) año, a partir de su

interposición, si los recursos no se resuelven en el término fijado por la ley, se concebirán fallados a favor de quien los interpuso.

Se concluye de esta categoría analizada, que el procedimiento contravencional por inobservancia al CNTT se compone por cuatro etapas primordiales (Sentencia T 616 de 2003) La orden de comparendo, la vinculación del acusado en los términos dispuestos por la ley, la audiencia de pruebas y alegatos y la audiencia de fallo (C.N.T.T) pero Puentes Valencia (2020) sostiene que, en los procedimientos ejecutados por los servidores públicos con funciones de tránsito, en cuanto al análisis interpretativo que realiza posterior a la orden de comparendo, muchas veces no se hace con sujeción a la Constitución Política y a las disposiciones jurídicas que están en la obligación de aplicar, ya que en Colombia toda actuación administrativa y judicial, debe propender por la efectividad de los principios y derechos inherentes al individuo, como el principio de legalidad y el derecho fundamental al debido proceso, los cuales deben ser reconocidos en este tipo de actuaciones.

Garantía de aplicación del debido proceso constitucional en el procedimiento contravencional por infracciones de tránsito regulado por la Ley 769 de 2002

Este trabajo, pretende mostrar lo importante que es el principio del Debido Proceso en el juicio contravencional por infracciones de tránsito, porque esta es una expresión de las garantías constitucionales de los infractores del CNTT y porque su desconocimiento por parte del juzgador, se establece como el elemento central para buscar la nulidad del procedimiento efectuado, por ejemplo, en el proceso contravencional por foto multa o foto de tección, en el cual se debe tener en cuenta la presunción de inocencia dentro del proceso contravencional, además de la notifi-

cación y de la garantía del derecho de defensa al infractor, tanto como la caducidad de la capacidad sancionatoria de la administración, según Patiño Cano (2020).

En lo que tiene que ver con las **FOTO MULTAS**, o **FOTO DETECCIONES**, su procedimiento se estipula en la Ley 769 de 2002, modificada por la Ley 1383 de 2010, y en la Ley 1450 de 2011, y este ha sufrido muchos cambios que se han producido por el estudio que de este proceso se ha hecho en las altas cortes por demandas y por la interposición de acciones de tutelas, en la búsqueda ciudadana de amparo a derechos fundamentales, conculcados por las actuaciones de la administración, por yerros cometidos en los procesos que se adelantaron en los diferentes organismos de tránsito.

Palacio Agudelo (2020) a su vez, aduce que el debido proceso persigue que el sujeto procesado obtenga garantías en el trámite de su acusación y juzgamiento, para el caso que nos ocupa en el proceso contravencional de tránsito el sujeto de derecho cuente con los instrumentos procesales, que le permitan ventilar las pruebas allegadas al expediente, como, por ejemplo, a que le sean practicadas las pruebas que él solicite y que no se omitan instancias o diligencias procesales que le perjudiquen en su defensa.

El debido proceso contravencional, empieza en el momento en que el agente de tránsito observa en la vía o carretera, y parte del supuesto de la existencia de una infracción a las reglas de tránsito, y este elabora la orden de comparendo, identificando completamente al conductor, colocando además en el documento su dirección, la fecha y el lugar donde se cometió la falta, y entregando una copia al presunto infractor para que comparezca ante a la autoridad de tránsito competente. Este proceso que se inicia con el comparendo puede concluir con el pago de una sanción

o con un fallo contenido en un acto administrativo en el que se responsabiliza o se exonera al ciudadano de toda culpabilidad, sobre la infracción de las reglas de tránsito.

El proceso contravencional, también se puede materializar por medios electrónicos (Vélez Velásquez; 2014), al quedar presuntamente evidenciada la contravención en los registros de fotos o videos por ejemplo, que luego se instituyen en medios probatorios de la comisión de una falta a las reglas de tránsito, para el cuerpo de control, quien precisará si el suceso constituye una transgresión a los cánones de tránsito y hay mérito para realizar una exhortación, para que el presunto infractor se acerque ante la autoridad para la garantía al debido proceso.

En este debido proceso contravencional, las notificaciones deben efectuarse, según la forma como se detectó la trasgresión a las reglas de tránsito, por ejemplo, se hace la notificación personal en el lugar en que ocurrió la posible infracción, al entregársele copia del comparendo al presunto infractor, para que comparezca ante la autoridad de tránsito, durante los cinco (5) días hábiles subsiguientes a la notificación. Si el infractor no firma el comparendo lo puede hacer un testigo, quien deberá estar plenamente identificado, nombre y apellidos, así como la dirección, y así el comparendo se entiende notificado y empieza a correr los términos para que el infractor acuda ante la oficina de tránsito competente y se pueda realizar la audiencia, asumiendo la infracción al Código Nacional de Tránsito y Transporte.

La orden de comparendo es una orden formal de citación ante la autoridad competente, que hace un agente de tránsito a un presunto contraventor, el cual puede mediante una impugnación ejercer la acción de oponerse, de rebatir, así como también, hacer uso de los conductos dispuestos en el ordenamiento jurídico

para atacar su validez o eficacia. Y para que esto lo pueda hacer el actor de tránsito es indispensable que el agente diligencie en debida forma el documento, tal y como lo dispone la Ley 769 de 2002 en el artículo 129.

Sobre los informes de las autoridades de tránsito por las infracciones previstas en este código, a través de la imposición de comparendo, deberán indicar el número de la licencia de conducción, el nombre, teléfono, y dirección del presunto inculgado y el nombre y número de la placa del agente que lo realiza; y en el caso de no poder indicar alguno de estos requisitos, el funcionario deberá aportar pruebas objetivas que sustenten el informe o la infracción, intentando la notificación al conductor.

Es por esta razón, que el principio rector del proceso contravencional, así como en todo proceso es el **DEBIDO PROCESO**, como protección de los derechos y garantías, que protegen a la persona de los posibles excesos o riesgos de abuso o desbordamiento de la autoridad de tránsito, como parte de la función pública y administrativa. De conformidad con el texto constitucional, el debido proceso tiene un ámbito de aplicación, que se extiende también a todas las actuaciones, procedimientos, y procesos administrativos que aparejen consecuencias para los administrados.

Si bien es cierto, que en el inicio del proceso contravencional la orden de comparendo, representa la función de una citación formal o de notificación que se realiza en vía pública al presunto contraventor, para que se presente ante la autoridad competente a definir su situación jurídica, en la medida que se van desarrollando los actos procesales adquiere el valor de una prueba que puede tener la doble connotación de ser **“PERTINENTE Y/O CONDUCTENTE”** para lograr que se produzca un pronunciamiento

final o de un fallo, dependiendo de si se expide un auto o se dicta una sentencia por parte de la autoridad de tránsito o juez de la causa dentro del proceso contravencional.

Así pues, de conformidad con el artículo 135 de la Ley 769 de 2002, modificado por el artículo 22 de la Ley 1383 de 2010, la orden de comparendo siempre deberá estar firmada por el conductor, siempre y cuando ello sea posible. Si el conductor se negara a firmar o a presentar la licencia, firmará por él un testigo, pero éste deberá identificarse plenamente con el número de su cédula de ciudadanía o pasaporte, dirección de domicilio y teléfono.

Si la infracción se detecta por medios tecnológicos, el comparendo se debe remitir por correo certificado, y si no se logra identificar al conductor, se le notifica al último propietario registrado en el RUNT, para que rinda descargos en cinco días y se le amplían seis días más, para un total de once días contados a partir de la notificación, es decir, en el momento en que recibe el comparendo.

Para no violar derechos esenciales del inculpado, se debe dejar constancia por parte de la autoridad de tránsito competente, para efectuar la audiencia pública, en la que se decide si se sanciona o absuelve al infractor, del día y hora, así como lugar en que se realiza la diligencia, además se deberá evaluar por parte del juzgador las pruebas (García Acevedo: 2019) y realizar un análisis de la conducencia de estas, en presencia del implicado y se deberá consignar la decisión de sancionarlo o absolverlo, quien deberá firmar el acta de la diligencia y si se niega a hacerlo, la autoridad dejará constancia lo anterior sin que la misma o el acta, pierdan validez judicial (Montaña Plata: 2005).

Posteriormente, se realiza la audiencia de fallo, que debe ser efectuada por la autoridad competente para dar a conocer el

acto administrativo, en el que se resuelve y se decide si se sanciona o absuelve al presunto infractor de las reglas de tránsito; y la decisión prohienda, da fin al procedimiento contravencional y se notifica por estrados, comunicándose en la misma audiencia de manera personal y pública.

El contenido del acta materializa el acto administrativo, cuya conclusión puede ser imponer una sanción por existencia de la contravención o absolver por su inexistencia, de allí que se deba acudir a las medidas previstas en el CPACA. La decisión que pone fin al proceso debe individualizar a la persona natural o jurídica que va a ser sancionada, además del análisis de los hechos y las pruebas que sirven de fundamento para imponer la sanción, así como las normas quebrantadas y los hechos probados especificando el valor de la multa que se va a imponer, tanto como la decisión de archivo con su correspondiente fundamentación y los recursos que procedan.

Si como sanción se va a suspender o a cancelar la licencia de conducción, la notificación debe hacerse personalmente, dejando tal constancia en el acta, y se deja la prohibición expresa de que el infractor, no puede conducir vehículos automotores, y se compulsa copia a la fiscalía general de la nación, para ver si es competente realizar otra indagación contra el infractor.

Los recursos de ley se pueden interponer por el inculpado en la audiencia pública y allí deberá decidirse si estos proceden o no; salvo las excepciones previstas para la imposición de suspensión o cancelación de la licencia de conducción; y en el debido proceso contravencional, el presunto infractor puede asumir aptitudes que debe surtir la autoridad competente, ya que cada una de ellas tiene sus correspondientes implicaciones.

El infractor acepta la comisión de la infracción

Si es así entonces realiza un curso de seguridad vial y paga la multa. Si quiere un descuento debe pagarla dentro del plazo establecido para otorgar los descuentos, para de esta manera poner fin al proceso contravencional.

Rechazo de la comisión de la falta

Este rechazo de la comisión de la falta, la realiza el presunto infractor cuando comparece ante la autoridad de conocimiento, y manifiesta su inconformidad y oposición al proceso, por ello se debe aplicar el procedimiento que para estos casos prevé el artículo 205 del Decreto 019 de 2012 y artículo 136 del CNTT, por lo que se fijara la fecha y hora para la realización de audiencia pública, en virtud de la aplicación de los principios de eficacia y eficiencia de la administración pública y para evitar que ocurra el fenómeno de la caducidad; en dicha audiencia el presunto infractor puede solicitar pruebas para hacerlas valer en su defensa. Si la autoridad de tránsito decide sancionar al infractor, no hay lugar a los descuentos previstos para cuando se asume la falta y por lo tanto, el infractor deberá pagar el valor total de la multa.

Guardar silencio

Esto ocurre cuando el infractor no se presenta a las audiencias previstas, por tanto no asume la falta o la infracción, porque una vez vencidos los plazos para obtener descuentos y a más tardar el día treinta (30), contados a partir del día en que se cometió la falta (días calendario), la autoridad de tránsito continuará el proceso contravencional en todas sus etapas y tomará la decisión de sancionar o absolver al implicado, teniendo en cuenta el comparendo y las pruebas que reposen en el expediente.

Como ejemplos de procesos contravencionales de tránsito, encontramos que los agentes de tránsito hacen comparendo para que el infractor acuda a la audiencia, por ejemplo, por conducir en estado de embriaguez o bajo el consumo de sustancias alucinógenas violando la Ley 1693 de 2013. En esta situación el proceso contravencional sancionatorio en temas de tránsito terrestre se aplicará a los conductores de vehículos automotores y se debe decretar el estado de embriaguez alcohólica, por ejemplo, y su ulterior proceso administrativo, haciendo un preámbulo a los lineamientos del debido proceso (Patiño Cano: 2020)

La orden de comparendo por conducir en estado de embriaguez o bajo el consumo de sustancias alucinógenas es nombrado “infracción F”, y el procedimiento de impugnación se efectúa en los mismos términos y proposiciones de otras infracciones de tránsito, y se deben tener en cuenta las mismas garantías procesales, excluyendo la reducción de la multa del artículo 136 del C.N.T.T, ya que estas sanciones no son objeto de descuento en ninguna circunstancia.

Otra diferencia respecto de esta “infracción F” con otras infracciones de tránsito es que se debe obtener la prueba regulada en la Ley 769 de 2002, que determina el grado de alicoramiento en el organismo del infractor. La prueba se debe hacer sin que cause lesión en el infractor; es de allí que se acogió la introducción en el proceso un aparato designado “alcohosensor”, que sirve para establecer si un individuo se excedió en la bebida, la dice el grado de concentración de alcohol en el organismo. Esta prueba se práctica soplando por medio de una boquilla o cánula, que opera como puerto de entrada de la muestra de aire espirado al sistema y así se busca determinar la cantidad de alcohol por miligramo que el infractor tiene en su cuerpo.

En esta categoría analizada, se efectúa una exposición de la manera en que se debe garantizar la aplicación del proceso por contravenciones de tránsito, orientadas en el CNTT ligadas al derecho fundamental del debido proceso incluido en la Constitución de 1991, elemento primordial en este tipo de procedimientos administrativos.

Efectividad del debido proceso en los ciudadanos colombianos en el procedimiento contravencional por infracciones de tránsito de la Ley 769 de 2002, y su protección por vía jurisprudencial

En cuanto a la aplicación del debido proceso en el procedimiento contravencional por infracciones de tránsito, tal como ya lo hemos descrito en este documento, se debe desarrollar en las cuatro etapas procesales que lo componen, que son, la orden de comparendo emanada por el agente tránsito, la presentación del encausado en los términos prevenidos en la ley, luego la de la celebración de la audiencia pública y la audiencia de fallo, en la que se da la decisión de sanción o absolución.

El proceso contravencional conlleva a una investigación administrativa, que se origina porque ocurre un hecho que viola las reglas del CNTT, originándose así una actuación procesal, en la que la autoridad de tránsito competente empieza a indagar, si hay un presunto infractor de las reglas de tránsito, para establecer la responsabilidad de su trasgresión.

En la Sentencia T-061 de 2002, la Corte Constitucional se pronunció de la siguiente manera sobre el proceso contravencional por infracciones de tránsito, aduciendo que *“el presunto infractor puede presentarse o no ante la autoridad de tránsito y si se presenta, acepta los hechos y paga la infracción, o niega los mismos,*

y la dirección de tránsito deberá entonces, notificar personalmente infractor de fecha y el lugar en el que se desarrolla la audiencia pública. Si no se presenta, el contraventor desatiende lo consignado en la ley, entonces si debe asumir las consecuencias negativas que procedan de su contravención”.

En el anterior orden de ideas se puede deducir, que en la etapa que corresponde a la presentación del inculpado, es donde está la garantía de que efectivamente se cumpla con las normas del debido proceso; ya que es allí donde pueden ejercer los derechos que le asisten, como lo son, el derecho a la defensa, el de contradicción, y puede pedir y presentar pruebas, y presentar los recursos que se consideren procedentes, es decir donde se surte el debido proceso. Es por ello, por lo que es de suma importancia que el presunto infractor muy a pesar de que se le entrega una orden de comparendo, que lo que busca es cumplir con la función de ser una citación formal, para que en el término que indica la ley comparezca ante la autoridad de tránsito, que también debe buscarse su efectiva comparecencia (Pacheco Reyes: 2021)

Lo anterior pone de presente, que hay una especie de deber legal para que se le cite y notifique dentro de los 30 días siguientes a la ocurrencia del hecho investigado y que solo cumplido con ese plazo y con ese procedimiento se pueda dar inicio a la diligencia de audiencia de forma oficiosa, quedando vinculando el actor de la presunta infracción, esto tal y como lo dispone el artículo 24 de Ley 1383 de 2010, que modificó el artículo 136 de la Ley 769 de 2002.

En virtud de lo anterior, las personas no procuran o se les hace difícil comparecer, muchas veces se dejan vencer el término para hacerlo, y terminan siendo procesados y sancionados oficiosamente, y en otras ocasiones buscan para pagar, aceptando la

sanción y haciendo un curso en un centro de integración y formación de conductores que conforme al artículo 2º de la Ley 769 de 2002, son unos locales en los cuales se presta el servicio de escuela y de casa-cárcel para rehabilitar a los transgresores a las reglas del Código Nacional de Tránsito y Transporte y establece además que pueden ser manejados por el Estado o por entidades privadas.

El infractor haciendo este curso, accede con fundamento en la Resolución 3204 de 2010 emanada por el Ministerio de Transporte y con el artículo 136 de la Ley 769 de 2002, que fue reformado por el artículo 24 de la Ley 1383 de 2010, al 50% de descuento sobre el valor de la multa impuesta en la orden de comparendo. Se considera que es preferible por parte del contraventor agotar este procedimiento, antes que comparecer ante la autoridad competente y hacer oposición y ejercer sus derechos en razón a que le es más difícil hacerlo, ya sea porque tiene que desplazarse a otro territorio y le sale mucho más costoso, o porque sale más rápido del problema reconociendo y aceptando la comisión de la infracción, y así se evita pagar más en caso de resultar vencido en el proceso.

Muchos de estos procesos contravencionales, terminan siendo objeto de revisión por jueces de tutela, esto en razón a que muchas veces los ciudadanos optan por buscar el amparo a derechos fundamentales como el debido proceso, alegando la falta o indebida notificación, o la vulneración a los derechos a la defensa o de contradicción, y algunos casos prosperan y otros no, esto último es lo más frecuente puesto de que los jueces en sus fallos son más dados a negar la tutela por la improcedencia de este mecanismo jurídico, por ser esta una figura jurídica subsidiaria o complementaria y que solo se puede hacer uso de ella, cuando no exista otro instrumento judicial que se pueda utilizar

o cuando exista un peligro inminente, de que se pueda causar un perjuicio de carácter irremediable o la flagrante violación a un derecho fundamental.

Así las cosas, por su subsidiariedad, por la existencia de otros mecanismos, que pudo poner en práctica el infractor si se da su comparecencia, actuando en y dentro del proceso contravencional, o en los casos donde ya existe cobro forzado o coactivo de la sanción impuesta, notificándose de la resolución de mandamiento de pago y haciendo uso de las herramientas procesales existentes, como lo es la presentación de excepciones y otras más.

Y con respecto a la notificación en los procesos contravencionales por multas de tránsito, la Corte también determinó *“que en los eventos en que la administración no haga la respectiva notificación de esta sanción pecuniaria, se están violando los principios constitucionales de publicidad y el debido proceso, por lo que le asiste toda la razón al afectado de acudir ante la justicia administrativa para hacer valer sus derechos”* (Corte Constitucional, Sentencia T-051 de 2016).

Dentro de esas garantías que le asisten a los ciudadanos, tanto en el proceso contravencional, como en el de cobro coactivo que se desprende del acta o resolución que sirve de fallo en el contravencional, existen un par de figuras que sirven como herramientas jurídicas procesales y que pueden usarse por parte los ciudadanos que son procesados en la búsqueda de hacer efectivas las garantías constitucionales y legales y estas son la caducidad de la acción, estipulada en el artículo 161 de la Ley 769 de 2002, que dispone, que la acción por la contravención de los cánones de tránsito caduca a los seis (6) meses, los cuales se empiezan a contar a partir de que ocurren los hechos que dan origen al comparendo y que se interrumpe con la celebración efectiva de la

audiencia. Si el funcionario de tránsito no cumple con estos términos, incurre en causal de mala conducta.

Este término de seis (6) meses, fue modificado por el artículo 11° de la Ley 1843 de 2017, el cual estipuló que la acción por desatención a las reglas de tránsito caducara al año (1), el cual empieza a contarse desde el momento en que ocurren los hechos que dan origen a ella, por tanto, la autoridad de tránsito debe decidir si impone o no sanción en este tiempo; y si lo exonera será exento de toda responsabilidad. Esta es una norma especial y es en su disposición de que solo y solo sí, se interrumpe el término de la caducidad, cuando se lleva a cabo la audiencia.

La desatención de este término de un año por parte de los funcionarios públicos, que tienen la responsabilidad de atenderlo dentro de sus deberes funcionales, tal como se manifestó, es causal de mala conducta, la misma norma así lo dispone, y es sancionable la omisión en doble vía, una lo es por la negligencia al no celebrar la audiencia y permitir que opere el fenómeno de la caducidad y por ende dejar de imponer la sanción y hacer posible su cobro, y la otra es, porque por ser negligente y dejar de aplicar lo dispuesto en la ley, hace objeto al servidor público de un proceso disciplinario por parte de la Procuraduría y fiscal por parte de la Contraloría.

La caducidad de la acción es una sanción para la entidad, y consiste en la pérdida de la facultad, para poder imponer la sanción establecida en la ley por la infracción de tránsito, que fue descrita en una orden de comparendo, por una presunta violación a las normas del código nacional de tránsito. Esta sanción se hace extensiva al servidor público en la forma antes descrita, por su negligencia en adelantar los procesos y en practicar de forma efectiva la diligencia de audiencia contravencional.

Con la celebración efectiva de audiencia, no solo se interrumpe el término de la caducidad de la acción, sino que también se consigue imponer la sanción económica en un fallo, contenido en una resolución que queda notificado en estrado y que puede ser objeto de reposición y de apelación, pero estos recursos se deben presentar en la misma diligencia, y que, de no hacerlo el procesado, queda en firme el acto y sirve como título ejecutivo para iniciar un proceso de cobro coactivo.

En consecuencia, con fundamento en la orden de comparendo que elabora un agente de tránsito y que coloca a disposición de una autoridad competente, se abre el respectivo proceso contravencional y en él puede ser vinculado un presunto infractor o puede libremente comparecer y hacer oposición ejerciendo su derecho a la defensa, en esta etapa se da inicio a una diligencia de audiencia a la que se llega a dos situaciones, una que puede ser exonerado de toda responsabilidad y la otra que puede ser declarado contraventor, todo esto con fundamento en el artículo 135 y 136 de la Ley 769 de 2002, que fue modificado por el artículo 24 de Ley 1383 de 2010, y por el artículo 205 del Decreto 19 de 2012.

Concluido el proceso contravencional, con fundamento en el acto administrativo que impone la sanción, se abre un proceso de cobro coactivo para el pago de la obligación, que se impuso en la resolución de audiencia contravencional, en donde las entidades adquieren la doble connotación de juez y parte dentro de la actuación procesal. En esta otra etapa, toda actuación que se deba hacer o surtir es necesario hacerla dentro del expediente de cobro, y en él puede el ciudadano hacer uso de las herramientas jurídicas que describe la ley procesal, como lo es la de proposición de excepciones, de previas y de méritos o de fondo.

La otra figura que puede ser útil a los ciudadanos procesados por una infracción a las normas de tránsito, es la de la prescripción de la acción de cobro, cuyo fundamento de derecho es el artículo 159 de la Ley 769 de 2002, modificado por el artículo 206 del Decreto 019 de 2012, que determina que la ejecución de las sanciones, que se impongan por violación de las normas de tránsito, estará a cargo de las autoridades de tránsito de la jurisdicción donde se cometió el hecho, quienes estarán investidas de jurisdicción coactiva para el cobro, cuando ello fuere necesario; y las sanciones impuestas por infracciones a las normas de tránsito prescribirán en tres (3) años contados a partir de la ocurrencia del hecho; la prescripción deberá ser declarada de oficio y se interrumpirá con la notificación del mandamiento de pago. La autoridad de tránsito no podrá iniciar el cobro coactivo de sanciones respecto de las cuales se encuentren configurados los supuestos necesarios, para declarar su prescripción.

En lo que tiene que ver con la Prescripción de la Acción de Cobro, se debe tener en cuenta la Ley 1066 de 2006, que conformidad con su artículo 5, nos remite a lo dispuesto en el Título VIII del Libro Quinto del Estatuto Tributario, en el cual se encuentra establecido el procedimiento con que cuentan las Entidades Públicas, para ejercer su facultad de cobro coactivo de las obligaciones fiscales por cobrar, y que en su artículo 817, norma que es aplicable al proceso de cobro coactivo, establece que el término de prescripción de la acción de cobro es de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del respectivo acto administrativo de determinación o de discusión.

En suficiente normatividad, y en reiterada jurisprudencia se ha determinado que la prescripción, es un modo de extinguir las obligaciones a favor del acreedor, quien, en el transcurso de un

tiempo determinado en la ley, no consiguió el pago de una obligación por parte del deudor. Y en lo que tiene que ver con las sanciones impuestas por multas de tránsito, existe también la norma especial que dispone el artículo 159 de la Ley 769 de 2002, modificado el Decreto 019 de 2012.

La Corte Constitucional en sentencia C 895 de 2009, definió la prescripción en los siguientes términos: *“La prescripción extintiva o liberatoria es la institución jurídica por medio de la cual se pone fin a un derecho y a la correspondiente obligación, como consecuencia del paso del tiempo y de la pasividad de su titular en exigirlo por los cauces previstos en el ordenamiento, y halla sustento en los principios de seguridad jurídica, orden público y paz social”*.

Y sobre el mismo concepto de prescripción, la Corte Constitucional en sentencia C 227 de 2009, también señaló que. *“En virtud de la prescripción, en su dimensión liberatoria, se tiene por extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado, se puede presumir que el titular lo ha abandonado; por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio, o sea la negligencia real o supuesta del titular”*.

El artículo 159 de la Ley 769 de 2002, modificado por el artículo 206 del Decreto 019 de 2012, es una norma especial, que debe tenerse en cuenta, así como la jurisprudencia existente con relación al fenómeno jurídico de la prescripción por parte de la administración pública, el no hacerlo es una flagrante violación al debido proceso constitucional, consagrado en el artículo 29 de nuestra carta magna, y que se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y que consagra que nadie podrá ser juzgado, sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

El debido proceso, también se consagra en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), así: Artículo 8 Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra *actos que violen sus derechos fundamentales reconocido por la constitución o por la ley.*

De igual forma en su artículo 10, consagra que toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. El debido proceso, es el que en todo se ajusta al principio de jurisdicción propio del estado de derecho y excluye, por consiguiente, cualquier acción contra legem o praeterlegem.

Al igual que la caducidad de la acción del artículo 161 de la Ley 769 de 2002, modificado por el artículo 11° de la Ley 1843 de 2017, la prescripción de la acción de cobro del artículo 159 del CNTT, modificado por el artículo 206 del Decreto 019 de 2012, se constituye en un instrumento jurídico que sirve para hacer valer el debido proceso y efectivas las garantías constitucionales de los ciudadanos procesado por violaciones a las normas del código nacional de tránsito.

Conclusión

En este trabajo de investigación se realizó un análisis y una crítica a la forma como se adelanta y se desarrolla el proceso contravencional por infracciones a las normas del código nacional de tránsito, esto teniendo como base el cumplimiento dentro del mismo de las reglas del Debido Proceso del artículo 29 Constitucional. Se busca dentro del mismo que esta normatividad en

materia de tránsito sea de más público conocimiento, y que haya más acceso y más oportunidad para que los ciudadanos conozcan cuales son las herramientas procesales que se pueden utilizar dentro de este procedimiento administrativo.

Sin lugar a dudas el desconocimiento de las normas de tránsito y el hecho de que no exista una defensa publica en las entidades de tránsito ejercida por abogados o si quiera por estudiantes de derecho y que sirva como una especie de judicatura para obtener el grado, pone en desventaja a los ciudadanos que resulten siendo procesados por la comisión de una infracción de tránsito, y por ello muchos tratadistas de este procedimiento lo califican como abusivo y no garantista y manifiestan que se ubica a los administrados en situación de inferioridad con relación al omnímodo poder de la administración.

A lo anterior también le podríamos sumar el hecho de que el estudio de las normas del Código Nacional de Tránsito, de las leyes que desarrollan toda esta normatividad se pueda hacer en los planteles educativos, así como en los claustros universitarios en forma de seminarios o de diplomados de corta o mediana duración con el propósito de enseñarla, de darla a conocer en la gran mayoría del territorio nacional, de tal forma que cualquier ciudadano pueda sin temor alguno comparecer ante una autoridad de tránsito y así ejercer con conocimiento de causa una legítima defensa en el desarrollo de una diligencia de audiencia.

El proceso contravencional es de origen administrativo, y se concluye con un acta de audiencia que no es más que un acto administrativo de contenido particular y concreto, y por ello es susceptible no solo de recursos en vía gubernativa, sino también de control jurisdiccional. Esto quiere decir que los administrados pueden además de la presentación de los recursos de reposición,

y de apelación, y en algunos casos el de revocatoria directa, ejercer la vía jurisdiccional ante los tribunales de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y para ello cuentan con los medios de control de nulidad, nulidad y restablecimiento de derecho.

Referencias bibliográficas

Dávila D, Jhon Jairo. El proceso administrativo de impugnación frente a las contravenciones de tránsito. Universidad Militar Nueva Granada. Facultad de Derecho. Dirección de Posgrados. Especialización de Derecho Administrativo. Bogotá D.C 2014.

García Acevedo Harold Mauricio. El manejo de la prueba en el procedimiento administrativo sancionatorio por contravenciones de tránsito: La situación de los comparendos electrónicos y la prueba de alcoholemia. Monografía de Maestría en Justicia y Tutela de los derechos con énfasis en Derecho Procesal 2016-2017. Bogotá D.C., Colombia. 2019

Manual de Procesos Sancionatorios de Tránsito y Transporte. Federación Colombiana de Municipios. 3ª Edición. 2018.

Montaña Plata Alberto. El concepto de servicio público en el derecho administrativo, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2005.

Obando, A. C., Bautista, D. M., León, A. C., Vélez, Y. M., Oyuela, A. L., Snell López, S., Beltrán Liz, B. P., Almario, K. D., & Sandoval Cumbe, H. M. (2009). La eficacia del debido proceso en las actuaciones administrativas de Tránsito y Transporte en el Dpto. del Huila (Colombia) 2006 - 2008. Revista Jurídica Piélagus, 8(1), 111-123. <https://doi.org/10.25054/16576799.604>.

Palacio Agudelo Miguel Ángel. Procedimiento Contravencional Sancionatorio y Procedimiento Administrativo en materia de Tránsito Terrestre aplicado a los conductores de vehículos automotores en estado de embriaguez alcohólica. Monografía presentada como

requisito para optar al título de Abogado. Universidad de Antioquia Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Medellín. 2020.

Patiño Mariaca, Daniel Mauricio. (2013). La constitucionalización del proceso, la primacía del derecho sustancial y la caducidad contencioso-administrativa. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 43(119), 655-703. Retrieved August 30, 2022, from http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-38862013000200006&lng=en&tlng=es.

Patiño Cano Melissa. Garantías Constitucionales del Debido Proceso en el Procedimiento Contravencional por Foto detección en Ausencia del Presunto Infractor. Monografía para optar al título de Abogada. Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Medellín 2020.

Pacheco Reyes, R. 2021. Los conceptos de función administrativa y servicio público en la jurisprudencia y en la doctrina. *Iuspublicista colombiana. Revista Digital de Derecho Administrativo*. 26 (jun. 2021), 11-48. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n26.02>.

Puentes Valencia Mario Andrés. El debido proceso y el principio de legalidad dentro del proceso de apelación ante hecho contravencional de embriaguez. Universidad de Caldas. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Maestría en Derecho Público. Manizales. 2020.

Suárez-Manrique, Wilson Yesid, La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano, 129 *Vniversitas*, 317-351 (2014). [http:// dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129.cdojdoi: 10.11144/Javeriana.VJ129.cdo](http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129.cdojdoi:10.11144/Javeriana.VJ129.cdo).

Vélez Velásquez Iván Darío. Aplicación de las garantías constitucionales y legales en el proceso contravencional de tránsito por comparendos electrónicos en la ciudad de Medellín. Universidad Autónoma Latinoamericana. Facultad de Derecho. Medellín. 2014.

Leyes

Ley 1952 de 2019. Diario Oficial Año CLIV No 50850 28 de enero de 2019 Pag 1

Decreto 019 de 2012. Diario Oficial Año CXLVII. N. 48308. 10, enero, 2012. Pág. 22.

Ley 1383 de 2010. Diario Oficial Año CXLIV. N. 47653. 16, marzo, 2010. Pág. 15.

Ley 1310 de 2009. Diario Oficial No. 47.392 de 26 de junio de 2009

Ley 909 de 2004. Diario Oficial No. 45.680, de 23 de septiembre de 2004.

Ley 769 de 2002. Diario Oficial No. 44.932 de 13 de septiembre de 2002
Jurisprudencias:

Corte Constitucional, Sentencia T-051 de 2016. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-051-16.htm>

Corte Constitucional, Sentencia C-741 de 1998. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-741-98.htm>

Corte Constitucional, Sentencia T- 616 de 2003. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-616-03.htm>

Corte Constitucional en sentencia C-227 de 2009 <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-227-09.htm>

Corte Constitucional en sentencia C 895 de 2009. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-895-09.htm#:~:text=>

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) Artículos 8 y 10.

**APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE
RIGOR SUBSIDIARIO FRENTE
A LA TENDENCIA LEGISLATIVA
ACTUAL Y EL EFECTIVO
CONTROL DE LOS RECURSOS
NATURALES EN COLOMBIA**

*Arlen Enrique Cabarcas Fernández
Miguel Pérez Vizcaino*

Resumen

La aplicabilidad del principio de rigor subsidiario para las Corporaciones autónomas y demás órganos de control ambiental regional y local resulta ser una herramienta de uso complejo, puesto que en el ejercicio de sus funciones como autoridades ambientales dentro de sus jurisdicciones aunque teóricamente les consagre la posibilidad de aplicar parámetros más estrictos a los de jerarquía superior nacional ambiental, a fin de asegurar el interés colectivo de un ambiente sano y adecuadamente protegido, siempre y cuando estos actos administrativos estén motivados y sustentados a causas especiales del territorio o circunstancias ecológicas y la regulación nacional no sea adecuada o suficiente; sin embargo esto entra en contradicción al momento de la aplicabilidad de este principio, en cuanto a la administración y gestión de los recursos y la posibilidad de solicitar requisitos adicionales a los establecidos por la normatividad vigente ante la solicitud de permisos, licencias y concesiones ambientales, lo que limita el accionar y vulnera la autonomía funcional de las mismas.

Palabras clave

Derecho ambiental, Autoridades ambientales, Rigor subsidiario, Corporaciones Autónoma Regionales, Recursos Naturales, Licencia ambiental, permisos ambientales, Bloque de constitucionalidad.

Abstract

The applicability of the principle of subsidiary rigor for the Autonomous Corporations and other regional and local environmental control bodies turns out to be a tool of complex use, since in the exercise of their functions as environmental authorities within their jurisdictions, although theoretically they have the possibil-

ity of applying stricter parameters to those of a higher national environmental hierarchy, in order to ensure the collective interest of a healthy and adequately protected environment, as long as these administrative acts are motivated and supported by special causes of the territory or ecological circumstances and the national regulation is not adequate or sufficient; However, this contradicts the applicability of this principle, in terms of the administration and management of resources and the possibility of requesting additional requirements to those established by the current regulations when applying for environmental permits, licenses and concessions, which limits the actions and violates the functional autonomy of the same.

Key words

Environmental Law, Environmental Authorities, Subsidiary Rigor, Regional Autonomous Corporations, Natural Resources, Environmental License, Environmental Permits, Block of Constitutionality.

Introducción

Los entes territoriales y las corporaciones autónomas deben acatar las normas y decisiones de jerarquía superior al establecer normas y tomar decisiones, primando lo establecido en Constitución Política y la ley, siendo esto un requisito de la jerarquía estatal. El ordenamiento jurídico colombiano, como requisito previo para su eficacia, también exige específicamente el componente legal del sistema nacional ambiental - SINA.

Sin embargo, el mero cumplimiento de las normas y decisiones superiores en materia no certifica la plena protección requerida para el medio ambiente y los recursos naturales renovables, ya que estos pueden ser insuficientes o inadecuados en casos específicos; por lo que es necesario o por lo menos conveniente

dictar normas o decisiones complementarias o adicionales que pueda otorgar mayor protección.

Es así como del principio de rigor subsidiario se desprende que, si las regulaciones o medidas de la jurisdicción territorial y de jerarquía superior son adecuadas y suficientes para la protección de estos recursos, entonces es menos probable que la autoridad regional o local no pueda aplicarlo, debido a la sustracción de materia. Sin embargo, si es el caso inverso, y las medidas regulatorias superiores no fueran suficientes, las autoridades antes mencionadas deberían poder tener competencia cuando desde la aplicabilidad de su autonomía y teniendo en cuenta que estas acciones surgen por la necesidad de gestionar y proteger un interés propio y que además excede la capacidad de autoridades superiores.

Ahora bien, no se debe obviar el hecho que el principio rigor subsidiario y su desarrollo ha sido especial y este se confina al derecho ambiental, y como tal, se ha convertido en un problema difícil en el que numerosos actores han llegado a sus propias interpretaciones, y cuando se analizan en conjunto, surgen muchas contradicciones, dejando finalmente más preguntas que respuestas. Los Antecedentes legales relacionados con este principio se sitúan en las diferentes mejoras de la implantación de las funciones ambientales de los entes territoriales y la autonomía de las Corporaciones Autónomas.

De lo anterior, se puede advertir que la importancia de esta investigación radica en la necesidad de determinar si se puede ejercer un verdadero y efectivo control de los recursos naturales bajo el uso integral de las herramientas que les otorga la Constitución y la ley que han sido ratificados a través del bloque de constitucionalidad, por lo que es necesario sortear el debate jurídico que

nos lleva a explicar o resolver la pregunta de si debe aplicar o no el principio de rigor subsidiario bajo todo este contexto, de cuyo producto se beneficiará no solo la academia sino también las entidades vinculadas a la materia y los mismos servidores públicos a través de los cuales se ejerce esta función administrativa.

Por tal motivo esta investigación surge con el objetivo de principal de determinar si bajo el contexto legislativo actual, pueden las Autoridades Ambientales realizar un efectivo control de los recursos naturales mediante el uso del Principio de Rigor Subsidiario, para dar consecución a ello se plantearon los siguientes objetivos específicos:

- Analizar los fundamentos, origen o sustento legal del principio de rigor subsidiario.
- Examinar la normatividad ambiental con relación a la administración y control de los recursos naturales.
- Revisar la tendencia actual legislativa y de órganos de control frente a las implicaciones del Principio de Rigor Subsidiario.

Para el desarrollo la investigación se requirió la utilización de una metodología de tipo socio jurídica con práctica teórica, puesto que pretende analizar la aplicación del principio de rigor subsidiario para el efectivo control ambiental por parte de las autoridades ambientales, bajo un alcance explicativo el cual trata de exponer por qué las autoridades ambientales no hacen uso del principio de rigor subsidiario en el ejercicio de sus deberes misionales. Por tanto, el método utilizado parte del análisis y síntesis de fuentes de información primaria y secundaria recopilada aplicando técnicas de análisis de contenido de textos; con el objeto de tratar de establecer en que radica la falta de aplicación del principio de rigor subsidiario.

De allí que, para dar respuesta a los objetivos la estructura del estudio se desarrolla en tres momentos, el primero establece el contexto del fundamento y sustento legal del principio del rigor subsidiario, dando paso al segundo aspecto que hace referencia a la normatividad ambiental en cuanto a la administración y gestión de los recursos, estableciendo la tendencia legislativa de los órganos de control y por último, se concluye con un análisis del uso y la aplicabilidad de este principio como herramienta aplicable desde las corporaciones y demás entes en cuanto al control de los recursos renovables.

De esta investigación se puede concluir que, a pesar de existir un amplio amparo constitucional e internacional en defensa de los recursos naturales y del mismo principio de rigor subsidiario, no es posible que las entidades de orden ambiental den aplicación al mismo, pues existe una marcada tendencia a desnaturalizar y desregularizar actividades económicas que serían objeto de control ambiental, además, por el fundado temor de los servidores de dichas entidades de ser sancionados bajo las advertencias realizadas por la Procuraduría General de la Nación, por lo cual, es improbable la aplicación de dichos principios bajo el escenario colombiano actual.

Como solución se tiene que a pesar que existen elementos de amparo constitucional y del bloque de constitucionalidad, las autoridades no hacen uso del rigor subsidiario acatando la tendencia normativa actual y además para prevenir ser sancionados por parte de los órganos de control.

Fundamentos y origen del Principio de Rigor Subsidiario

El desarrollo de la gestión medio ambiental en Colombia involucra una gran variedad de actores e intereses asociados a la protección del medio ambiente, es por esto que para el cumplimiento de sus valores misionales establecidos se precisan principios

generales que rijan como guías orientadoras en interpretación y aplicación de las normatividades ambientales.

Sin embargo, para empezar con el estudio jurídico de los fundamentos, del principio de rigor subsidiario, es necesario primero hacer un corto recorrido por el contenido que sobre la materia ambiental; iniciando por el artículo 8° que indica que es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación.

A su turno el artículo 58 de la Carta Política, orienta su contenido a la defensa de la propiedad privada, sin embargo, precisa que la misma tiene una función social que implica obligaciones, y que como tal le es inherente una función ecológica, con lo cual pasamos a determinar que el derecho a la propiedad no es absoluto en sentido estricto, sino que está supeditado a la función ecológica que por sus características particulares preste.

Por último, la carta política en el artículo 80, que le corresponde al estado, planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar un desarrollo sostenible, asegurar su conservación, restauración y sustitución, indicando además que se deben prevenir los factores de deterioro ambiental haciendo uso de las sanciones que la ley disponga y exigir la reparación de los daños causados

Estos artículos precedentes dieron lugar al desarrollo inicial de las funciones ambientales de los entes territoriales y la autonomía de las corporaciones regionales y asociado al artículo 288 de la Constitución Política, donde estos principios se establecen como herramientas de coordinación de las funciones ambientales que puedan limitar la soberanía local en torno a lo ambiental.

Bajo el anterior contexto Constitucional, se acoge el Principio de Rigor Subsidiario, circunscrito al derecho ambiental, el cual se fundamenta legalmente a partir de la Ley 99 de 1993, la cual crea el ministerio de ambiente y reorganiza el sector publico asociado, instaurando el sistema nacional ambiental SINA y estableciendo las competencias y obligaciones de todos los actores involucrados.

Sin embargo ante la pluralidad de actores intervinientes, se contemplaron principios armonizadores de las competencias concurrentes; empero los orígenes del principio de rigor subsidiario se remontan a nivel nacional a los antecedentes de la expedición de la Ley 99/93, con el proyecto de Ley 129/92 el cual dio inicio al debate sobre la creación de la estructura publica del Sistema Nacional de Ambiente y el Ministerio de ambiente, el cual fue presentado por el gobierno desde el ministerio de agricultura, esto unido al proyecto alternativo 99-92 presentado por el sindicato de trabajadores del Inderena, abrieron paso al primer debate de la Comisión Quinta del Senado.

Ahora bien, el proyecto de Ley también enfatizó que el título de las Corporaciones autónomas se adicionó armónicamente con las funciones del Ministerio y demás entes territoriales en lo que corresponde a la facultad de establecer a partir del rigor subsidiario limites, y tasas de aprovechamiento, contaminación y demás usos que incidan en los recursos renovables; y con el proyecto de Ley 67/93 se abre el segundo debate que elimina el “ámbito local” y fija lo hoy dispuesto en el artículo 63 de la Ley 99-93 referente a las licencias ambientales.

Dicho artículo 63 estableció que, para las entidades de desarrollo sostenible, las corporaciones autónomas y autoridades ambientales urbanas entre otros distritos, fuera otorgada la potestad

de aplicar más y no menos exigencias en el cumplimiento de las normas ambientales.

Lo anterior en virtud de garantizar la preservación y protección armónica del patrimonio ambiental del territorio sin perder de vista las especialidades y particularidades de los territorios sujeto a los tres principios normativos generales, armonía regional, gradación normativa y rigor subsidiario

Es por esto que el objetivo principal de este último principio es establecer una relación armónica en las competencias en torno a lo ambiental, permitiendo que las autoridades de los territorios, distritos y/o municipios establezcan la adecuación de las normas generales a las necesidades o singularidades y necesidades del territorio, sin desvirtuar, ni contradecir las de jerarquía superior.

El Principio de Rigor Subsidiario y su relación con la administración y control y protección de los recursos naturales

La Constitución Política de Colombia como se dijo anteriormente establece en diversos de sus apartes una protección especial al medio ambiente y a los recursos naturales, y establece que la explotación de los recursos naturales se llevarán a cabo bajo principios de desarrollo sostenible procurando su conservación y restauración, esto con el efecto de prevenir el deterioro ambiental, lo que indica que dicha constitución dicta las garantías necesarias para que el ejercicio de las actividades económicas relacionadas con la explotación del medio ambiente se lleven a cabo bajo criterios de responsabilidad ambiental.

Así mismo, lo establecido en el artículo 93 superior, reforzado con lo sentado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-205 de

1995, sobre el bloque de constitucionalidad, lleva a entender que los derechos de carácter ambiental, se convierten en un derecho fundamental en la medida que con ellos se garantiza la vida y el desarrollo de la diversidad ecológica.

Bajo estas nociones se promulga la Ley 99 de 1993, la cual procura una gestión integral de los recursos naturales en Colombia a partir de los principios orientadores, unas normas específicas, la designación de unas entidades integradoras del Sistema Nacional Ambiental como Directores de la Política Ambiental en Colombia y establece determinadas fuentes y recursos explotables dentro de la Nación.

A partir de lo anterior se establecieron unos principios orientadores de las políticas ambientales de los cuales cobra relevancia para el presente estudio el denominado Principio del Rigor Subsidiario, el cual está llamado inicialmente a dar solución a conflictos de competencia entre las entidades integradoras del SINA, y consiste de manera general, en que las entidades o autoridades ambientales de menor grado pueden realizar regulaciones normativas haciendo más rigurosos los requisitos dispuestos por entidades superiores, siempre que se detecte y se justifique adecuadamente que la materia o actividad a regular puede causar o generar algún tipo de impacto no previsto en las directrices superiores debido a las particularidades de los temas o trámites, y según las particularidades de las regiones en las cuales se aplicaría.

A la luz de este estudio resulta coyuntural la comprensión del principio de rigor subsidiario que emana de la Declaración de Estocolmo, proferida por las Naciones Unidas en 1972 y acogida en Colombia en la Ley 99 de 1993, en la que se indicó particularmente en el artículo 63, los principios normativos generales de los que se rescata claramente lo siguiente:

“Principio de Rigor Subsidiario. Las normas y medidas de policía ambiental, es decir, aquellas que las autoridades medioambientalistas expidan para la regulación del uso, manejo, aprovechamiento y movilización de los recursos naturales renovables, o para la preservación del medio ambiente natural, bien sea que limiten el ejercicio de derechos individuales y libertades públicas para la preservación o restauración del Medio Ambiente, o que exijan licencia o permiso para el ejercicio de determinada actividad por la misma causa, podrán hacerse sucesiva y respectivamente más rigurosas, pero no más flexibles, por las autoridades competentes del nivel regional, departamental, distrital o municipal, en la medida en que se descende en la jerarquía normativa y se reduce el ámbito territorial de las competencias, cuando las circunstancias locales especiales así lo ameriten, en concordancia con el Artículo 51 de la presente Ley”.

La aplicación material de este principio del derecho ambiental cobra vital relevancia en su aplicación, puesto que, desde el punto de vista dogmático y teleológico es ideal para la conservación del medio ambiente y los recursos naturales, sin embargo, su aplicación principal la observamos durante el otorgamiento de licencias, permisos autorizaciones y concesiones e carácter ambiental, reglados inicialmente en el mismo cuerpo de la Ley 99 del 93 y posteriormente en el Decreto Compilatorio 1076 de 26 de mayo de 2015, el cual fija un procedimiento de forma y requisitos para cada una de las actividades que se puedan ejecutar y que representen una afectación al medio ambiente, pues.

En uso de este principio rector, pueden las Autoridades Ambientales, exigir mayores requisitos o condiciones a lo que establece el Decreto Compilatorio fundados siempre en el interés de sostenibilidad y conservación de los recursos naturales.

Ahora bajo el anterior escenario las Autoridades Ambientales, de sus distintos niveles, en ejercicio de las facultades de preservación del medio ambiente, tienen por ministerio de la Constitución, el Bloque de Constitucionalidad y la ley, la potestad de hacer rigurosas determinadas normas, esto claro está, en cumplimiento de los deberes nacionales que les han sido asignadas, lo que claramente es coherente con el interés progresista de generar mejores condiciones ambientales dentro de nuestro país

Tendencia actual legislativa y de órganos de control frente a las implicaciones del Principio de Rigor Subsidiario

Sin embargo a pesar de encontrarse dispuesto en las normas de rango superior y las regulatorias de la materia en específico, existe actualmente en Colombia una tendencia que nos invita a pensar que el interés actual de la Nación, es desdibujar aquellas ganancias progresistas ambientales al poner talanqueras y prohibir directa o indirectamente a través de los órganos legislativos y de control el ejercicio de esa facultad fundada en el Rigor Subsidiario, para hacer un efectivo control de los recursos naturales en Colombia.

La tendencia que se estudia en este documento se vincula de manera inicial a la expedición del Decreto 2106 de 2019, por el cual se dictaron normas para simplificar, suprimir y reformar trámites, procesos y procedimientos innecesarios al interior de la administración pública, en la cual de manera particular estableció en el artículo 125 lo siguiente:

“Artículo 125. Requisitos únicos del permiso o licencia ambiental. Las personas naturales y jurídicas deberán presentar la solicitud de concesión, autorización, permiso o licencia ambiental, según

el caso, cumpliendo los requisitos establecidos en la legislación nacional. En consecuencia, las autoridades ambientales no podrán exigir requisitos adicionales a los previstos en el Decreto Ley 2811 de 1974, Ley 99 de 1993 y demás disposiciones reglamentarias en materia ambiental.

Parágrafo 1. En ningún caso por vía reglamentaria podrá facultarse a las autoridades ambientales para establecer requisitos, datos o información adicional para efectos de dar trámite a la solicitud.

Parágrafo 2. Para el desarrollo o ejecución de proyectos, obras o actividades que requieran licencia, permiso, concesión o autorización ambiental y demás instrumentos de manejo y control ambiental, que impliquen intervención de especies de la flora silvestre con veda nacional o regional, no se requerirá adelantar el trámite de levantamiento parcial de veda. La autoridad ambiental competente, impondrá, dentro del trámite de la licencia, permiso, concesión o autorización ambiental y demás instrumentos de manejo y control ambiental, las medidas a que haya lugar para garantizar la conservación de las especies vedadas”. Subrayas fuera del texto original

De lo anterior surge una gran contradicción puesto que por una parte se faculta a las Autoridades Ambientales a exigir mayores requisitos y condiciones en procura de la conservación del medio ambiente y de la otra, se les prohíbe tajantemente exigir mayores requisitos adicionales a los establecidos en la norma, bien pudiéramos pensar que esta dicotomía normativa podía haber sido solucionada a través de nuestra honorable Corte Constitucional, mediante el control de constitucionalidad que le corresponde, sin embargo, observamos en la Sentencia C-145 de 2021 (M.P. Paola Meneses Mosquera), en la que se resolvió la acción públi-

ca de inconstitucionalidad presentada en en contra de algunos apartes contradictorios con la Constitución Política del artículo 125 del Decreto Ley 2106 de 2019 que a juicio del actor atentan contra tres focos esenciales (i) la autonomía de las entidades territoriales, (ii) la autonomía funcional de las Corporaciones Autónomas Regionales (en adelante las “CAR”) y el principio de rigor subsidiario y (iii) el derecho a un ambiente sano.

Sin embargo, a pesar que como se ha mostrado, existe una clara contradicción entre lo que establece la Constitución Política, la Ley 99 de 1993, nuestra honorable Corte Constitución dirimió la acción pública de inconstitucionalidad, se determinó que la norma hoy objeto de controversia es ajustado a la Constitución Política Colombiana y que, por tanto, no viola la autonomía administrativa que tienen las autoridades ambientales, sentar entre sus consideraciones lo siguiente:

“La Corte adelantó el estudio de constitucionalidad de las expresiones acusadas del primer inciso y el parágrafo 1º de la norma demandada. A título preliminar, reconoció que la autonomía funcional de las CAR es una garantía institucional que confiere a estas corporaciones la potestad general de ejercer sus funciones con un determinado grado de libertad e independencia frente a las autoridades ambientales nacionales. La autonomía funcional se concreta en la potestad de estas corporaciones de expedir regulaciones y fijar políticas ambientales en su jurisdicción en aspectos complementarios a los delineados por la autoridad central o no fijados por esta.

La Sala Plena precisó que, dado que la Constitución no define el grado de autonomía mínimo que debe ser respetado a las CAR, el legislador tiene un margen de configuración considerable en la materia. Este margen, le permite limitar la autonomía y, en con-

creto, restringir la potestad de las CAR de fijar requisitos complementarios a los previstos en la ley y en los reglamentos de aplicación nacional. Sin embargo, la Corte enfatizó en que dicho margen no es absoluto y, por lo tanto, el legislador no está habilitado para anular la autonomía de las CAR y limitar desproporcionadamente el principio ambiental de rigor subsidiario. Por el contrario, las limitaciones que el legislador imponga deben ser proporcionadas.

En tales términos, a partir de la aplicación de un juicio de proporcionalidad de intensidad intermedia, concluyó que las limitaciones que las expresiones demandadas imponían a la autonomía funcional de estas corporaciones, así como las restricciones a la aplicación del principio de rigor subsidiario, se encontraban justificadas. Esto, por tres razones:

(i) Primero, perseguían finalidades constitucionales importantes, a saber: la seguridad jurídica, el debido proceso administrativo, la eficiencia en la administración pública y la materialización del mandato previsto en el artículo 84 de la Constitución.

(ii) Segundo, la medida consistente en unificar los requisitos, información y datos que debían ser cumplidos y presentados por el interesado para que la autoridad ambiental diera trámite a la solicitud de las autorizaciones ambientales era efectivamente conducente para alcanzar dichas finalidades.

(iii) Tercero, las limitaciones eran proporcionadas en sentido estricto. En criterio de la Sala Plena, estas no implicaban una supresión o modificación de las funciones constitucionales y legales de protección ambiental

a cargo de estas corporaciones y tampoco anulaban el principio de rigor subsidiario, en los términos en que este ha sido definido por la jurisprudencia constitucional. Además, no causaban una afectación excesivamente gravosa a la autonomía funcional de las CAR en el ejercicio de su función de aprobación de licencias, permisos, concesiones y autorizaciones ambientales.

En síntesis, la Corte concluyó que la norma demandada logra alcanzar un adecuado equilibrio entre los principios de coordinación, concurrencia, rigor subsidiario y gradación normativa que garantiza una suficiente protección del medio ambiente y, al mismo tiempo, fomenta el desarrollo económico y social”

A lo anterior también se suma el Memorando No. 012 de 25 de agosto de 2021, emanado de la Procuraduría General de la Nación, la cual en uso de la función preventiva consagrada en los artículos 277 y 278 de la Constitución Política y en el marco del Decreto 2106 de 2019 y su artículo 125, hace un llamado de advertencia a las entidades o autoridades ambientales y a sus funcionarios, para que se abstengan de exigir condiciones, requisitos o trámites adicionales a los establecidos en el Decreto 1076 de 2015 y la Ley 99 de 1993, anulando -per se- cualquier facultad o ánimo que tuvieran los operadores jurídicos de estas entidades para aplicar siquiera de manera accidental el principio del rigor subsidiario

Ahora bien, bajo todo este contexto constitucional, internacional y legal, nos cuestionamos dentro del presente estudio, lo siguiente:

¿Pueden actualmente las Autoridades Ambientales en cumplimiento de sus deberes misionales, ejercer un verdadero control

de los recursos naturales bajo la aplicación del Principio de Rigor Subsidiario o si por el contrario ha sido este desnaturalizado de manera tácita?

En respuesta a nuestra pregunta problema, dentro de los principios de la regulación ambiental, es imposible limitar la importancia del principio de rigor subsidiario y enmarcarlo solo como un procedimiento; a pesar de lo anterior, no basta con invocarlo en la actuación administrativa debido a los requisitos procesales para la aplicabilidad, reglados principalmente por la Ley N° 99 de 1993 y la Ley N° 1768 de 1994, lo que establece que cualquier acto administrativo que se expida bajo la aplicabilidad de este principio deberá estar motivado, además deberá sustentarse dichas circunstancias especiales o locales que dieron lugar a la expedición de la complementariedad, por lo que dichas medidas deberán ser más rigurosas y no condescendientes, de conocimiento público, apelables y de vigencia transitoria.

Sin embargo, la apelación de este principio para las autoridades ambientales en el ejercicio de sus funciones suele ser confuso, y poco claro, puesto que no se establecen lineamientos determinantes para su aplicación, y representa un riesgo jurídico para sus funcionarios en relación con los entes de control.

Ahora bien, la sentencia C-145 de mayo del 2021 de la corte constitucional que hace referencia a la exequibilidad del art. 125 del Decreto 2106 del 2019 el cual simplifica, suprime y reforma trámites y procedimientos innecesarios en la administración pública, y que podría estar incurriendo en la vulneración autónoma funcional de las corporaciones y el principio de rigor subsidiario en cuanto a la prohibición de la solicitud o el establecimiento de requisitos o datos adicionales a los previstos por la normatividad ambiental vigente; afirmando que aunque reitera la autonomía

de las corporaciones, también reseña que dicho principio reconoce las normas ambientales de carácter nacional como estándares de cumplimiento mínimo que dichas autoridades deberán cumplir y que dado el caso de situaciones especiales relacionados con el territorio o con circunstancias ecosistémicas determinadas ameriten podrían hacer más rigurosas estas normas.

Sin embargo, dicha sentencia establece que las corporaciones y dicho principio al no ser absolutos no podrán desconocer los mandatos legales y reglamentos establecido de orden nacional por lo que quedan sujetas y limitadas a la aplicabilidad de los ordenamientos nacionales y la unificación de requisitos asociados a la etapa de solicitud de los permisos en materia ambiental.

Esta situación vuelve compleja la posibilidad de utilizar el principio de rigor subsidiario como herramienta para el control de los recursos naturales por parte de las autoridades ambientales regionales, puesto que la línea de incurrir en extralimitaciones y errores es muy delegada, y los convierte en objetivo de sanciones por los entes de control, lo que dificulta el cumplimiento de las funciones misionales que en ocasiones resultan ser complejas de atender que derivan de las características diversas en los territorios y las diferentes complejidades ambientales; por lo que esto se traduce en un temor constante que limita el uso de este principio y la determinación de aplicar solo los mecanismos reglamentados, representando un riesgo latente aquellos casos en el que los vacíos normativos no permiten el control y reglamentación de las autoridades para prevenir o mitigar los impactos en los ecosistemas.

Conclusiones

Las nociones de República unitaria, y autonomía administrativa y territorial, y por lo que la tendencia de la Corte constitucional ha

establecido que los principios de autonomía y unidad no se contradicen, por el contrario, se armonizan; porque las necesidades locales se toman en cuenta, sin embargo, no pueden ser vistas como un poder soberano, pues deben gestionarse dentro de los límites establecidos por la Constitución y la Ley.

En la aplicación del principio de rigor coexisten la descentralización especializada y la descentralización territorial, y esto ocasiona dificultades y conflictos de competencia; por lo que la Corte Constitucional reitera que la autonomía debe advertirse como un atributo limitado, sujeto a control de la autoridad central y el grado de esta autonomía dependerá de los alcances de intereses que pudieran afectarse en un momento dado (M.P. Escobar G. R. Sentencia C-894 - 2003).

Estas situaciones han ocasionado que algunos vacíos jurídicos sean suplidos desde una perspectiva técnica, causando una normatividad imprecisa y desprovista de análisis consecuente, a raíz de lo anterior puede advertirse que el contenido técnico de la normatividad ambiental sea amplio, mientras que el componente jurídico parta de principios normativos generales que en algunos casos es insuficiente.

A raíz de lo anterior las últimas décadas en Colombia el fortalecimiento jurídico en materia ambiental ha fijado una nueva tendencia, en la que se ha identificado la necesidad de realizar ajustes en regulaciones expedidas que han evidenciado debilidades jurídicas en las normas de protección medioambiental.

Aunque este tipo de situaciones ha conllevado a que más de 8 corporaciones que actuando bajo el principio de Rigor subsidiario en los últimos 12 años apelen al Ministerio para la aceptación de más de 10 reformas traducidas en actos administrativos aso-

ciados un control más riguroso en aspectos como, calidad de aire, licencias ambientales, residuos, vertimientos y fauna, ocho de ellos no fueron declarados como permanentes, estableciendo permanencia parcial solo en 2 de ellos.

Esto demuestra que los indicadores de actuación bajo el rigor subsidiario son bastante bajos, por lo que se convierte en una herramienta que debería ser fortalecedora en el control y protección de los recursos en cabeza de las corporaciones, sin embargo, con el bajo margen de éxito, se convierte en un riesgo de no ser usado.

Si bien los argumentos técnicos son un aliado al momento de argüir las necesidades y la mayor rigurosidad en ciertos aspectos específicos en el marco ambiental que pueden presentarse en determinadas áreas, para el ministerio no son del todo admisibles en la toma de decisiones frente a la aceptación permanente de un acto administrativo avocado desde este principio, lo que supone un desgaste administrativo y técnico del solicitante que en muchas ocasiones no genera efectos.

Sin embargo, la posición de los entes de control frente a estas circunstancias no es consecuente, puesto que las obligaciones conferidas a las corporaciones y demás entes deben tener cumplimiento, y presuponen que el proceso es suficiente para su ejecución sin tener en cuenta las limitaciones y circunstancias asociadas.

Ahora bien, este escenario expuesto debe llevar a reflexionar sobre las aplicaciones y el margen de autonomía de las corporaciones, por lo que es imperativo que se haga apertura al debate frente a la redefinición de las competencias del Ministerio frente a la demanda de actos administrativos previstos desde el rigor

subsidiario; pues tal como se mencionó previamente, la posibilidad del no uso de este instrumento es inminente y las confusiones complicaciones y efectos que puedan derivarse de este siguen siendo latentes a pesar de las múltiples acciones aclaratorias solicitadas; esto consecuentemente afecta a las corporaciones y demás entes territoriales lo que supone limitaciones en el accionar de las mismas, pues tal como lo reconoce la Constitución, las características de los territorios son diferentes y esto indica que la generalidad de las normas ambientales pueden dejar desprovistas ciertas áreas con particularidades especiales y específicas. Lo que podría convertirse en problemas ambientales con mayor incidencia y afectación.

Las Corporaciones Autónomas Regionales - CAR se constituyen en las entidades que deben dar cumplimiento a las políticas ambientales fijadas por el gobierno nacional, quien tiene facultades normativas que permiten la elaboración de disposiciones legales bajo la responsabilidad del Ministerio de Ambiente, sujeto al respeto de las políticas ambientales de los municipios bajo su jurisdicción territorial.

En este sentido, es importante recalcar la ley debe definir los criterios de competencia territorial de estas entidades que asumen como autoridades territoriales, puesto que, en la norma de creación, no se determinó el ámbito físico de las Corporaciones Autónoma Regional, bajo criterios para la división política del trabajo ambiental en Colombia.

Por otro lado, se identificó que la aplicación del principio de subsidiario como instrumento apelable para las corporaciones en el cumplimiento de sus responsabilidades misionales actualmente es muy poco aplicable, puesto que está sujeto al criterio y decisión del ministerio de ambiente, y la baja tasa de aceptación

de estos actos administrativos llevan a concluir que no es un recurso viable, por lo que implícitamente puede conllevar a la no utilización de este principio.

Por lo que es imperante la necesidad de someter a discusión la funcionabilidad de este principio, ya que está limitado por los criterios de necesidad y pertinencia que sustenten la actuación, bajo la autoridad reglamentaria del presidente de la República y del Ministerio del Ambiente, sin embargo, se puede considerar que, en términos ambientales, la exención de esta limitación debería ser considerada.

Referencias bibliográficas

Albert, Lilia A. México Contaminación ambiental: origen, clases, fuentes y efectos. Curso básico de toxicología ambiental., Aproximación a las autoridades ambientales regionales en Colombia. Lacouture, 1998.

Berrocal Guerrero, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Tercera Edición. 2004.

Caballenas De Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta S.R.L. Undécima edición. 1993.

Carrizosa, Julio, Construcción de la Teoría de la Sostenibilidad. En Misión Rural, Transición, Convivencia y Sostenibilidad. Santa Fe de Bogotá, 2011.

Cifuentes, G. E. Desarrollo legal y jurisprudencial del principio del rigor subsidiario. Jurídicas CUC, 2013.

Congreso de la República de Colombia, Ley 99 de 1993, Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional

Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C.: Congreso de la República de Colombia. 1993

Corte Constitucional, T - 067. M.P. Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón. Febrero 24 de 1993.

Corte Constitucional. C-145. M.P. Mene Mosquera Paola Andrea. mayo 20 de 2021.

Expediente de la Ley 99 de 1993, Archivo legislativo del Congreso de la República, Tomos I y II.

García Henao, Lilibeth. Teoría del desarrollo sostenible y legislación ambiental colombiana, una reflexión, cultural, Bogotá, 2013

Ley 489 de 1998, por la cual se regula el ejercicio de la función administrativa, determina la estructura y define los principios y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la administración pública.

Ley 99 de 1993, por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se reorganiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones.

Libro Blanco de Responsabilidad Ambiental. Dirección General de Medio Ambiente de la Comisión Europea. 2000.

Macías Gómez, Luis Fernando. Introducción al derecho ambiental. Bogotá: Editorial Legis. Primera edición. 1999.

Maya, Augusto Ángel. «Desarrollo Sustentable o Cambio Cultura, En Siglo XXI - Memorias del Seminario Internacional sobre Desarrollo Sostenible, tomo 1, p. 208 a213. Santa Fe de Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1994.

MC Cadden, Carlos. El principio de subsidiariedad y el Tratado de Maastricht. Estudios de filosofía y letras. Otoño de 1992.

Olano García, H. El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. 2005

Patin Cure O. Procuradora Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios, agosto 25 de 2020, Memorando No. 012, requisitos y exigencias para el adelantamiento de trámites administrativos de licencias, permisos, autorizaciones, concesiones, para el uso y aprovechamientos de los recursos naturales renovables

Presidencia de la República, Decreto 1076 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Presidencia de la República, Decreto 2106 de 2019, Por el cual se dictan normas para simplificar, suprimir y reformar trámites, procesos y procedimientos innecesarios existentes en la administración pública

República De Colombia, Corte Constitucional, Sentencias C-517 de 1992, C534 de 1996, C-535 de 1996, C-064 de 1998, C-596 de 1998, C795 de 2000, C-1258 de 2001, C-293 de 2002 y C-894 de 2003.

República De Colombia, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial: Oficio 2400-E2-32106 de 2006 y Oficio 2400-E2-10282 de 2006.

Resolución 0404 del 6 de abril de 2004, por la cual el MAVDT decidió prorrogar la vigencia hasta el 13 de febrero de 2005 de la Resolución 161 del 13 de febrero de 2004 de la Corporación Autónoma Regional del Magdalena.

Rodríguez R., Libardo. Derecho administrativo general y colombiano. Bogotá: Editorial Temis. Octava Edición. 1995.

Rodríguez, Gloria Amparo. “El derecho a gozar de un medio ambiente sano. ¿Utopía o realidad?”. En: Controversias constitucionales. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009

Santofimio G., Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo. Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1998. Quinche Ramírez, Manuel Fernando. Derecho constitucional colombiano de la carta de 1991 y sus reformas. Colección Textos de Jurisprudencia. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

Universidad del Rosario. El medio ambiente sano, un derecho de todos. [ed.] Rodrigo Díaz. Primera. Bogotá D.C. 2010.

Jurisprudencia nacional

Colombia, Corte Constitucional

Sentencia C-528 de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz.

Sentencia C-423 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia C-495 de 1996, M.P. Fabio Morón Díaz.

Sentencia C-126 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-328 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-671 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería.

Sentencia C-287 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C-1172 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia T-851 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Sentencia T-055 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

**LA INCONSTITUCIONALIDAD QUE
GENERA LA VIGENCIA TÁCITA DEL
DECRETO NO. 0977 DE 2001, POT
DEL DISTRITO DE CARTAGENA**

*Oswaldo Alberto Martínez Betancourt
Gustavo Alfonso Marrugo Lozada*

Resumen

Este artículo, lo presentamos como una herramienta jurídica y socio jurídica teniendo un carácter exploratorio, descriptivo, explicativo y correlacional. Esta herramienta posibilita entender que sobre el Plan de Ordenamiento Territorial que viene adoptado por el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias mediante Decreto Distrital Número 0977 de 2001 expedido el 20 de noviembre del año 2001, como consecuencia de no haber sido aprobado por parte del Concejo Distrital de Cartagena dentro del término de los sesenta (60) días siguientes contados a partir de la presentación del proyecto, como lo dispone el artículo 29 del Decreto Nacional número 879 de 13 de mayo del año 1998, para destacar nuestro de Plan de Ordenamiento Territorial tuvo como visión que desde su aprobación hasta el año 2011 la ciudad tuviera una prosperidad colectiva tanto en lo social, cultural, económico y urbanísticamente y llegar hacer una sociedad forzada en la conservación del patrimonio cultural y natural y, con una gestión pública transparente y descentralizada. Sin embargo, su vigencia ha perdido fuerza y credibilidad debido a su vigencia constitucional y legal desde el pasado año 2014 hasta la presente fecha, viene ocasionando lagunas normativas locales en sus componentes generales, urbano y rural del Distrito de Cartagena, originando principalmente la indebida utilización del suelo por parte de la población Cartagenera, producto del crecimiento exponencial del territorio local y nuevas construcciones de viviendas y edificios residenciales y comerciales como crecimiento territorial atendiendo las dinámicas cambiantes dentro del entorno Distrital. Dicho esto, la visión planeada en el POT durante los tres (3) períodos que estuvo vigente, no ha sido ajustada a las nuevas demandas sociales que utilizan el suelo sin un objetivo claro y sin rumbo, teniéndose en los períodos siguientes un absoluto silencio administrativo y político por parte de los alcaldes de turno y cabildantes de la ciudad.

Entonces, siguiendo el hilo conductor de lo hasta ahora expuesto, la inconformidad planteada en la presente obra de investigación científica parte desde el año 2014 hasta la actualidad, tomando como punto de partida el **DECRETO DISTRITAL NÚMERO 0977 de 2001** expedido el **20 DE NOVIEMBRE DE 2001** por el alcalde Mayor de Cartagena de Indias “**Por medio del cual se adopta el Plan de Ordenamiento Territorial del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias**”¹; norma de orden territorial, que como bien sabemos su período Constitucional viene desactualizado desde el año 2014, desacelerando el desarrollo físico del territorio local pero dentro del marco legal, siendo principalmente el indebido uso del suelo y de las tierras disponibles, como asentamientos humanos en terrenos de alto riesgo natural, tecnológico y ambiental para de la población allí estacionada, contrariando el Estado Social de Derecho que pregona nuestra Carta Política encontramos como los fines del Estado de Colombiano representado en los distintos niveles territoriales municipios, departamentos, regiones y provincias sobre servir a la comunidad, promover la prosperidad general garantizando la efectividad de los principios, derechos y deberes, contrariando normas supralegales de orden nacional e internacional como son los artículos 288, 311, 313 y 315 de la Constitución Política de Colombia, leyes 136 de 1994 “*Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios*”, 388 de 1997 “*Por la cual se modifica la Ley 9 de 1989, y la Ley 2 de 1991 y se dictan otras disposiciones*”, 1454 de 2011 “*competencia en materia de ordenamiento territorial*” y, del Decreto Nacional Número 0879 de 1998, estando a cargo del Municipio de formular y adoptar Planes de Ordenamiento Territorial, con una vigencia equivalente a tres (3) períodos constitucionales de administraciones municipales y distritales. Finalmente, hasta la presente fecha la vigencia tácita del Plan de Ordenamiento Territorial del Distrito de Cartagena su

1 DECRETO DISTRITAL NÚMERO 0977 de 2001 del 20 de noviembre del año 2001

desactualización atenta contra la Dignidad Humana de la población Cartagenera al no contar con un instrumento que fije una política clara y contundente sobre el desarrollo del espacio del espacio territorial integrado por los procesos de urbanización y sistemas de ciudad.

Abstract

This article is presented as a legal and socio-legal tool of an exploratory, descriptive, explanatory and correlational nature. This tool makes it possible to understand the Land Use Plan adopted by the Tourist and Cultural District of Cartagena de Indias through District Decree Number 0977 of 2001 issued on November 20, 2001, as a consequence of not having been approved by the District Council of Cartagena within the term of sixty (60) days following the presentation of the project, as provided in Article 29 of National Decree number 879 of May 13, 1998, to highlight our Land Management Plan had the vision that from its approval until 2011 the city would have a collective prosperity both socially, culturally, economically and urbanistically and become a society forced in the conservation of cultural and natural heritage and, with a transparent and decentralized public management. However, its validity has lost strength and credibility due to its constitutional and legal validity since last year 2014 to the present date, has been causing local regulatory gaps in its general, urban and rural components of the District of Cartagena, mainly originating the improper use of land by the population of Cartagena, product of the exponential growth of the local territory and new construction of housing and residential and commercial buildings as territorial growth attending the changing dynamics within the District environment. That said, the vision planned in the POT during the three (3) periods that it was in force, has not been adjusted to the new social demands that use the land without a

clear objective and without direction, having in the following periods an absolute administrative and political silence on the part of the mayors of turn and lobbyists of the city.

Then, following the thread of what has been exposed so far, the nonconformity raised in the present work of scientific research starts from the year 2014 to the present, taking as a starting point the DISTRICT DECREE NUMBER 0977 of 2001 issued on NOVEMBER 20, 2001 by the Mayor of Cartagena de Indias "By means of which the Territorial Ordering Plan of the Tourist and Cultural District of Cartagena de Indias is adopted" ; This is a norm of territorial order, which as we well know its Constitutional period has been outdated since 2014, slowing down the physical development of the local territory but within the legal framework, being mainly the improper use of land and available land, as human settlements on land of high natural, technological and environmental risk for the population there, The social rule of law that our Political Charter proclaims is contrary to the purposes of the Colombian State represented in the different territorial levels of municipalities, departments, regions and provinces on serving the community, promoting general prosperity, guaranteeing the effectiveness of the principles, rights and duties, contrary to the social rule of law that our Political Charter proclaims, rights and duties, contrary to supra-legal norms of national and international order such as articles 288, 311, 313 and 315 of the Political Constitution of Colombia, laws 136 of 1994 "By which norms tending to modernize the organization and functioning of the municipalities are dictated", 388 of 1997 "By which Law 9 of 1989 is modified, and Law 2 of 1991 and other provisions are issued", 1454 of 2011 "competence in matters of territorial planning" and, of the National Decree Number 0879 of 1998, being in charge of the Municipality to formulate and adopt Territorial Planning Plans, with a validity equivalent to three (3) constitutional peri-

ods of municipal and district administrations. Finally, up to the present date, the tacit validity of the Territorial Ordering Plan of the District of Cartagena its outdatedness attempts against the Human Dignity of the population of Cartagena by not having an instrument that fixes a clear and forceful policy on the development of the space of the territorial space integrated by the processes of urbanization and city systems.

Introducción

Una entidad territorial especial como un Distrito, agrupa múltiples problemáticas todas girando entorno a la mayor o menor materialización de las expectativas positivas en efectividad de cumplimiento y desarrollo de derechos, también entendidos como la praxis del bienestar social, la consolidación de una ciudadanía activa y responsable, y de una gobernanza local que ejecute las políticas públicas como verdaderos canales de su realización.

La necesidad de una verdadera articulación entre planes de ordenamiento territorial “POT” y las políticas públicas que ellos generan y, sobre los derechos fundamentales consignados a los ciudadanos, se tiene que es una obligación social y jurídica. En el sentido del establecimiento de garantías materiales y técnicas que garanticen el gozo, disfrute y reconocimiento de bienes y servicios. El papel principal de los POT, está en la de mediar entre las necesidades básicas insatisfechas y la generación de nuevas respuestas hacia ellas, precisamente en llenar esos vacíos gubernamentales, de índole normativo y administrativo que a la consagración del futuro POT no se han materializado.

La protección de los mismos a través de los marcos legales de regulación, que brinden seguridad jurídica para la proyección de las expectativas sociales y económicas, en un territorio de suma

importancia para el País y la Región a escala global de Latinoamérica como lo es Cartagena.

En un Distrito especial como lo es la Ciudad de Cartagena, esta problemática cobra unos tintes especiales, frente a la recuperación del tejido humano, según el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas “DANE”; en el Distrito Turístico y Cultura de Cartagena de Indias, la tasa de pobreza extrema monetaria hacen a números históricos, que imperiosamente el gobierno distrital debe permear en sus políticas públicas, y más aún en un POT que genere dicha triada de articulación, entre gobierno y la ciudadanía como sociedad activa, se calcula que el 9,6 % de toda la población cartagenera vive en pobreza monetaria extrema, y el índice nacional de Colombia es el del 5,5%. Lo que indica a escala macroeconómica que estamos rezagados por las métricas totales del País, acentuando aún más las problemáticas sociales que eso conllevan.

Conviene advertir que frente al POT de Cartagena, la situación fáctica es mucho más complejo, esté Plan de Ordenamiento Territorial data su constitución desde el año 2001; formalizado a través del Decreto Distrital No. 0977 de 2001, lo que sumariamente deja en evidencia empírica que tenemos una falta de regulación y actualización de nuevas realidades sociales de más de 12 años. En la actualidad existen unos diagnósticos iniciales en aras de la realización de actualizar el POT para la Ciudad², los diagnósticos de agosto de 2021, y mayo de 2022, la Secretaria de Planeación de la Alcaldía Mayor del Distrito de Cartagena de Indias, evidencian la necesidad imperante de la implementación y/o actualización del POT local, que regule aspectos urbanísticos, ambientales, económicos, de vivienda social y demás componentes que conlleven y salvaguarde una protección constitucio-

2 <https://pot.cartagena.gov.co/>

nal de ese Estado Social de derecho contenido en el artículo 1° de la Carta Política de Colombia.

Así las cosas, y bajo estos preceptos, nace la necesidad de estudiar y examinar la ausencia de normas sustanciales para la protección, las garantías y tutela de los derechos de la ciudadanía cartagenera, con ocasión a los vacíos y ausencias normativas por la no revisión, ajuste y actualización del POT del Distrito Turístico y Cultural.

Finalmente, nuestro artículo científico se desarrollará a la luz de los dos primeros objetivos, de tres (3) que vienen planteadas en el anteproyecto, estos son, (i) Establecer los alcances y afectaciones de los derechos de las personas por la omisión de actualizar el POT del Distrito de Cartagena y (ii) Determinar las consecuencias jurídicas que ha generado el vacío normativo local relacionados con los derechos fundamentales de los ciudadanos Cartageneros sobre la indebida utilización del suelo dentro del territorio Distrital; siendo éstos los más significantes, resaltantes y congruentes ligados a la protección de la Dignidad Humana de la población cartagenera.

Alcances y afectaciones de los derechos de las personas por la omisión de actualizar el POT del Distrito de Cartagena

Haciendo énfasis al primer objetivo específico podemos determinar que los desarrollos normativos del POT, especialmente destinados a las garantías ciudadanas desarrolla a gran escala los principios constitucionales, enmarcados en la estructura y fines del Estado. Como son los artículos 1° y 2° de nuestra ley fundamental. En la ausencia de dichas disposiciones tutelares de derechos fundamentales, a nivel territorial la desprotección no

solo es flagrante, sino que cumple los fines del Distrito especial de Cartagena.

Seguido a ello queremos enmarcar a nivel de conocimiento como la ausencia de garantías sustanciales para la protección de los derechos de las personas, generadas por la no expedición del POT del Distrito de Cartagena, genera aspectos de desatención distrital tales y como los suelos de protección, franjas de playa marítima, etc. Que no se están acatando por la falta de garantías sustanciales por la no aplicabilidad de POT en la Ciudad de Cartagena. Estos aspectos son de suma importancia ya que hacen parte del desarrollo de la Ciudad y del disfrute, uso y goce de los ciudadanos, de manera igual, y equitativa.

Ahora bien, nuestra Constitución Política, basándose en el artículo 1, nos da una marcación constitucional llevándonos al artículo 288 de nuestra Carta Magna, y es la ley orgánica de ordenamiento territorial, donde establece la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales para efectos de regular la ordenación de su propio territorio. Es por esto que a su vez esta distribución de orden nacional, departamental, distrital y municipal, debe tener un régimen u/o ordenamiento normativo como un plan de ordenamiento territorial que regule el uso y suelo ya sea rural o urbano determinando el ejercicio de lo permitido en cada terreno.

En el caso particular el Distrito de Cartagena de Indias tiene una población de 1.013.389²⁴ habitantes aproximadamente, cuenta con una extensión de 623 Km², de los cuales el 76 Km² son de suelo urbano, 547 Km de suelo rural, (según estudios). La población localizada en la zona urbana es del 95,6% mientras en la zona rural es de 4.4%. Esta situación indica que el espacio urbano se constituye en el ámbito territorial que genera mayor intensi-

dad en las relaciones de movilidad de sus habitantes, y no todos los habitantes tienen derechos sobre el uso que habitan, por restricciones legales falta de la implementación del Plan de ordenamiento Territorial en ciertas zonas de la Ciudad de Cartagena. Esto conlleva a una desprotección de garantías constitucionales señaladas en nuestra Constitución Política, como el derecho a la vivienda digna, **Artículo 51, Derecho a un ambiente sano, Artículo 79, Derecho a la libertad de locomoción especialmente**, en tratándose de las vías y los espacios públicos, artículo 24. Y más artículos que conllevan a la no realización de la debida urbanización de la Ciudad de Cartagena.

Es apropiado señalar a manera y modo de dar a conocer por la ausencia de dichas disposiciones de tutelar y proteger derechos fundamentales a falta de la implementación del POT en la Ciudad de Cartagena de Indias, uno de los fenómenos que ha generado un impacto nacional y su distrital y es constitutivo de delito; y es la URBANIZACION ILEGAL. Y ella como su nombre bien lo indica, es una de las formas de control que tiene el estado, en cuanto al desarrollo territorial se refiere, es la tipificación de la conducta constitutiva del delito de la urbanización ilegal. Ante la ausencia normativa del POT en la Ciudad, este fenómeno reiterativo ha acrecentado de manera irregular y son coordinación jurídica y normativa.

El decreto 14 de 12 de enero de 1955 por el cual se dictaron disposiciones sobre el orden social, atribuyó el estado especial de peligrosidad entre muchos otros a: Quien dos o más veces negocie solares pertenecientes a parcelaciones o urbanizaciones, a sabiendas de que no es el dueño de ellos, o comisionado o mandatario legalmente autorizado; El urbanizador que reciba dinero por cuenta de lotes o solares de determinada urbanización, o los prometa en venta, o los venda, o los permute, en varios aspectos a saber:

- a) Los planos de la urbanización respectiva no han sido aprobados por la autoridad competente.
- b) O la urbanización carece de cualquier servicio o mejora que haya sido anunciada en carteles, por medio de la prensa o la radio, de hojas volantes, y, en general, de propaganda impresa, o a cuya realización se hubiere comprometido el urbanizador en documento público o privado.
- c) O habiendo transcurrido más de 30 días, contados a partir de la fecha en que el promitente comprador satisfizo las obligaciones contraídas en la respectiva promesa de venta, no hubiese otorgado la escritura pública respectiva. Igualmente dispuso este decreto en su artículo 33 las medidas de seguridad correspondientes así: relegación a colonia agrícola de 2 a 4 años, si tuvieren antecedentes delictivos o de policía; si no ofrecieren antecedentes, podrá aplicárseles la misma relegación de 1 a 3 años, o internación en casa de trabajo por igual término, o la sanción ordinaria por la infracción que hayan podido cometer

Finalmente, La necesidad de una verdadera articulación entre los planes de ordenamiento territorial POT, las políticas públicas que ellos generan, y los derechos fundamentales de los ciudadanos, es una obligación social y jurídica. en el sentido del establecimiento de garantías materiales y técnicas que garanticen el gozo, disfrute y reconocimiento de bienes y servicios. La protección de los mismos a través de los marcos legales de regulación, que brinden seguridad jurídica para la proyección de las expectativas sociales y económicas, en un territorio de suma importancia para el País y la Región a escala global de Latinoamérica como lo es Cartagena.

Conviene advertir que frente al POT de Cartagena, la situación fáctica es mucho más complejo, esté Plan de Ordenamiento Territorial data su constitución desde el año 2001; formalizado a través del Decreto Distrital No. 0977 de 2001, lo que sumariamente deja en evidencia empírica que tenemos una falta de regulación y actualización de nuevas realidades sociales de más de 12 años. En la actualidad existen unos diagnósticos iniciales en aras de la realización de actualizar el POT para la Ciudad³, los diagnósticos de agosto de 2021, y mayo de 2022, la Secretaria de Planeación de la Alcaldía Mayor del Distrito de Cartagena de Indias, evidencian la necesidad imperante de la implementación y/o actualización del POT local, que regule aspectos urbanísticos, ambientales, económicos, de vivienda social y demás componentes que conlleven y salvaguarde una protección constitucional de ese Estado Social de derecho contenido en el artículo 1° de la Carta Política de Colombia.

Así las cosas, y bajo estas premias surge la necesidad de estudiar y analizar la ausencia de dichas normas sustanciales para la protección, las garantías y tutela de los derechos de la ciudadanía cartagenera, con ocasión a los vacíos y ausencias normativas por la no expedición del POT, para nuestro distrito turístico y cultural.

Para el ordenamiento del territorio urbano, el Plan de Ordenamiento Territorial - Decreto 0977 de 2001- Se establece un desarrollo del suelo integral y garantista, el cual se encuentre articulado con todas las zonas territoriales de influencia del mismo, y a su vez con su despliegue en cuanto a sus funciones urbanísticas y del uso, goce y establecimiento del territorio. La construcción democrática del mismo es particularmente a la luz del constitucionalismo, uno de sus pilares centrales, más aún si conectamos que se generarán verdaderas políticas publicas como derechos

3 <https://pot.cartagena.gov.co/>

fundamentales en vía de garantías secundarias, desde la teoría italiana del constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli.

En Cartagena el Plan de Ordenamiento Territorial, se configura desde el sub-principio de necesidad como una optimización proporcionalizada, esto en los derechos fundamentales y políticas públicas en los cuales quiere permear, a grandes rasgos en el Distrito de Cartagena. Podemos hacer una enunciación; pobreza, educación, saneamiento básico, recreación, deporte, acceso a la educación superior, alimentación, atención a la primera infancia, plan de drenajes pluviales, inseguridad, trabajo en condiciones dignas, equidad laboral, inclusión social, integración comunitaria.

Uno de los tópicos arquimédicos, sobre los que recae la falta de actualización del POT, en los aspectos poblacionales ha sido el de la distribución de los recursos en los planes sociales del Distrito, como el plan Distrital Pedro Romero, que se impuso un objetivo grande y primordial, como erradicar la pobreza extrema en nuestra ciudad. Dicho plan no ha sido eficaz ni idóneo, en el tratamiento de los índices de pobreza real y monetaria; existen tres hechos notorios de este factor: el acceso a los alimentos y a la alimentación saludable. La mendicidad local y flotante tanto en grupos familiares como en individuos, y en tercer lugar la calidad de vida en términos cualitativos relacionados con la pobreza poblacional de Cartagena.

El Plan de Ordenamiento Territorial – Decreto 0977 de 2001, causa un modelo de manejo territorial compacto hacia adentro y un desarrollo policéntrico que descongestiona un núcleo los estándares y la prestación de servicios y los agrupa de manera estratégica en varios núcleos o centralidades, de tal manera que dinamice y revitalice diversas zonas de la ciudad y consolide su sistema de centralidades; considerando entre sus objetivos fundamentales: racionalizar el uso y ocupación del suelo.

Es dable mencionar en nuestro planteamiento una figura que ha sido utilizada por el Distrito de Cartagena denominado como el plan parcial. Este Plan fue dispuesto para reemplazar el déficit de vivienda de interés social VIS, sin embargo, este no se han desarrollado los proyectos de VIS, como estaba estipulado debido al alto costo del suelo. Sin embargo, en el Parágrafo 1 del Artículo 92 los suelos de expansión podrán ser incorporados con anterioridad, siempre y cuando los particulares interesados asuman los costos de la infraestructura necesaria.

En la actualidad la falta de gestión asociada de los propietarios de los predios que conforman el Plan Parcial, (Triangulo de Desarrollo Social) ha desdibujado la figura de gestión del suelo propuesta en el sistema de reparto de cargas y beneficios. Con lo cual se han perfeccionado proyectos que no ejecutan las cargas estructurantes del suelo y el Distrito no ejecuta el seguimiento adecuado. Y no cumplen con las miras de propuestas a una sociedad de derechos, deberes y obligaciones; ya que los polígonos que están identificados para realizar proyectos de VIS y VIP, son mal utilizados sin identificar la línea de desarrollo acondicionado. Queremos decir que no existe o es inexistente la normatividad actual, que coloque en orden la prevalencia de derechos fundamentales como el derecho a la vivienda digna, por encima de un desarrollo industrial dándole prevalencia ala interés particular por el general.

Y finalmente lo relacionado al espacio público; Los espacios públicos, pueden convertirse en el instrumentó para el ordenamiento de las ciudades a través de su reconstrucción y recualificación. Esta conceptualización tiende a la idea de que el espacio abierto, concebido como un sistema, permite jerarquizar el territorio y diseñar su crecimiento, por eso la importancia de reconocerlo, cuantificarlo y cualificarlo, estableciendo indicadores como línea base para su efectiva gestión, producción y recualificación.

Vacíos normativos, POT y políticas públicas: el caso especial del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias

En derecho viene a ser un concepto complejo que involucra muchos significados que dependen de la perspectiva en la que se quiere estudiar. Por lo general, el principal enfoque utilizado por la mayoría de los juristas es el estudio de la jurisprudencia, la cual es bastante extensa y depende de los casos en particular que se desarrollan en el contexto social. Pero, existen algo en común que encontramos en el estudio de la jurisprudencia, lo cual es, la preexistencia de los casos difíciles.

En efecto el sistema del “common law” originalmente hablando se le denominó en dicho sentido, pero realmente ha sido asociado a los sistemas continentales como el colombiano, a problemas de coherencia normativa y plenitud del ordenamiento jurídico.

Los problemas de coherencia hacen referencia a que el mismo sistema jurídico, como sistema pueda responder a las encrucijadas que el mismo representa, para todos los roles que establecen esta amalgama que llamamos derecho. Los roles (Luhmann, 2012) del interprete, del juez, del administrador de justicia, del operador de un despacho judicial, el de un funcionario público, el del litigante, el del asesor, consultor, el fiscal, el procurador, el defensor, el comisario, inclusive para el académico. Siempre según este principio del ordenamiento jurídico el mismo sistema debe ofrecer una respuesta, válida, legítima y en algunos casos en términos de eficacia material de los derechos.

Estos casos, han sido principalmente construidos a partir de la aplicación judicial del derecho, sobre la ejecución de políticas

públicas como materialización práctica de los derechos fundamentales, en sus orbitas de garantía, especialmente Luigi Ferrajoli; se pronunciado al respecto en la construcción de su concepto de garantías primarias y garantías secundarias.

En su texto capital derecho y razón teoría del garantismo penal (1991); Ferrajoli explica que existen otros tipos de normas más allá de los derechos de libertad, y el los denomina como normas de garantía, su teoría fue realmente acogida en el derecho penal, pero realmente se ha expandido no solo a los campos constitucionales, sino a todo el derecho en su sentido práctico, hoy el artículo 29. De la Constitución de Colombia, es una verdadera norma de garantía más cuando esta se conecta con otras normas a través del proceso de irradiación normativa en Alexy (2010) cuando los explica en el concepto y la validez del derecho.

(Ferrajoli, 2006). Esta construcción se da principalmente en la relación de los mandatos primarios que han sido construidos por la dogmática constitucional alemana contemporánea, específicamente por Robert Alexy (2007) en la teoría de los derechos fundamentales que, junto a Ferrajoli conforman dos de las perspectivas jurídicas más importantes en la familia de los sistemas jurídicos del derecho romano-germano o de corte Civil Law, como lo es el sistema jurídico y normativo colombiano.

Esto se percibe con especial claridad en este caso de los conceptos ligados a los derechos fundamentales a la dignidad, la libertad y la igualdad. Si a ellos se agregan los conceptos de los fines del Estado y los conceptos esenciales de la democracia, del Estado de derecho y del Estado social⁴.

4 Esta construcción teórica resulta fundamental en la aplicación constitucional de la jurisprudencia, donde Alexy configura su propuesta general de estructura y norma iusfundamental. Robert, Alexy. (2007). Teoría de los derechos fundamentales. Segunda edición. Centro de estudios y constitucionales de Madrid. España. (p. 23).

En Colombia el tema de los vacíos normativos como problema jurídico constitucional, ha sido desarrollado y tratado por la Corte Constitucional, en virtud de la conjunción de varios postulados interpretativos y argumentativos, tales como la unión de las funciones del principio de unidad normativa propuesto por Kelsen inicialmente en su *teoría pura del derecho* (1934), el cual “heredamos” en la Constitución de 1991, como principio de supremacía normativa de la constitución, en su artículo 4. Se ha descrito esta norma como una meta-norma (Bechara, 2019).

Lo concreta en un nivel de jerarquía, frente a posibles confrontaciones, choques o tensiones de corte normativo en estricto sentido, así la misma teoría del ordenamiento jurídico, la de los conflictos entre normas tipo regla, como antinomias describirían tales funciones en Norberto Bobbio (1962), construyendo así una teoría del ordenamiento jurídico.

El profesor turinés postula adicionalmente, los principios normativos de coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico. Con esto, inicia la coherencia decisional que va a configurarse a su vez en unos elementos fundantes de la teoría y praxis de los vacíos jurídicos.

El concepto de caso difícil fue desarrollado por el autor Ronald Dworkin (1984, p.147). en su libro “*taking rights seriously*”, el cual se refiere a casos que no pueden ser resueltos por los jueces debido a la falta de norma jurídica sobre la materia. Este no es el único concepto que se refiere a los mismo, por ejemplo, los autores Alchourron y Bulygin en su libro “*normative system*” utilizan el concepto casos complejos para referirse a los casos sin normativa jurídica.

Por consiguiente, uno de los principales problemas a la hora de resolver un caso jurídico por parte de los jueces es el vacío nor-

mativo, el cual, es otra forma de llamar a la falta de regulación en un caso en particular.

En el sistema jurídico colombiano, este fenómeno es muy recurrente en la aplicación judicial del derecho y en la praxis administrativa de bienes jurídicos tutelados, como es el caso de derechos colectivos como el medio ambiente, los cuales encuentran una doble dimensión desde el escenario de las garantías.

Tienen un carácter de ser un derecho subjetivo y objetivo a la vez; esto se dio en la Sentencia T-406-1992. Magistrado Ponente: Dr. Ciro Angarita Barón, e inclusive la situación fáctica tiene que ver de manera directa con la aplicación de los Planes de Ordenamiento Territorial, POT.

El caso se da en Cartagena Distrito Turístico y Cultural, entre los barrios del Campestre y Vista Hermosa, por el cambio de las acometidas de acueducto y alcantarillado de las antiguas empresas públicas de Cartagena, al paso técnico en el servicio de acueducto en ACUACAR.S.A. o Aguas de Cartagena, filial de Aguas de Barcelona, Cataluña. España. O Con participación accionaria de VEOLIA, Empresa de Francia, y también acciones de participación pública con el Distrito de Cartagena.

El asunto fue conocido por el Tribunal Administrativo de Bolívar en su momento, y llega en eventual revisión de tutela ante la Corte Constitucional, la vulneración de derechos fundamentales de los sujetos e individuos de la comunidad, Niños, Niñas y Adolescentes, tutela judicial efectiva desprendida del artículo 44 Constitucional, y los sujetos de especial protección constitucional en adultos mayores de la comunidad de los dos barrios de influencia, del desarrollo del cambio de alcantarillado.

En caso concreto, se iniciaron vertimientos de aguas residuales, olores nauseabundos y concentración de plagas, como mosquitos entre otros insectos, llevaron por primera vez a aplicar en el ordenamiento jurídico colombiano, dos tesis provenientes de la dogmática del derecho pública almena, esto es, la teoría de principios y el efecto entre particulares de afectaciones de derechos fundamentales con alcances colectivos.

Lo que llevo a la Corte Constitucional a aplicar una interpretación como criterio hermenéutico de principios fundamentales con alcances de protección colectiva de derechos fundamentales. Realmente configurando el primer paso para la ponderación de principios, la formula del peso en las colisiones prima facie entre normas que estructuralmente configuren derechos fundamentales. El segundo paso para un verdadero balanceo es el principio de proporcionalidad, con los tres sub-principios; idoneidad, necesidad y sentido estricto.

Este por primera ocasión en sentido judicial-pretoriano se utilizó en la sentencia C-355-2006. Que despenalizó parcialmente el delito de aborto en las tres causales de ausencia de responsabilidad criminal. Malformaciones congénitas del que esta por nacer, peligro inminente para la vida de la madre, y cuando la concepción del embarazo se diera por motivos de violación a la mujer o se configurando un acceso carnal violento. Siendo finalmente el tercer y último paso, para llegar a un juicio completo de ponderación la carga de la argumentación jurídica. Presentada en concreto en la Sentencia C-621-2015. Corte Constitucional.

Entonces, el objetivo fundamental de los POT'S, particularmente las omisiones de la administración son palmarias e inclusive de los mismos cabildantes de Cartagena, toda vez que el Consejo Distrital, constitucionalmente es el corresponsable en la genera-

ción de los planes de ordenamiento territorial, con las juntas de administraciones locales, las JAL, y ahora las JAC, en los territorios en concretos.

El tema urbano, territorial y administración de los entes gubernamentales ha sido un verdadero dolo de cabeza, no solo en Cartagena, sino realmente en todo el territorio nacional. Esto lo podemos ver empíricamente como la no configuración de las leyes de regiones como una de las promesas incumplidas al constituyente de 1991, por el legislador colombiano, generando omisiones legislativas absolutas al no desarrollar normativamente los derechos fundamentales, las políticas públicas en cooperación con la rama ejecutiva del poder público, relacionadas con el orden territorial.

Entonces, siguiendo el hilo conductor de lo hasta ahora expuesto, la inconformidad planteada en la presente obra de investigación científica parte desde el año 2014 hasta la actualidad, tomando como punto de partida el **DECRETO DISTRITAL NÚMERO 0977 de 2001** expedido el **20 DE NOVIEMBRE DE 2001** por el alcalde Mayor de Cartagena de Indias ***“Por medio del cual se adopta el Plan de Ordenamiento Territorial del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias”***⁵; norma de orden territorial, que como bien sabemos su período Constitucional viene desactualizado desde el año 2014, desacelerando el desarrollo físico del territorio local pero dentro del marco legal, siendo principalmente el indebido uso del suelo y de las tierras disponibles, como asentamientos humanos en terrenos de alto riesgo natural, tecnológico y ambiental para de la población allí estacionada, contrariando el Estado Social de Derecho que pregona nuestra Carta Política encontramos como los fines del Estado de Colombiano representado en los distintos niveles territoriales municipios, depar-

5 DECRETO DISTRITAL NÚMERO 0977 de 2001 del 20 de noviembre del año 2001

tamentos, regiones y provincias sobre servir a la comunidad, promover la prosperidad general garantizando la efectividad de los principios, derechos y deberes, contrariando normas supralegales de orden nacional e internacional como son los artículos 288, 311, 313 y 315 de la Constitución Política de Colombia, leyes 136 de 1994 *“Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”*, 388 de 1997 *“Por la cual se modifica la Ley 9 de 1989, y la Ley 2 de 1991 y se dictan otras disposiciones”*, 1454 de 2011 *“competencia en materia de ordenamiento territorial”* y, del Decreto Nacional Número 0879 de 1998, estando a cargo del Municipio de formular y adoptar Planes de Ordenamiento Territorial, con una vigencia equivalente a tres (3) períodos constitucionales de administraciones municipales y distritales. Finalmente, hasta la presente fecha la vigencia tácita del Plan de Ordenamiento Territorial del Distrito de Cartagena su desactualización atenta contra la Dignidad Humana de la población Cartagenera al no contar con un instrumento que fije una política clara y contundente sobre el desarrollo del espacio del espacio territorial integrado por los procesos de urbanización y sistemas de ciudad.

La forma metodológica de que se aplica a la presente investigación se presenta como una herramienta jurídica y socio jurídica, teniendo un carácter exploratorio, descriptivo, explicativo y correlacional. Esta herramienta posibilita entender que sobre el Plan de Ordenamiento Territorial que viene adoptado por el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias mediante Decreto Distrital Número 0977 de 2001 expedido el 20 de noviembre del año 2001, como consecuencia de no haber sido aprobado por parte del Concejo Distrital de Cartagena dentro del término de los sesenta (60) días siguientes contados a partir de la presentación del proyecto, como lo dispone el artículo 29 del Decreto Nacional número 879 de 13 de mayo del año 1998, para destacar

nuestro de Plan de Ordenamiento Territorial tuvo como visión que desde su aprobación hasta el año 2011 la ciudad tuviera una prosperidad colectiva tanto en lo social, cultural, económico y urbanísticamente y llegar hacer una sociedad forzada en la conservación del patrimonio cultural y natural y, con una gestión pública transparente y descentralizada. Sin embargo, su vigencia ha perdido fuerza y credibilidad debido a su vigencia constitucional y legal desde el pasado año 2014 hasta la presente fecha, viene ocasionando lagunas normativas locales en sus componentes generales, urbano y rural del Distrito de Cartagena, originando principalmente la indebida utilización del suelo por parte de la población Cartagenera, producto del crecimiento exponencial del territorio local y nuevas construcciones de viviendas y edificios residenciales y comerciales como crecimiento territorial atendiendo las dinámicas cambiantes dentro del entorno Distrital. Dicho esto, la visión planeada en el POT durante los tres (3) períodos que estuvo vigente, no ha sido ajustada a las nuevas demandas sociales que utilizan el suelo sin un objetivo claro y sin rumbo, teniéndose en los períodos siguientes un absoluto silencio administrativo y político por parte de los alcaldes de turno y cabildantes de la ciudad.

Es de carácter descriptivo, porque luego de identificar las omisiones, se realizará un barrido general de las principales problemáticas generadas por la falta del accionar del Ente administrativo Distrital. Buscando así el verdadero análisis donde logremos medir o evaluar diversos aspectos, dimensiones, o componentes que nos conlleven al fenómeno caótico que ocurre en el Distrito de Cartagena por la no implementación del POT.

Consideramos que es de carácter explicativo, porque esta investigación va orientada a responder de forma puntual un fenómeno que se había estudiado antes, no se había explicado bien con

anterioridad. Su intención es proporcionar detalles donde existe cualquier cantidad de información, pero la misma debe ser canalizada a entender la ausencia de la normatividad y las consecuencias jurídico legales que nos conlleva la misma. Bajo varios parámetros:

- Permite aumentar la comprensión sobre la ausencia de garantías sustanciales para la protección de los derechos de las personas, generadas por la no expedición del POT del Distrito de Cartagena. Aunque no ofrezca resultados concluyentes y de manera inmediata, nos permite encontrar las razones por las que sucede un fenómeno.

Utilizamos la recolección de datos secundarios como fuente de información como son literatura, artículos publicados y citas bibliográficas que se eligieron cuidadosamente para tener una comprensión amplia y equilibrada del tema.

- A su vez nos permitió tener una amplia comprensión del tema y pudimos perfeccionar preguntas tales como ¿Qué vacíos normativos referente a los derechos de las personas que habitan en el Distrito de Cartagena está dejando la indebida utilización del suelo por la no implementación del POT dentro del territorio de Cartagena? De investigación posteriores para aumentar las conclusiones del estudio.

Ha sido a su vez de carácter correlacional, porque a medida que transcurre el objeto investigativo permitiendo conocer algo tan importante como es la correlación entre la ausencia de la norma o la no implementación de la misma y sus consecuencias; nos está indicando cómo varía una variable cuando modificamos la otra. De esta forma, se descarta el posible efecto aleatorio y se evita una posible manipulación accidental. Ejemplo; como corre-

lativamente crece en el Distrito de Cartagena el fenómeno de la “IRREGULARIDAD DE CONSTRUCCION URBANA” por la ausencia de la norma POT, pero apoyándose en variables legales como son los famosos “PLANES PARCIALES”.

En cuanto a sus materiales, para el desarrollo de esta investigación fueron utilizadas Observación. Donde jugó un papel fundamental, ya que de ella se retomó el objeto y el problema de la investigación al estudiar su curso natural, sin modificaciones, obteniendo conclusiones de la realidad que hoy día vive el Distrito de Cartagena de Indias, por la no aplicabilidad de la norma en estudio. Donde empleamos a su vez varias fases:

- El empleo de las categorías a observar nos permitió la cuantificación de conductas evidenciadas y su periodicidad entre otros datos.
- El Trazado y operativización del fenómeno a estudiar.

Establecer el campo de observación: que fueron Contexto (Área del Distrito de Cartagena). Personas o grupos de personas (Habitantes del Distrito). Y por último hechos o variables que se van a observar.

En cuanto al uso de información proveniente de interpretaciones ya elaborados por teóricos, historiadores o las normas mismas, como por ejemplo en esta investigación fueron de mucha utilidad como fuente secundaria las siguientes herramientas textuales a citar: **Caso práctico, Informes de Conferencias y Actas, Diario (académico), Revista literaria, Monografía, Tesis y Tesis Doctoral, serial, Documento de trabajo.**

En cuanto a documentos, si bien es cierto como citamos en el párrafo anterior, fueron aquellos utilizados por los que los crearon, no tuvieron incidencia o experiencia de primera mano, pero dejaron la reseña convertida en cartas, periódicos, diarios, entrevistas, dándonos así las herramientas para poder interpretar estos artefactos documentales.

Conclusiones

Consecuentemente, en todo lo mencionado tanto en el proyecto de investigación como en el artículo mismo, siempre hemos llegado a un fin y es la necesidad de una verdadera articulación entre los planes de ordenamiento territorial POT, las políticas públicas que ellos generan, y los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Es una obligación social y jurídica. en el sentido del establecimiento de garantías materiales y técnicas que garanticen el gozo, disfrute y el reconocimiento sobre bienes y servicios. La construcción del bienestar a partir del reconocimiento de tales garantías a nivel local, es fundamental para una vida coherente con la dignidad humana y el trato justo e igual que pregonan las cartas de derechos, tanto a nivel constitucional como convencional.

La protección de los mismos a través de los marcos legales de regulación, que brinden seguridad jurídica para la proyección de las expectativas sociales y económicas, en un territorio de suma importancia para la Ciudad de Cartagena, que exista una normatividad vigente, actualizada y en reforma constante de carácter nutriendo como lo debe ser el Plan de ordenamiento territorial POT.

Hoy en día nuestra ciudad crece de una manera abrupta, encaminada a la informalidad urbana, desigualdad constitucional, y

quebrantable desde el punto de vista jurídico. Cada vez hay mas poblaciones que se adhieren al casco urbano bajo la creación de zonas de viviendas sin legalización alguna, porque no se conocen los limites normativos que parten del espacio y lugar donde puedan los ciudadanos crear fuentes de comodidad y confort como lo es una vivienda digna.

Esa misma que la Constitución de 1991, enmarco y le otorgo por derecho constitucional a todos los colombianos; generando desigualdad social, ambiental, e inherentes a las personas. Como generación de nuevos bienes jurídicos, instituciones y marcos legales regulatorios y de formulación normativa para la integración comunitaria, y poblacional.

La inexistencia de un POT, o la desactualización del mismo no lleva si no a un desbordamiento de la materia humana que quebranta los principios constitucionales, ya que no permite el libre desarrollo social el cual todos tenemos derecho a ello. Finalmente, nuestra conclusión es ejercer solicitudes ante las entidades o corporaciones conducentes a la expedición de un PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL, con actualizaciones, acorde a la zona urbana y poblacional que actualmente cobija la ciudad de Cartagena y poder así vivir bajo esos principios constitucionales basados en reglas y orden.

Recomendaciones

La administración distrital, debe enlazar primero planes de identificación poblacional basado en las cifras del **Departamento Administrativo Nacional de Estadística - DANE**, y en efecto implementar y valorar procesos rigurosos de producción y comunicación de información estadística a nivel nacional, que cumplan con estándares de la ciudadanía valiéndose de la innovación y la

tecnología, que soporten la comprensión y solución de las problemáticas sociales, económicas, como primera medida, para poder así tener la exactitud de la problemática poblacional que tiene el Distrito de Cartagena.

Habiendo identificado el punto anterior, proceder con la identificación rural y urbana de todo el territorio de la Ciudad, para poder así tener en cuenta lo habitable e inhabitable que actualmente está afectando la ciudad; por ejemplo, desde el punto de vista ambiental, la usurpación u ocupación de cuerpos de agua, zonas de baja mar, predios baldíos o de la nación indebidamente ocupados, franjas marítimas etc. Y segundo trazar un croquis enmarcando las zonas de crecimiento de desarrollo vs las zonas de creación de vivienda urbana familiar.

Con esto evitamos las ocupaciones ilegales en zonas prohibidas, un mejor desarrollo de vivienda VIS, y por último se respetaría la propiedad privada. Teniendo en cuenta estas recomendaciones podemos decir que el próximo PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL de la Ciudad de Cartagena sería acorde a la igualdad constitucional que nos brinda nuestro “ESTADO SOCIAL DE DERECHO”.

Referencias bibliográficas

ROBERT, ALEX Y. (2007). Teoría de los derechos fundamentales. Segunda edición. Centro de estudios y constitucionales de Madrid. España.

ROBERT, ALEX Y. (2010). El concepto y la validez del derecho. Traducción Jorge Malen Seña. Editorial Gedisa. Barcelona, España.

BOBBIO, NORBERTO. (2016). Teoría general del derecho. Quinta edición. Editorial Temis. Bogotá. Colombia.

BECHARA, ABRAHAM. (2019). *Jurisprudencia de principios*. Metodología para la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Universidad Externado e Colombia y Universidad del Norte. Barranquilla, Bogotá. Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia T-406-1992*. Magistrado Ponente: Dr. Ciro Angarita Barón.

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-355-2006*. MP. Magistrados Sustanciadores. Dr. Jaime Araujo Rentería.

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-621-2015*. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Pretelt Chaljub.

DWORKIN, RONALD. (1984). *Los derechos en serio*. Editorial Ariel. Traducción Marta Guastavino. Barcelona, España.

HERNÁNDEZ PEÑA, YOLANDA TERESA. 24 de marzo del 2010. Universidad Distrital Francisco José de Caldas, Colombia. *El ordenamiento territorial y su construcción social en Colombia: ¿un instrumento para el desarrollo sustentable?*,

HERRERA GAMARRA, ORLANDO RAFAEL Y RAMÓN PÉREZ YÉPEZ. Artículo científico para optar título de maestría en Desarrollo y Ambiente, facultad de Economía y Negocios de la Universidad Tecnológica de Bolívar, octubre de 2016.

ERNESTO VILLEGAS RODRÍGUEZ, CIFUENTES G. ALEJANDRA, CONTRERAS G. DIANA, FERNÁNDEZ A. LIBARDO. Marzo 09 de 2015. Universidad El Bosque Facultad de Ingeniería, Programa Ingeniería Ambiental. *Ordenamiento territorial como instrumento, para la zonificación ambiental a través de la Estructura Ecológica Principal, como apoyo a la formulación de los POTs y los POMCAS en Colombia*.

ARÉVALO MAYORGA, N.A. (2019). *El acceso a la tierra a través de los bienes baldíos, una tensión entre las posturas de la Corte Constitucional*

- y de la Corte Suprema de Justicia*. Universidad Javeriana. Bogotá. Colombia.
- ESCAMILLAARRIETA, V., NORIEGA RUIZ, A., & VALLE BENEDETTI, H. (2012). *¿Espacio público? la real concesión y explotación comercial de las playas de Cartagena de Indias DT y C*. Trabajo de grado. Maestría en Derecho Administrativo. Cartagena, Colombia.
- FERRAJOLI, LUIGI. (1991). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta. Madrid, España.
- FERRAJOLI, LUIGI. (2006). *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Editorial Trotta. Madrid, España.
- FERRAJOLI, LUIGI. (2010). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta. Madrid, España.
- GIL CEPEDA, J. (2014). *El trasfondo de la política del reconocimiento en el caso de la comunidad negra de villa gloria de Cartagena*. Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales. Trabajo de grado. Bogotá. D.C. Colombia.
- KELSEN, HANS. (1934). *Teoría pura del derecho*. Editorial Trotta. Madrid, España.
- LUHMANN, NIKLAS. (2012). *Sociología del derecho*. Traducción de Hjalmar Newmark. Universidad Libre. Doctorado en Derecho. Bogotá, Colombia.
- ORDOÑEZ PUENTES, I. N. (2019). *Lineamientos para la formulación de un plan estratégico de uso, protección y sostenibilidad del espacio público en el centro histórico del distrito de Cartagena*. Trabajo de grado. Maestría en gobierno del territorio y gestión pública. Universidad Javeriana. Bogotá. Colombia.
- SALAZAR RESTREPO, M. (2007). *Falencias en el otorgamiento de licencias de construcción y urbanismo a la luz de la jurisprudencia del*

Consejo de Estado (2004-2006). Universidad de los Andes. Bogotá. D.C. Colombia.

TORRES HERNÁNDEZ, Z. (2014). *Teoría general de la administración* (2a. ed.). Grupo Editorial Patria. <https://elibro.net/es/lc/unilibre/titulos/39390>

<https://pot.cartagena.gov.co/>. Diagnostico y Formulación del POT Cartagena 2022.

Marco Normativo

Constitución Política de Colombia, artículos 288, 311, 313 y 315.

Decreto Distrital No. 0977 del 20 de noviembre del 2001 “*Por medio del cual se adopta el Plan de Ordenamiento Territorial del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias*”.

LEY 388 DE 1997 del 18 de julio de 1997 “*Por la cual se modifica la Ley 9 de 1989, y la Ley 2 de 1991 y se dictan otras disposiciones*”

Ley 152 De 1994 (Julio 15) “*Por la cual se establece la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo*”,

Ley 1454 de 2011 “*competencia en materia de ordenamiento territorial*”

Decreto Nacional Número 0879 de 1998 “*por el cual se reglamentan las disposiciones referentes al ordenamiento del territorio municipal y distrital y a los planes de ordenamiento territorial*”.

Jurisprudencia Nacional:

Sentencia nº 68001-23-31-000-2012-00104-02 de Consejo de Estado - Sala Contenciosa Administrativa - SECCIÓN PRIMERA, de 1 de Noviembre de 2019 (caso SENTENCIA nº 68001-23-31-000-2012-00104-02 de Consejo de Estado (SECCION PRIMERA) del 01-11-2019)



Angela Manuela Rodríguez Ramos

Bacterióloga y Abogada Especialista en Gestión de Calidad y Auditoria en Salud; Magister en Derecho administrativo y en Dirección Estratégica de Organizaciones de Salud. Más de 20 años liderando procesos de facturación y auditoria en instituciones públicas y privadas del sector salud.



Betty Estheher Llerena Olivo

Abogada especialista y magister en derecho administrativo; asesora jurídica en derecho en la Alcaldía Mayor de Cartagena, con más de 10 años de experiencia en el sector público.



Cesar Alberto Salcedo Monsalve

Abogado. Especialista en Derecho Administrativo; Derecho Contencioso Administrativo; Derecho Público; Candidato Especialista en Derecho Constitucional; Candidato Especialista en Derecho Contratación Estatal; Magíster en Derecho Administrativo, Diplomado en Contratación Estatal; Diplomado en Docencia Universitaria; cuento con más de 10 años de experiencia ejerciendo como abogado litigante, consultor, asesor y funcionario público.



Franklin de Jesús Narváez Orozco

Contador público y abogado. Especialista en gestión financiera, especialista en alta gerencia, especialista en gestión tributaria, especialista en revisoría fiscal y auditoría forense, especialista en derecho administrativo, especialista en derecho público, especialista en contratación estatal, especialista en derecho constitucional y magíster en derecho administrativo. Asesor contable y jurídico en empresas del sector privado en materia de derecho tributario, laboral y societario.



Isbelio Villarreal Torres

Abogado Especialista y Magíster en Derecho Administrativo. Dirección de consultoría de Industrias Astivik sector micro-empresarial, con papel global como líder en la preservación garantista de los derechos de los trabajadores, acompañamiento y dirección en los procesos disciplinarios laborales, constitución y liquidación de sociedades y manejo de proyección en el sistema de contratación.



Enrique Carlos Ramírez Llerena

Abogado, Especialista y Magíster en Derecho Administrativo y Candidato a Especialista en Derecho Constitucional. Asesor y Consultor y Profesional especializado en normas de Tránsito y Transporte. Abogado Coordinador de la Oficina Jurídica de la Secretaria Departamental de Tránsito de Bolívar.



Gustavo Alfonso Marrugo Lozada

Abogado. Especialista en Derecho Administrativo y magíster en Derecho Administrativo, con más de 10 años de experiencia ejerciendo como abogado litigante, consultor, asesor y funcionario público, prestando servicios profesionales a personas naturales y jurídicas privados en procesos judiciales y extrajudiciales en las áreas civil, familia, laboral y comercial.



Oswaldo Martínez Betancourt

Abogado, Especialista y magister en Derecho Administrativo. Certificado por la ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESAP, como DEFENSOR NACIONAL TERRITORIAL, y de igual manera certificado por la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, como consultor en CONFLICTO MEMORIA Y PAZ. Con 18 años de servicio, entre ellos asesor jurídico de entidades y empresas, director jurídico de entidad ambiental



Zoraya Torres Jiménez

Abogada, especialista y magister en Derecho Administrativo. Profesional Universitario del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias. (Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias D. T y C.)



Nelson Eduardo Martínez Flórez

Abogado, especialista en contratación estatal, derecho comercial, derecho administrativo, derecho constitucional, magister en derecho administrativo, experiencia de 11 años como asesor jurídico en materia de contratación estatal, contratos privados y servicios público en entidades públicas y privadas, personas naturales.



Arlen Enrique Cabarcas Fernandez

abogado egresado de la Universidad de Cartagena, Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social, Derecho Administrativo y Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Libre de Cartagena, con experiencia en litigio, y docencia universitaria, actualmente desempeñando el cargo Profesional Especializado en Carrera Administrativa en la Oficina Jurídica de la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique - Cardique.



Miguel Perez Vizcaino

Abogado, especialista en derecho administrativo y magister en derecho administrativo, litigante, asesor jurídico en entidades públicas y privadas. Líder del movimiento organizativo de comunidades negras a nivel nacional.



Guillermo Guerrero-Figueroa G.

Abogado, especialista en Derecho Constitucional y Derecho Procesal de la Universidad Libre. Magister en Administración y Planificación Educativa por la UMECIT (Panamá) y actualmente es Maestrando en Derecho modalidad profundización en Derecho Laboral en la Universidad de Cartagena. Experiencia en el ejercicio de la docencia universitaria y en el desempeño de funciones en las áreas académico-administrativa de Instituciones de Educación Superior. Litigante en actuaciones administrativas y acciones constitucionales, encaminadas en defensa de los derechos e intereses de particulares o entidades de derecho público ante organismos y despachos judiciales.

