



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Edgar González López

Bogotá D.C., veintiuno (21) de abril de dos mil veinte (2020)

Radicación interna: 2444

Número Único: 11001-03-06-000-2020-00120-00

Referencia: Paro Nacional. Participación ciudadana.

El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República formula a la Sala de Consulta dos interrogantes relacionados con la naturaleza de la mesa de discusión que pretende instalar el Gobierno nacional, dentro del marco de las protestas sociales que iniciaron el pasado 21 de noviembre de 2019. Con el propósito de gestionar el conflicto que han planteado un grupo de organizaciones y movimientos sociales, se inauguró un espacio de deliberación, en el que se analizan el alcance y las posibles soluciones respecto de un variado conjunto de problemáticas que se presentan en el país. En este particular contexto, el Departamento Administrativo pregunta a la Sala, en primer término, cuál es «el carácter» de la mesa que se pretende instalar y, en segundo lugar, cuáles son los temas que, atendiendo las competencias en cabeza del Gobierno nacional, pueden ser discutidos en ella.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con los antecedentes presentados por el Departamento Administrativo, los hechos que motivaron la presente consulta son los siguientes:

1. El 21 de noviembre de 2019 inició en el país un movimiento de protestas sociales que demanda la solución de un diverso grupo de problemas, en los que predomina el componente social, político y económico. El movimiento ha sido promovido por más de cincuenta organizaciones, entre las que se encuentran sindicatos, centrales obreras, agrupaciones estudiantiles e indígenas, entre otros grupos. Con los objetivos de unificar sus reclamaciones y dialogar con el Gobierno nacional, estas agrupaciones conformaron un espacio de deliberación y representación denominado «Comité Nacional de Paro».

2. Los representantes del Comité Nacional de Paro se reunieron con el Presidente de la República, quien les solicitó que precisaran el alcance de sus reclamaciones. Atendiendo este requerimiento, el día 25 de noviembre de 2019 los integrantes del Comité presentaron un documento que contiene 104 exigencias de la más variada naturaleza¹. Como muestra de la diversidad de las reclamaciones, el Departamento Administrativo advirtió lo siguiente:

[H]ay temas constitucionales, legales y asuntos de política pública, entre los cuales se encuentran peticiones del desmonte del ESMAD, traslado de todas las investigaciones sobre ejecuciones extrajudiciales que son conocidas por la justicia penal militar a la unidad de DDHH y DIH de la Fiscalía; celeridad en las investigaciones y procesos judiciales sobre responsables de graves violaciones de derechos humanos ampliando su difusión con enfoques diferenciales, fortalecimiento del sector cultura, educación, desvinculación del Estado de la OCDE.

3. Con el objetivo de tramitar este conflicto, el primer mandatario *designó* al director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, para que entablara diálogos con los representantes del Comité. Tales conversaciones se han visto truncadas debido a que no hay acuerdo entre las partes sobre el nombre que debe tener el espacio de deliberación: mientras los representantes del Comité exigen que el espacio se dé a conocer como «mesa de negociación», la entidad consultante plantea otras alternativas, debido a «las restricciones constitucionales que [existen] para darle este alcance, discrepancia que fundamenta la consulta».
4. Con el propósito de dar comienzo a las deliberaciones y, así, llegar a acuerdos sobre las políticas públicas que deben ser implementadas en cada uno de los campos señalados por el Comité, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República formula las siguientes preguntas:
 1. Frente al pliego de solicitudes que se anexa, se consulta: ¿Qué carácter debe tener la mesa que se instale?
 2. ¿Qué temas se deben tratar en dicha mesa en el marco de las competencias constitucionales y legales dadas al Gobierno nacional?

¹ En el documento «Agenda del Comité Nacional de Paro para la negociación con el Gobierno nacional» las peticiones se agruparon bajo los siguientes títulos: i) garantías para el ejercicio del derecho a la protesta social, ii) derechos sociales, iii) derechos económicos, iv) anticorrupción, v) paz, vi) derechos humanos, vii) derechos de la madre tierra, viii) derechos políticos y garantías, ix) agraria, agropecuaria y pesquera, x) cumplimiento de acuerdos entre el gobierno, y procesos y organizaciones, xi) retiro de proyectos normativos, xii) derogatoria de normas, y iii) construcción normativa.

II. CONSIDERACIONES

A fin de resolver las dos preguntas formuladas en esta oportunidad, la Sala estima necesario abordar los siguientes temas: (i) la participación ciudadana como fundamento del Estado Social y Democrático de Derecho, (ii) los conceptos de consulta, diálogo, negociación, acuerdo y concertación y (iii) formas de configuración de la voluntad de la Administración: prerrogativas, responsabilidad y su relación con la participación ciudadana.

Con fundamento en el estudio de estos temas, la Sala procederá a resolver los interrogantes planteados por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, subrayando que el estudio que a continuación ofrece es de carácter estrictamente jurídico.

1. La participación ciudadana como fundamento del Estado Social y Democrático de Derecho

La participación ciudadana se encuentra íntimamente ligada con la democracia². En concreto, promueve el principio democrático³ reconocido en el artículo primero de la carta política, que señala que Colombia es una forma de República “democrática, participativa y pluralista”. Igualmente, desarrolla la democracia participativa⁴, la cual busca que el ciudadano no sea excluido del debate, análisis y definición de los asuntos que afectan su diario vivir, así como tampoco de los procesos políticos que impactan a la colectividad. De ahí que el individuo tenga un papel activo en el

² La democracia es definida como el derecho de los ciudadanos a influir proporcionalmente sobre las decisiones colectivas que los afectan – una norma comúnmente llamada “el principio de todos los afectados (o todos los intereses afectados) (traducción libre). Mark E Warren. Accountability and democracy, en The Oxford Handbook of Public Accountability. Oxford University Press. 2016, p. 40.

³ El concepto de participación es inherente al Estado democrático. Constituye no sólo uno de sus principales mecanismos para acercar a la realidad el principio de igualdad de los asociados en el ejercicio del poder, sino que coadyuva como el principal medio de ampliación de los instrumentos democráticos de cualquier sociedad. La participación se instituye como solución histórica frente a la grave crisis del sistema democrático representativo. La crisis del sistema representativo, con la acumulación de funciones en el ejecutivo, ha hecho que la esencia de la democracia se amplíe y que los ciudadanos se incorporen directamente a los asuntos administrativos, que es donde evidentemente se concentra el poder político. El moderno derecho administrativo no puede negar esta realidad; de ahí que incluye en su objeto el estudio de estos fenómenos amplificadores. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Tratado de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, 3ª edición, Tomo II, 2004, p. 396.

⁴ Lo anterior deja ver que la participación va estrechamente ligada al principio democrático, pues como se señaló en precedencia, la obligatoriedad de estos principios no está supeditada a expresiones netamente electorales, sino que resulta aplicable a todas relaciones sociales, pues “la concurrencia de las personas en las decisiones que los afectan no solo se inscribe en el ejercicio de las libertades públicas, sino que constituye una responsabilidad de los asociados en el marco del ejercicio democrático del poder político. Corte Constitucional. Sentencia del 9 de marzo de 2016, C-126/16.

proceso de toma de decisiones de la Administración⁵ que demanda la existencia de mecanismos, más allá del escenario electoral,⁶ que permitan su efectiva intervención en dicho proceso⁷.

Teniendo en cuenta lo anterior, el derecho a la participación ciudadana es reconocido por el ordenamiento jurídico colombiano, tal como se pasa a exponer a continuación.

1.1. El reconocimiento de la participación ciudadana dentro del ordenamiento jurídico colombiano

En el ordenamiento jurídico colombiano se evidencia la preocupación y el interés en que existan espacios y procedimientos dirigidos a promover el diálogo de la Administración con los particulares. A nivel constitucional, legal y jurisprudencial se identifican claras manifestaciones relativas a la participación de los ciudadanos en la toma de las decisiones que los afectan.

1.1.1. Fundamento constitucional

Son varias las disposiciones de la Carta Política de 1991 que reconocen y promueven la participación ciudadana. Así, pueden señalarse las siguientes:

- i) El artículo 1º establece que nuestro país es un Estado social de derecho, organizado como una república “democrática, participativa y pluralista”.
- ii) El artículo 2º identifica como uno de los fines 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”.

⁵ Por lo tanto, la democracia participativa procura otorgar al ciudadano la certidumbre de que no será excluido del debate, del análisis ni de la resolución de los factores que inciden en su vida diaria, ni tampoco de los procesos políticos que comprometen el futuro colectivo. Asume la Constitución que cada ciudadano es parte activa en las determinaciones de carácter público y que tiene algo que decir en relación con ellas, lo cual genera verdaderos derechos amparados por la Carta Política, cuya normatividad plasma los mecanismos idóneos para su ejercicio. *Ibidem*.

⁶ Sin embargo, no se puede desconocer que el mentado principio no comprende simplemente la consagración de mecanismos para la toma de decisiones electorales, como referendos o consultas populares, sino que implica adicionalmente que los ciudadanos cuenten con la facultad de participación en los procesos decisorios no electorales que afectan su vida (...). Este principio constitucional, a la vez derecho (art. 40 CN) y deber ciudadano (art. 95.5 *Ibid.*), en tanto universal y expansivo también informa esta faceta del poder público. **Al fin y al cabo la Administración a diario adopta decisiones que en muchas ocasiones afectan más el decurso de la vida de los ciudadanos, que las lejanas y menos numerosas determinaciones del legislador.** Apertura participativa que contribuye, además, a la construcción de un Estado de Derecho más sólido e incluyente”. (negritas fuera del texto). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010. Radicación número: 11001-03-26-000-2005-00044-00(31223). Véase igualmente Corte Constitucional. Sentencia del 12 de marzo de 2002, C-179/02.

⁷ *Ibidem*.

- iii) El numeral 2° del artículo 40, en virtud del cual se establece que todo ciudadano tiene derecho a tomar parte en diferentes formas de participación democrática⁸.
- iv) El artículo 78 ordena al Estado garantizar la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les atañen.
- v) El artículo 79 garantiza la participación de la comunidad en las decisiones que le afecten.
- vi) El artículo 103 determina los distintos mecanismos de participación de los ciudadanos y señala el deber del Estado de contribuir a la organización, promoción y capacitación de asociaciones de distinta índole con el propósito de que tomen parte en instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública.
- vii) El artículo 270 señala que la ley es la encargada de organizar las formas y sistemas de participación de los ciudadanos para la vigilancia de la gestión pública.

1.1.2. Fundamento legal

A nivel legal existen distintas normativas que reconocen el derecho de los ciudadanos a participar en las decisiones que los afectan. Así, la Ley 21 de 1991⁹ establece la obligación del gobierno de consultar con las comunidades étnicas:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas¹⁰.

⁸ Asimismo, el artículo 85 superior dispone que la participación ciudadana es un derecho de aplicación inmediata.

⁹ Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989.

¹⁰ Ley 21 de 1991, artículo 6°.

Igualmente, la Ley 489 de 1998¹¹ autoriza a las entidades y organismos de la Administración pública a adelantar las acciones necesarias para involucrar a los ciudadanos y a la sociedad civil en la formulación de la gestión pública. En esta dirección, el artículo 32 establece:

Todas las entidades y organismos de la Administración Pública tienen la obligación de desarrollar su gestión acorde con los principios de democracia participativa y democratización de la gestión pública. Para ello podrán realizar todas las acciones necesarias con el objeto de involucrar a los ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil en la formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública. Entre otras podrán realizar las siguientes acciones: a) Convocar a audiencias públicas; b) Incorporar a sus planes de desarrollo y de gestión las políticas y programas encaminados a fortalecer la participación ciudadana; c) Difundir y promover los derechos de los ciudadanos respecto del correcto funcionamiento de la Administración Pública; d) Incentivar la formación de asociaciones y mecanismos de asociación de intereses para representar a los usuarios y ciudadanos; e) Apoyar los mecanismos de control social que se constituyan; f) Aplicar mecanismos que brinden transparencia al ejercicio de la función administrativa¹².

A su vez, el artículo 33 dispone:

Cuando la administración lo considere conveniente y oportuno, se podrán convocar a audiencias públicas en las cuales se discutirán aspectos relacionados con la formulación, ejecución o evaluación de políticas y programas a cargo de la entidad, y en especial cuando esté de por medio la afectación de derechos o intereses colectivos. Las comunidades y las organizaciones podrán solicitar la realización de audiencias públicas, sin que la solicitud o las conclusiones de las audiencias tengan carácter vinculante para la administración. En todo caso, se explicarán a dichas organizaciones las razones de la decisión adoptada. En el acto de convocatoria a la audiencia, la institución respectiva definirá la metodología que será utilizada¹³.

En lo que respecta al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, varias de sus disposiciones desarrollan el derecho fundamental a la participación ciudadana. En efecto, el numeral 6º del artículo 3º de esta ley incorpora el principio de la participación, en virtud del cual las autoridades tienen el deber de promover y atender las iniciativas dirigidas a permitir a los ciudadanos, organizaciones y comunidades tomar parte en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública:

6. En virtud del principio de participación, las autoridades promoverán y atenderán las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a

¹¹ Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

¹² Ley 489 de 1998, artículo 32.

¹³ Ley 489 de 1998, artículo 33.

intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.

Por su parte, el numeral 8º del artículo 8º, de la misma Ley 1437, establece como uno de los deberes de información de las autoridades el de publicar los proyectos específicos de regulación, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas, con la advertencia de que, en todo caso, la autoridad adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva de mejor manera al interés general.

Las autoridades deberán mantener a disposición de toda persona información completa y actualizada, en el sitio de atención y en la página electrónica, y suministrarla a través de los medios impresos y electrónicos de que disponga, y por medio telefónico o por correo, sobre los siguientes aspectos:

[...]

8. Los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas. Para el efecto, deberán señalar el plazo dentro del cual se podrán presentar observaciones, de las cuales se dejará registro público. En todo caso la autoridad adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general.

Las Leyes 134 de 1994¹⁴ y 1757 de 2015¹⁵ son importantes referentes normativos en la materia, pues tienen por objeto promover, proteger y garantizar el derecho de los ciudadanos a participar en la vida política, administrativa, económica, social y cultural de la Nación¹⁶. En desarrollo de lo anterior, por ejemplo, el artículo 2º de la Ley 1757 de 2015 impone la obligación de incluir en todo plan de desarrollo medidas encaminadas a promover la participación ciudadana:

Todo plan de desarrollo debe incluir medidas específicas orientadas a promover la participación de todas las personas en las decisiones que los afectan y el apoyo a las diferentes formas de organización de la sociedad. De igual manera los planes de gestión de las instituciones públicas harán explícita la forma como se facilitará y promoverá la participación de las personas en los asuntos de su competencia.

¹⁴ La Ley 134 de 1994 consagra en su artículo 1º: 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. Sobre la coexistencia de las dos leyes estatutarias, en el Concepto 2381, anteriormente citado, la Sala manifestó lo siguiente: «Tanto la Ley 134 de 1994 como la Ley 1757 de 2015 se encuentran vigentes. Ambas disposiciones son complementarias y sólo se entiende derogada una disposición de la Ley 134 en la medida en que la Ley 1757 contradiga o pugne con aquella. Una y otra normas jurídicas propenden por el fortalecimiento de la participación ciudadana en todos los ámbitos de la gestión pública».

¹⁵ Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática.

¹⁶ Ley 1757 de 2015, artículo 1º.

Las discusiones que se realicen para la formulación de la política pública de participación democrática deberán realizarse en escenarios presenciales o a través de medios electrónicos, cuando sea posible, utilizando las tecnologías de la información y las comunicaciones.

La Ley 1757 de 2015 regula, además, lo referente a la iniciativa popular y normativa ante las corporaciones públicas, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, el plebiscito y el cabildo abierto. Adicionalmente, incorpora las normas fundamentales por las que se regirá la participación democrática de las organizaciones civiles¹⁷. Se destaca, además, dentro de esta norma el artículo 111, que define en los siguientes términos el diálogo social: “El diálogo social es un mecanismo democrático para la participación ciudadana y el fortalecimiento de las organizaciones de la sociedad civil, con el objetivo de promover la interacción, comunicación, consulta y seguimiento de políticas públicas a nivel nacional y territorial”.

A las normas anteriormente señaladas, pueden agregarse otras tales como: i) la Ley 99 de 1993¹⁸ que establece la consulta con las comunidades indígenas y afrodescendientes¹⁹; ii) la Ley 388 de 1997²⁰ que dispone la consulta ciudadana dentro del proceso de adopción del plan de ordenamiento territorial; iii) la Ley 1150 de 2007²¹ que ordena la publicación de los proyectos de pliegos de condiciones y de los estudios y documentos previos que sirvieron para su elaboración²²; iv) La Ley 1346 de 2006²³, aprobatoria de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que incluye entre sus principios y como derecho fundamental de ese grupo poblacional, su participación plena y efectiva en

¹⁷ Ley 1757 de 2015, artículo 1º.

¹⁸ 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.

¹⁹ De las Comunidades Indígenas y Negras. La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades. Ley 99 de 1993, artículo 76.

²⁰ Por la cual se modifican la Ley 9ª de 1989 y la Ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones.

²¹ Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

²² Ley 1150 de 2007, artículo 8º.

²³ Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Artículo 3o. «PRINCIPIOS GENERALES. Los principios de la presente Convención serán: ... c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;...» Artículo 4º. «OBLIGACIONES GENERALES. ...3. En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, **los Estados Partes celebrarán consultas estrechas** y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, **a través de las organizaciones que las representan.**» En el artículo 29, sobre participación en la vida política y pública, los Estados Partes en la convención se comprometieron a «fomentar su participación en los asuntos públicos».

la sociedad, en la vida política, pública y cultural, así como la obligación de las autoridades de «adelantar consultas estrechas» con sus organizaciones, en la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la Convención, «y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, y v) la Ley 1480 de 2011²⁴ que reconoce como uno de los derechos de los consumidores y usuarios el ser oídos en el estudio de las decisiones administrativas y legales que los afectan²⁵

Como manifestación del derecho fundamental a la participación ciudadana en el nivel reglamentario también puede señalarse el Decreto Número 1609 de 2015²⁶, el cual desarrolla el referido artículo 8º numeral 8 de la Ley 1437 de 2011. En efecto, su artículo 2.1.2.1.14, relativo a la publicidad, dispone lo siguiente:

Quando de conformidad con la ley deba someterse a consideración del público la información sobre **proyectos específicos de regulación** antes de su expedición, a la memoria justificativa se anexará también la constancia del cumplimiento de esa obligación y se incluirá el resultado de la evaluación de las observaciones ciudadanas que se hubieren presentado (subrayado fuera del texto).

1.1.3. Fundamento jurisprudencial

Desde el punto de vista de la jurisprudencia, la participación ciudadana es considerada uno de los pilares del sistema constitucional²⁷ y ha sido catalogada por la Corte Constitucional como un derecho fundamental por involucrar aspectos relativos a su dignidad humana²⁸.

El derecho a la participación ciudadana impone al Estado colombiano el deber de promover la participación de las personas, lo cual puede hacer a través de distintos instrumentos. En esta dirección se ha señalado:

²⁴ Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones.

²⁵ Ley 1480 de 2011, artículo 3º.

²⁶ Por el cual se modifican las directrices generales de técnica normativa de que trata el Título 2 de la Parte 1 del Libro 2 del Decreto 1081 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de la Presidencia de la República.

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-490 de 2011.

²⁸ **El derecho a que la ciudadanía se involucre en la toma de decisiones que, tanto en el ámbito público como privado, resultan relevantes para el desarrollo de la vida en comunidad tiene fundamento en el principio democrático –artículo 1º de la Constitución–, que a su vez nutre de contenido al carácter participativo del Estado colombiano, tal y como también es definido por el artículo 1º de la Constitución.** A dichos parámetros de construcción e interpretación del ordenamiento jurídico debe sumarse el artículo 2º de la Constitución, que define como un fin esencial del Estado colombiano facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecten.

Quando el fin esencial previsto en el artículo 2º de la Constitución se manifiesta de forma concreta adquiere el carácter de derecho fundamental de los miembros de la comunidad, en tanto es reflejo y desarrollo de situaciones en donde aspectos relativos a su dignidad humana se ven involucrados. **Se resalta que el deber constitucional de involucrar a la comunidad en el proceso de decisión de los asuntos que la afecten no se circunscribe al campo de la participación electoral.** (negrilla fuera del texto). Corte Constitucional. Sentencia del 11 de marzo de 2014, C-133/14.

Este fin esencial se enmarca en el contexto de la democracia participativa. Al Estado no le basta con abstenerse de obstaculizar la participación de las personas, sino que tiene el deber de promoverla, por medio de diversos instrumentos, dentro de los cuales se encuentran los mecanismos de participación ciudadana: voto, plebiscito, referendo, consulta popular, cabildo abierto, iniciativa legislativa y revocatoria del mandato, reconocidos en el artículo 103 de la Constitución. Además de estos mecanismos existen otros escenarios de participación, como es el caso de los consejos de planeación (art. 340), tanto en el ámbito nacional como en el ámbito local. (negrilla fuera del texto)²⁹.

1.1.3.1. El derecho fundamental a la participación ciudadana y la democracia participativa

La jurisprudencia nacional ha destacado el estrecho vínculo que existe entre el derecho a la participación ciudadana y la democracia participativa.

Ha establecido la Corte Constitucional que una de las variaciones más relevantes introducidas por la Constitución de 1991 en el orden social fue la transformación del concepto de la democracia: hasta la entrada en vigencia de la nueva carta, la invocación a la democracia implicaba la adopción de un modelo de democracia representativa³⁰. De acuerdo con esta particular concepción, el involucramiento de la ciudadanía en la decisión de las cuestiones de carácter público se restringía —en lo fundamental— a la elección de representantes que habrían de velar por sus intereses en el seno de las autoridades públicas. De tal suerte, las posibilidades que tenían los ciudadanos para incidir en las decisiones colectivas se encontraban visiblemente limitadas. Del mismo modo se encontraba restringida la proyección de los principios democráticos dentro de los demás ámbitos de la vida social —en el trabajo, en el hogar y en los ámbitos educativos, entre otros³¹—.

La comprensión de la democracia representativa fue sometida a un replanteamiento durante las deliberaciones de la Asamblea Nacional Constituyente. Conscientes de

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia del 22 de abril de 2013, T-245/13. “En todas esas normas es clara la voluntad del Constituyente en el sentido de facilitar, estimular y aun hacer forzosa en algunos casos la presencia activa de los gobernados en los distintos campos, adoptando decisiones, presentando fórmulas, tomando posiciones en asuntos de interés público y en la búsqueda de soluciones para sus problemas y necesidades”. Corte Constitucional. Sentencia del 23 de enero de 1996, C-021/96.

³⁰ Corte Constitucional, Sentencias C-093 de 2018, C-379 de 2016, C-150 de 2015, C-179 de 2002, T-358 de 2002, T-596 de 2002.

³¹ Para hacer justicia histórica, sin embargo, hace notar la Sala que, entre las manifestaciones de la participación previas a la C.P. del 91 pueden enunciarse, a título de ejemplo, la Acción Comunal —ligada al Ministerio de Gobierno—, la Asociación Nacional de Usuarios Campesinos, ANUC —ligada al INCORA—, y, a cargo del SENA, los programas CAPACA (capacitación para la participación campesina) y CIPACU (para la participación urbana) y las previstas en el Código Contencioso Administrativo de 1984. No obstante, es evidente el rol fundamental que al respecto cumplió la nueva carta política. No solo la propia creación del Consejo de Estado en 1817, sino el Decreto de pena capital contra los corruptos emitido por el Libertador desde el Palacio Dictatorial de Lima en 1824, y la Ley 4ª de 1913, para citar solo unas cuantas instituciones antiguas, contienen normas que implican de manera incipiente la participación ciudadana.

las limitaciones que presentaba, los redactores de la Constitución resolvieron transformar su restringido significado, para lo cual introdujeron el principio de democracia participativa. Gracias a esta combinación, el ordenamiento constitucional continúa funcionando bajo los principios del gobierno representativo, pero se ha visto enriquecido por este nuevo enfoque, que ofrece a los ciudadanos un amplio abanico de posibilidades para participar, de manera activa, en la decisión de los asuntos de interés público. Desde su más temprana jurisprudencia, la Corte Constitucional destacó el alcance de esta modificación en los siguientes términos:

El fortalecimiento y la profundización de la democracia participativa fue el designio inequívoco de la Asamblea Nacional Constituyente, luego traducido en las disposiciones de la Carta Política que ahora rige el destino de Colombia y de las que se infiere el mandato de afianzar y extender la democracia tanto en el escenario electoral como en los demás procesos públicos y sociales en los que se adopten decisiones y concentren poderes que interesen a la comunidad por la influencia que puedan tener en la vida social y personal.

La democratización del Estado y de la sociedad que prescribe la Constitución no es independiente de un progresivo y constante esfuerzo de construcción histórica que compromete a los colombianos —en mayor grado, desde luego, a las instituciones públicas y a los sujetos privados que detentan posiciones de poder social o político— y de cuyo resultado se derivará la mayor o menor legitimidad de las instituciones, no menos que la vigencia material de la Carta y la consecución y consolidación de la paz pública³².

En estos términos, la proclamación del ideal de la democracia participativa persigue la realización de dos objetivos: (i) la expansión de la vigencia de los valores democráticos a los distintos campos de la vida social y (ii) el ofrecimiento de instrumentos eficaces a la ciudadanía, para que pueda presentar propuestas sobre una decisión relacionada con cuestiones colectivas.

En cuanto a lo primero, fenómeno conocido como la *vis expansiva* de la democracia, se procura que las virtudes de la democracia —tales como la argumentación pública y el debate imparcial y basado en el paradigma de la racionalidad, entre otros— se extiendan a los distintos ámbitos en los que se da el intercambio social, y no se circunscriban al entorno de la política. De este modo, se espera que tales principios no solo presidan el obrar de las autoridades públicas, sino que irradien, además, todas las demás facetas de la vida en sociedad. El segundo objetivo que procura este modelo de democracia es el fomento de una mayor intervención de los ciudadanos en las decisiones colectivas. Dicho propósito toma forma, en el caso específico del ordenamiento colombiano, en el reconocimiento de la participación ciudadana como derecho fundamental³³, como principio definitorio de la

³² Corte Constitucional, Sentencia C-089 de 1994.

³³ El derecho fundamental a la participación ciudadano se encuentra reconocido en el artículo 40 del texto superior y en los artículos 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Constitución³⁴ y como fin esencial del Estado. Esta última caracterización se encuentra consignada en el artículo segundo del texto superior, precepto que atribuye a la organización estatal el compromiso ineludible de «facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación».

El derecho a la participación ciudadana³⁵, reconocido en el artículo 40 del texto superior, no limita su contenido al catálogo arriba descrito. Este derecho implica el reconocimiento de una capacidad más general, que se encamina a promover la incidencia de los ciudadanos en las decisiones colectivas, y que no debe restringirse a los escenarios electorales.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-180 de 1994 señaló:

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

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

La participación ciudadana en escenarios distintos del electoral alimenta la preocupación y el interés de la ciudadanía por los problemas colectivos; contribuye a la formación de unos ciudadanos capaces de interesarse de manera sostenida en los procesos gubernamentales y, adicionalmente, hace más viable la realización del ideal de que cada ciudadano tenga iguales oportunidades para lograr el desarrollo personal al cual aspira y tiene derecho.

³⁴ Sobre el particular, en la Sentencia C-577 de 2014, la Corte Constitucional advirtió lo siguiente: «**La participación, desde esta perspectiva, será el elemento definitorio de la Constitución que permitirá la realización material/sustancial de la democracia** —también principio fundante del ordenamiento constitucional del Estado colombiano, de acuerdo con el artículo 1º de la Constitución—» [énfasis fuera de texto].

³⁵ En el Concepto 2291, suscrito el 14 de septiembre de 2016, la Sala de Consulta se pronunció sobre el alcance y las fuentes normativas en las que se apoya el principio de participación ciudadana: «El principio de participación, es inherente al Estado democrático y hace posible la intervención de los ciudadanos en los procesos de deliberación y formulación de la gestión pública. Este principio no sólo está reconocido expresamente en el artículo 3º del CPACA, sino también en el artículo 2º de la Carta Política, disposición que establece como uno de los fines del Estado el facilitar la participación de las personas en las decisiones que las afectan, así como también en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación. Adicionalmente, la participación ciudadana dentro del sistema jurídico colombiano es considerada uno de los pilares del sistema constitucional y ha sido catalogada por la Corte Constitucional como un derecho fundamental por involucrar aspectos relativos a su dignidad humana».

Así pues, la resignificación de la democracia como democracia participativa no solo supone una ampliación de las obligaciones en cabeza del Estado o un cambio en el paradigma de acción de las autoridades públicas; implica, además, la asunción de una empresa bastante más ambiciosa: la proclamación de la democracia participativa es una apuesta por la transformación del comportamiento y del compromiso civil de los integrantes de la sociedad colombiana; busca hacer de ellos ciudadanos activos y comprometidos en la definición del destino colectivo que les corresponde como integrantes de una misma nación. Solo dentro de este contexto adquiere un sentido pleno el otorgamiento del amplio catálogo de instrumentos de participación que contiene la Constitución. Tales instrumentos no solo procuran ofrecer herramientas de actuación a quien desee incidir en las decisiones que conciernen a toda la colectividad; persiguen, además, un fin más alto: pretenden insuflar en la ciudadanía una ética política de compromiso y solidaridad. Muestra de este proyecto constitucional se encuentra en el artículo 95 del texto superior, que proclama como *obligación constitucional* el siguiente mandato: «Son deberes de la persona y del ciudadano: [...] 5. [p]articipar en la vida política, cívica y comunitaria del país».

La Sala de Consulta y Servicio Civil ha profundizado en las implicaciones que se siguen de la proclamación constitucional de la democracia participativa. En el Concepto 2381, aprobado el 6 de marzo de 2019, esta Sala advirtió que la consagración del principio de la democracia participativa implica una transformación de la idea misma de la democracia, la cual deja de restringirse a la celebración de eventos electorales:

En consecuencia, la democracia participativa trasciende el mero ejercicio del voto para elegir a quienes van a representar la voluntad popular. Presupone una participación directa de los individuos en las diferentes esferas de la sociedad para intervenir en la definición del destino colectivo y para irradiar *“todos los procesos de toma de decisiones que tienen lugar en los distintos campos y esferas de la vida social”*³⁶, además se extiende a todas las ramas del poder público: ejecutivo, legislativo y judicial, y a todos los órganos y organismos del Estado, e incluso permea ámbitos de la vida privada.

En el Concepto 2409, aprobado el 19 de febrero de 2019, la Sala advirtió que la participación ciudadana es consustancial a la idea de democracia. Indicó, igualmente, que esta particular acepción de la democracia acarrea la expansión de la vigencia de sus valores, más allá de los contornos de las actividades electorales. De ahí que su fin último apunte al involucramiento consciente y deliberado del ciudadano en las cuestiones que afectan a la comunidad a la que pertenece:

La participación ciudadana se encuentra íntimamente ligada con la democracia. Así, promueve el principio democrático reconocido en el artículo 1º de la Carta Política, que señala que Colombia es una forma de República “democrática, participativa y

³⁶Se refiere a la Cita 9: Ibidem. (Está haciendo alusión a la Sentencia C-180 de 1994 de la Corte Constitucional)

pluralista". Igualmente, desarrolla la democracia participativa, la cual busca que el ciudadano no sea excluido del debate, análisis y definición de los asuntos que afectan su diario vivir, así como tampoco de los procesos políticos que impactan a la colectividad. **De ahí que el individuo tenga un papel activo en el proceso de toma de decisiones de la Administración que demanda la existencia de mecanismos, más allá del escenario electoral, que permitan su efectiva intervención en dicho proceso** [énfasis fuera de texto].

En este mismo concepto, la Sala anotó que la aplicación de estos principios acarrea una saludable democratización de la acción pública, lo que provoca una mayor legitimidad de dicha acción:

La importancia de la intervención del ciudadano en la determinación de la voluntad de la administración ha dado lugar a la democratización de la acción administrativa, en virtud de la cual el ciudadano no se limita a tener un papel pasivo dentro del marco de la actividad administrativa, sino que por el contrario, asume un rol activo en la determinación de las políticas públicas. En esta dirección, el profesor Jean Rivero ya señalaba que en un régimen democrático la administración no sólo debe explicar a los ciudadanos sus decisiones, sino también permitir a estos participar en el proceso de adopción de las mismas:

«La esencia de la aspiración democrática es la adaptación máxima de gobernantes y gobernados; su realización concreta implica, finalmente, la sustitución de la expresión "ellos", con la cual el sujeto designa a los detentadores misteriosos del poder, afirmando así la heterogeneidad de su voluntad en relación con la suya, por la expresión "nosotros", que en boca del ciudadano consagra la identificación de las dos voluntades [...]. Un método más modesto y más realista en cuanto se dirige directamente al mismo administrado, es el de la explicación. En ese estadio, la autoridad, ciertamente, decide sola y sin compartir el poder, pero consciente de dirigirse a personas, es decir, a seres dotados de razón y de libertad, juzga necesario buscar la obediencia, no sólo en el respeto de su poder, sostenido en el temor a la sanción, sino en la adhesión de las inteligencias; por ello no desprecia la oportunidad de explicar los procedimientos que ha seguido, los elementos del problema, los motivos que la han llevado a preferir la solución adoptada frente a las que han sido descartadas. Tal actitud marca ya, en la vía de la democracia, un paso esencial, pues implica que a los ojos del administrador, el administrado deja de ser una cosa a la cual impone su voluntad para transformarse en una persona.

»En la práctica, la superación de ese umbral puede revestir múltiples formas: la más clásica, y la más jurídica, es la motivación de la decisión, al menos cuando esta motivación no es puramente formal; la "exposición de motivos", cuando figura en el encabezamiento de un acto reglamentario, aunque ella no esté, en principio, destinada al administrado, proviene de esta inspiración; la información, la adaptación a las relaciones administrativas de ciertas técnicas de relaciones públicas, la simple redacción de los documentos administrativos en un lenguaje accesible al ciudadano no especializado, son otras formas de la misma tendencia.

»Pero existe un medio aún más eficaz para obtener la adhesión [de los ciudadanos], es la explicación dada, no después, sino durante el curso de elaboración de la

decisión; y se pasa así a una nueva etapa en la vía de la democracia: la de la participación. El administrado deja, entonces, de ser extraño a la preparación del acto que le concierne; entre la autoridad y él se establece un diálogo; él puede hacer valer su punto de vista, llevar al expediente los elementos que posee; simultáneamente, toma conocimiento de los datos que desconoce; así colabora en la elaboración de su propio destino [...].

»Sobre el terreno de la eficacia, es evidente que la ejecución es mucho más fácil cuando la decisión ha sido comprendida; si la autoridad se ha tomado el trabajo de explicar al hombre el por qué y el cómo de lo que le es impuesto, su libertad y su razón entrarán en juego; ellas son, para la acción, auxiliares más fecundos que la irritación o la estupidez nacida de la contemplación de un impreso redactado en una lengua aparentemente extraña.

»Nada se opone, entonces, en la acción administrativa, a que se de un lugar a ciertas formas de explicación y de participación, es decir, a ciertas formas de inspiración democrática. Formas menores, se ha dicho, pero posiblemente es necesario ser menos categórico»³⁷.

La mayor legitimidad democrática que genera este proceder fue explicada por la Sección Tercera de esta corporación, en Sentencia del 14 de abril de 2010³⁸, a la que pertenece el siguiente extracto:

Una persona que al tener la oportunidad de intervenir en la etapa previa de configuración de la voluntad de la [A]dministración, sin duda será más proclive a la adhesión a lo decidido por la [A]dministración, que aquella a la que simplemente se le informa. Ello obedece al proceso de democratización de la acción administrativa, que la doctrina francesa ha liderado.

Por su parte, en el Concepto 2290 (agosto 30 de 2016), específicamente aplicable al caso de las comunidades indígenas, la Sala de Consulta ahondó en el análisis de la incidencia que tiene el postulado de la democracia participativa sobre el proceder de la Administración pública:

De este modo, la Administración se ha debido adaptar a nuevas fuentes normativas y de obligaciones que surgen [...] de la negociación con actores públicos o privados, la búsqueda de técnicas más democráticas de participación y la necesidad de compartir responsabilidades y competencias con otros sectores de la sociedad. En la medida que no todos los consensos sociales quedan expresados en la Constitución y la Ley, se pone en evidencia la necesidad "de adoptar decisiones y alcanzar consensos en espacios y frentes muy diversos" que no tienen referencias precisas "desde el sistema formalizado y articulado del derecho público".

³⁷ Jean Rivero, *Paginas de Derecho Administrativo*, (Libardo Rodríguez (dir.)), Editorial Temis S.A., Universidad del Rosario, 2002, pp. 92-93, 99-100.

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010, Radicación número: 11001-03-26-000-2005-00044-00(31223).

Ahora bien, el principio de la democracia participativa, por otra parte, se materializa también en algunos derechos fundamentales, que se ejercen en el marco de la protesta social.

Este tema es relevante para la solución de la presente consulta, pues tiene origen en un movimiento de protesta social que ha exigido al Gobierno nacional la solución de un heterogéneo conjunto de reclamaciones sociales, económicas y políticas. Tales demandas pretenden reivindicar intereses particulares de las organizaciones sociales que han propuesto el actual conflicto político, tanto como otros de carácter más general, que tienen por objeto el beneficio del conjunto de la sociedad.

La Sala abordará a continuación cómo la implicación de la ciudadanía en tales movimientos se enmarca en la realización del proyecto de la democracia participativa.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-223 de 2017, decidió una acción de inconstitucionalidad dirigida contra un grupo de normas del Código Nacional de Policía, que fueron censuradas con fundamento en varios cargos, de los que interesa destacar aquí la acusación de infringir los derechos fundamentales a la reunión, a la manifestación y a la protesta social.

Al examinar el asunto que interesa a la Sala, el tribunal indicó que el principio de la democracia participativa no solo conlleva el reconocimiento del derecho a emplear las acciones jurídicas y políticas para encauzar la actuación de los poderes públicos; dicho componente también supone la autorización de otras actuaciones de carácter informal, cuyo sentido político resulta igualmente evidente, que también pretenden conseguir una incidencia de los ciudadanos en las decisiones que conciernen a la comunidad política. De acuerdo con la terminología empleada en los estudios contemporáneos en la materia, la Sala Plena de la Corte Constitucional englobó estas manifestaciones en el concepto de *acción colectiva en las calles*:

- El constituyente primario tuvo como un objetivo principal fortalecer la democracia. Para ello, se incorporó la dimensión participativa de la democracia, la cual está compuesta por la participación ciudadana directa en la composición del poder público y por el control de las actuaciones de las instituciones. Dicho control, a su vez, puede ejercerse de dos maneras. Por una parte, la ciudadanía puede acudir a los mecanismos tradicionales, tales como el voto, el *accountability* o rendición de cuentas y mecanismos revocatorios o de control judicial –normativo o electoral–; **por otra parte, la ciudadanía puede ejercer la denominada *Druck der Straße*, es decir, la presión ciudadana a través de mecanismos no cobijados por procesos tradicionales, sino por la acción colectiva en las calles** [énfasis fuera de texto].

Con base en un copioso análisis de la jurisprudencia y la doctrina dedicadas a este asunto, la Corte Constitucional concluyó que la acción colectiva en las calles es una manifestación legítima del derecho fundamental a la participación ciudadana. Añadió que las actuaciones que se engloban en este concepto no se encuentran

respaldadas únicamente en el artículo 40 superior; también se amparan en las libertades fundamentales que protegen la asociación ciudadana (artículo 38) y la expresión de ideas, pensamientos y opiniones (artículo 20).

En cualquier caso, como ocurre con todos los demás derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento, este derecho no es de carácter absoluto. No protege actuaciones que sean incompatibles con los derechos de otros titulares y con bienes constitucionales que, en las circunstancias del caso concreto, adquieran un mayor peso. Dentro de este escenario de tensión entre libertad y restricción, anotó la Corte Constitucional, corresponde al Congreso de la República establecer el contenido del derecho en cuestión. Al llevar a cabo esta labor de desarrollo legal, el Legislador deberá salvaguardar el núcleo esencial del derecho, el cual fue sintetizado en los siguientes términos:

4.6.4. En ese sentido, puede decirse que **el ámbito irreductible de protección del derecho a la reunión, manifestación y protesta, es la conglomeración de personas, identificadas con fines comunes, cuyo fin es manifestarse —libertad de expresión— frente al funcionamiento del gobierno —control político—, a través de la presión en la calle y mediante un actuar pacífico y sin armas.** En otras palabras, el Legislador no podrá, por vía de legislación estatutaria, establecer medidas que cercenen la facultad ciudadana de ejercer control al poder político, de manifestarse u opinar libremente y de intentar establecer un diálogo con el Estado sobre asuntos esenciales. Por ejemplo, el Estado no podrá tomar medidas que anulen el ejercicio del derecho —restricción plena de vías, medidas de excepción que suspendan indefinidamente el derecho de protesta, entre otros—, o que criminalice el derecho —creación de tipos penales, ejercicio directo o indirecto de censura, entre otros— [énfasis fuera de texto].

Poco después, la Corte Constitucional volvió sobre este tema en la Sentencia C-018 de 2018. En dicha providencia el tribunal realizó el control previo de constitucionalidad de la Ley Estatutaria 1909 de 2018, «por medio de la cual se adoptan el Estatuto de la Oposición Política y algunos derechos a las organizaciones políticas independientes». El asunto en comento fue examinado debido a que el artículo quinto de la ley consagra como principio rector del Estatuto la *participación política efectiva*, postulado dentro del cual el Congreso de la República incorporó el reconocimiento de los derechos a la «oposición, [...] la movilización y **la protesta social**». Al enjuiciar la constitucionalidad de la inclusión de este último elemento, la Corte manifestó lo siguiente:

Por su parte, al reconocer la garantía a la movilización y la protesta social, el Estatuto de la Oposición reconoce el derecho que les asiste a los ciudadanos de reunión y manifestación pública pacífica, reconocido expresamente por el constituyente en el artículo 37 Superior, así como en el artículo 15 de la Convención Americana de Derechos Humanos. A su vez, reconoce el legislador, que estos derechos guardan una interrelación e interdependencia con los derechos fundamentales libertad de expresión y los derechos políticos puesto que estos derechos garantizan la comunicación colectiva de ideas y opiniones de manera pública y pacífica. Así

entonces, la asociación en organizaciones políticas, permiten ejercer estos derechos, con un fin político, como lo es la manifestación pública y pacífica del descontento social con el ejercicio del poder político.

La Corte recalcó que la principal exigencia que resulta oponible al derecho a la protesta social es la obligación de obrar de manera pacífica, respetando los derechos fundamentales de los demás ciudadanos. Pues si bien su ejercicio acarrea, de manera forzosa, una cierta afectación de intereses de mayor o menor entidad constitucional —tales como la movilidad del transporte o la normalidad de la vida social—, no tiene por qué producir afectaciones desproporcionadas a otros derechos fundamentales.

Con fundamento en las razones expuestas en este apartado, la Sala reitera que la Constitución de 1991 adoptó un modelo de democracia en el que convergen los componentes de la representación y la participación ciudadana. En ese sentido, el texto superior pretende que la ciudadanía se involucre de manera activa y deliberada en las decisiones colectivas que conciernen a toda la comunidad política.

Para tal fin, el ordenamiento otorga instrumentos jurídicos y políticos ordinarios, que permiten una incidencia formal en los procesos de decisión pública. Adicionalmente, reconoce la posibilidad de que los ciudadanos recurran a actuaciones heterodoxas —agrupadas por la jurisprudencia constitucional bajo el nombre de «acción colectiva en las calles»— mediante las cuales también se procura lograr la incidencia de los ciudadanos en las cuestiones políticas. Ambas manifestaciones, la tradicional y la informal, se encuentran amparadas en el ordenamiento constitucional por el hecho de contribuir a la realización del ideal de la democracia participativa.

En este punto, conviene hacer alusión a la incidencia que otros derechos fundamentales tienen en este asunto. La Sentencia T-007 de 1995, dictada por la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, es un caso en el que se concedió valor vinculante a una negociación entablada con una comunidad indígena.

Es pertinente aclarar que, a juicio de la Sala de Consulta, el carácter vinculante y excepcional de la negociación no tuvo sustento en una naturaleza obligacional del acuerdo, sino en el hecho de que los acuerdos buscaban proteger derechos fundamentales de un sector desprotegido de la población que, al parecer, resultaron vulnerados con las presuntas omisiones del Gobierno nacional.

En dicha oportunidad, se interpuso una acción de tutela en defensa de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la educación y a la conservación de la identidad cultural de los integrantes de la comunidad Wayuu. Tales derechos fueron infringidos debido al incumplimiento de un acuerdo firmado por el Estado con representantes del pueblo indígena, mediante el cual se pretendía contribuir a la solución de la grave crisis que, en la comunidad, generó la liquidación de una

concesión salina. Debido a que la explotación de la sal es una actividad de gran relevancia para la manutención de este pueblo, el Estado asumió varios compromisos, que pretendían garantizar el mínimo vital de los integrantes del resguardo.

Como se ha reiterado, se justificó el deber de garantizar el cumplimiento de los compromisos en las graves consecuencias que conllevaría el quebrantamiento de derechos fundamentales³⁹.

En este mismo entorno y vinculado asimismo a derechos fundamentales de una población que exigía la existencia de obligaciones de discriminación positiva, la Sala de Consulta y Servicio Civil se pronunció sobre los acuerdos alcanzados dentro de un proceso de consulta previa con comunidades **indígenas**:

(x) El derecho fundamental a la consulta previa comprende la etapa de acuerdos y su cumplimiento: En los casos en que la consulta cumple su finalidad y se llega a acuerdos con las comunidades étnicas, estos son vinculantes para las partes. Lo anterior, en tanto que las comunidades étnicas deben tener la posibilidad de revisar y poner de presente sus puntos de vista sobre la intervención, "no solo de forma previa sino durante y después de la implementación de la obra o plan de desarrollo". Por ello, cuando hay acuerdos, el proceso de consulta solo se cierra con la verificación de cumplimiento de los compromisos acordados. De ahí que, como expone el organismo consultante, el protocolo de los procesos de consulta previa comprende no sólo las etapas de diagnóstico, pre consulta y consulta, sino también las de protocolización de acuerdos y de seguimiento de los mismos⁴⁰.

La Sala prosigue con la articulación de estos postulados dentro del marco de la gobernanza, concepto que ha impactado de manera profunda la lógica de funcionamiento de la Administración pública.

1.2. La gobernanza y su influencia en el proceder de la Administración pública: la determinación de las políticas públicas

En oportunidades anteriores, la Sala de Consulta y Servicio Civil se ha referido a la importancia de la participación ciudadana y al fenómeno de la gobernanza

³⁹ En dicha decisión la Corte señaló: Hay que considerar adicionalmente, que el Estado a través de las entidades públicas intervinientes en la celebración del Acuerdo se comprometió a la realización de una serie de acciones tendientes a garantizar de manera concreta el derecho al trabajo de la comunidad Wayúu con la organización y funcionamiento de una empresa que se encargara de la explotación de la sal y, además, a adoptar las medidas necesarias para el desarrollo social y cultural de dicha comunidad. Por lo tanto, a juicio de la Sala, el compromiso asumido tiende a hacer efectivos derechos que se estiman fundamentales, no meramente programáticos, sino ciertos y reales, que se consideran medulares para la supervivencia y el desarrollo socio-cultural de la etnia Wayúu como grupo social que merece la especial protección del Estado en los términos de los artículos 1, 7 y 8 de la C.P.

⁴⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de agosto de 2016. Radicación número: 11001 -03-06-000-2016-00057-00.

como expresión de esta última⁴¹. Así, ha destacado cómo la evolución del Derecho Administrativo ha modificado la relación de la ciudadanía con las autoridades. Las personas han pasado de tener un papel pasivo en el proceso de fijación de las políticas públicas, a uno activo o protagónico. Igualmente, dicha evolución ha permitido reconocer que la Administración no es autárquica, pues necesita de otras administraciones y del sector privado para el desarrollo de las políticas públicas. En este contexto, el procedimiento administrativo debe permitir y facilitar la participación y diálogo entre la Administración y la ciudadanía durante el proceso de adopción de sus decisiones⁴².

Precisamente, la colaboración entre el Estado y la sociedad es un aspecto fundamental que promueve y defiende la doctrina moderna desde la figura de la gobernanza, la cual considera que la Administración no debe actuar de forma solitaria, sino, por el contrario, bajo un esquema de deliberación conjunta, interacción, coproducción o asociación con la sociedad⁴³. Así, se ha establecido:

De esta constatación, la gobernanza surge como un nuevo estilo de gobierno, distinto del modelo de control jerárquico y de mercado, caracterizado por un mayor grado de cooperación entre los gobiernos y administraciones públicas y actores no

⁴¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de septiembre de 2016. Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00066-00 (2291) y Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de septiembre de 2016. Radicación número: 11001-03-06-000-2018-00253-00 (2409).

⁴² Pero el procedimiento de tercera generación se preocupa también por la elaboración de normas reglamentarias, tales como la elaboración del planeamiento territorial y urbanístico con una participación y diálogo entre Administraciones y el público más intenso y efectivo; la elaboración de las circulares de un organismo regulador en materia de telecomunicaciones, en una forma más participada o con una iniciativa mayor en manos de los operadores para hacer propuestas; la elaboración de documentos de Derecho indicativo o "soft law" (manuales, recomendaciones, vademécum, revisión por pares, etc.); reglas de representatividad de los sujetos privados dentro de la autorregulación cuando elaboran normas técnicas; etcétera.

-Son numerosas, y en ocasiones más relevantes, las fórmulas, criterios o principios de procedimiento que, sin desembocar directamente en la toma de decisiones, tienen por objeto satisfacer las múltiples necesidades de las nuevas formas de trabajo y elaboración de las políticas públicas: obtención e intercambio de información, consultas para identificar las prioridades de una determinada política, colaboración entre organismos reguladores, evaluación periódica de las opciones políticas, análisis de los efectos, etc.. Barnes, Javier, «Tres generaciones de procedimiento administrativo», en *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa* (Pedro Aberastury y Hermann-Josef Blanke eds.), Eudeba; Konrad Adenauer Stiftung, 2011, pp. 145-146.

⁴³ Se denomina gobernanza en sentido estricto o "nueva gobernanza", moderna, al proceso en el que la definición del sentido de dirección de la sociedad, de las actividades para realizar los objetivos (resolver problemas, enfrentar desafíos, crear futuros de valía), de las formas de organizarse y del modo como se distribuirán los costos y beneficios ya no es ni puede ser obra exclusiva del gobierno, considerado como actor único o dominante, sino que es el resultado de la deliberación conjunta – interacción – interdependencia – coproducción – corresponsabilidad – cogobierno – asociación entre el gobierno y las organizaciones privadas y sociales. A lo largo del proceso de la decisión directiva y de su implementación los gobiernos y las organizaciones juegan roles cambiantes con acoplamientos en las negociaciones según la naturaleza de los problemas, sus relaciones internas y las circunstancias sociales. Aguilar, Luis F., *Gobernanza: el nuevo proceso de gobernar*, Fundación Friedrich Naumann para la Libertad, 2010, pp. 41-42.

gubernamentales en la hechura de las políticas públicas. Se espera que a través de este proceso de elaboración de las políticas, fundamentado en la colaboración, el consenso y la participación de distintos actores, se mejoren los resultados y rendimientos de las políticas y, en definitiva, se garantice la gobernabilidad del sistema político⁴⁴.

Dentro de este marco, organizaciones internacionales como la OCDE han promovido la adopción de políticas regulatorias adecuadas por parte de los Estados⁴⁵, políticas que se ubican dentro del concepto de «gobernanza regulatoria»⁴⁶. En este sentido, el documento de la OCDE «Recomendación del Consejo sobre política y gobernanza regulatoria», sugirió a los Estados:

Adherirse a los principios de gobierno abierto, considerando la transparencia y la participación en el proceso regulatorio a fin de asegurar que la regulación se encuentre al servicio del interés público y esté informada de las necesidades legítimas de aquellos a quienes concierne y afecta. Esto conlleva ofrecer oportunidades significativas (incluso en línea) para que el público contribuya al proceso de preparar borradores de propuestas regulatorias y a la calidad del análisis de apoyo. Los gobiernos deben asegurarse de que las regulaciones sean comprensibles y claras y de que las partes puedan entender fácilmente sus derechos y obligaciones.

Como medidas para implementar esta recomendación, los gobiernos deben: i) desarrollar procesos de consulta para obtener información de forma más eficiente y de mejor calidad, ii) tomar en cuenta a todas las partes interesadas⁴⁷ durante el proceso de formulación de la regulación, y iii) colocar a disposición del público las decisiones y los datos relacionados con la medida regulatoria⁴⁸.

1.3. Formas para promover la participación ciudadana. Doctrina comparada

1.3.1. La participación ciudadana en la OCDE

La participación ciudadana puede adelantarse a través de distintos mecanismos, que varían en su complejidad y alcance. En este sentido, la OCDE identifica tres formas principales para llevar a cabo dicha participación: i) la información, ii) la consulta⁴⁹ y iii) la participación activa. Una característica importante de esta

⁴⁴ Cristina Zurbruggen, *Gobernanza: una mirada desde América Latina*, Perfiles Latinoamericanos No. 38, Julio/Diciembre 2011, p. 40.

⁴⁵ OCDE, *Regulatory policy and governance. Supporting economic growth and serving the public interest*, OCDE, 2011, p. 7.

⁴⁶ OCDE, *Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria*. OCDE. 2012, p. 24.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 27.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 11.

⁴⁹ Usualmente, la consulta conlleva la publicación de un proyecto legislativo en la página web del ministerio o departamento y el envío de comentarios a través de correo electrónico o de un formulario ubicado en la red. Varios países utilizan portales web centralizados con el propósito de que todas las consultas estén disponibles en un solo lugar (traducción libre). Alberto Alemanno, *Stakeholder engagement in regulatory policy*, en *Regulatory Policy in Perspective*. A reader's companion to the

última, es el hecho de que la Administración conserva la competencia para adoptar la decisión final:

Información

El gobierno disemina la información relativa a la política pública por su propia iniciativa – o los ciudadanos acceden a la información por demanda. En ambos casos, la información fluye esencialmente en una dirección, del gobierno a los ciudadanos [...].

Son ejemplos el acceso a los registros públicos, las gacetas oficiales, las páginas web gubernamentales.

Consulta

El gobierno solicita y recibe las opiniones de los ciudadanos sobre la política a adoptar. Con el propósito de recibir las observaciones, el gobierno define las visiones y el tema que desea consultar durante la construcción de la política. La recepción de los comentarios de la ciudadanía también requiere que el gobierno facilite la información de manera anticipada. Por lo tanto, la consulta crea una limitada relación de dos vías entre el gobierno y los ciudadanos.

Son ejemplos los comentarios sobre anteproyectos de legislación y las encuestas de opinión pública.

Participación activa

Los ciudadanos participan activamente en la toma de decisiones y la formulación de políticas.

OECD regulatory policy Outlook, 2015, p. p. 125. Consulta: Existe un acuerdo casi universal de que la consulta es “algo bueno”. Tradicionalmente, cuatro razones han sido destacadas. Se ha señalado que la consulta mejora la evidencia para la toma de la decisión regulatoria. Segundo, la consulta promueve la participación entre las diversas personas interesadas. Tercero, la consulta es una forma para controlar la adopción de la decisión [...] Finalmente, la consulta es también considerada crucial para avanzar en la legitimidad de la decisión (traducción libre). Martin Lodge, Trends and challenges in regulation and regulatory policy, en Regulatory policy in perspective. A reader’s companion to the OECD regulatory policy outlook 2015, 2015, p. 25. La consulta eficaz es un elemento clave para garantizar que los intereses de ciudadanos y empresas se tomen en cuenta al desarrollar y diseñar regulaciones. La consulta mejora la efectividad de las regulaciones mediante el uso de la información que entidades reguladas aportan sobre sus probables impactos. Poner a consideración los problemas y las posibles deficiencias aumenta el compromiso de los interesados y promueve una mayor probabilidad de cumplimiento. El efecto positivo de una mayor transparencia y del compromiso de los actores no se limita a las regulaciones, sino que también se aplica al desarrollo y cumplimiento de políticas y programas. OCDE, Estudio de la OCDE sobre la política regulatoria en Colombia: Más allá de la simplificación administrativa, OECD Publishing, 2014, p. 90. Es esencial que el sistema jurídico sea transparente para que exista un ambiente regulatorio estable y accesible que promueva la competencia, el comercio, y la inversión, y evite la indebida influencia de intereses particulares. La transparencia refuerza la legitimidad y la justicia del proceso regulatorio. Tiene un rango amplio de prácticas, incluyendo procesos estandarizados para hacer y reformar las normas, la consulta con las partes interesadas, el uso de un lenguaje sencillo en la redacción, publicación y codificación de las normas (traducción libre). OECD, Regulatory Policy in Chile: Government Capacity to Ensure High-Quality Regulation, OECD Reviews of Regulatory Reform, OECD Publishing, 2016, p. 84.

La participación activa significa que los propios ciudadanos desempeñan un papel en la formulación de la política pública, por ejemplo, proponiendo opciones de política. **Al mismo tiempo, la responsabilidad por la formulación de las políticas y la decisión final recaen en el gobierno.** Involucrar a los ciudadanos en la formulación de políticas implica una relación bidireccional entre el gobierno y los ciudadanos basada en un vínculo de asociación.

Son ejemplos los grupos de trabajo abierto, los paneles legos y los procesos de diálogo [traducción libre]⁵⁰.

1.3.2. La participación ciudadana en otros países

Adicionalmente, la doctrina se refiere también a los mecanismos de «*notice-and-comment*», «*negotiated rule making*» y «*policy dialogue*»⁵¹, los cuales pueden entenderse en los siguientes términos:

Entre los distintos mecanismos identificados por la doctrina para permitir la participación del público, se encuentra el denominado en inglés “notice-and-comment”, el cual se aplica en los Estados Unidos en el proceso de promulgación de normas de la administración federal. A través de este mecanismo, se logra informar y consultar al público sobre normas propuestas.

Un segundo mecanismo es el denominado en inglés “negotiated rule making”. Bajo esta modalidad se establece un foro de discusión directo entre representantes de la sociedad y el gobierno. El propósito es alcanzar un consenso respecto a la regla propuesta. Asimismo, se caracteriza porque las discusiones se abren al público.

⁵⁰ OECD. Handbook on information, consultation, and public participation in policy-making. 2001. Véase igualmente: OECD, Towards a new partnership with citizens: Jordan's Decentralisation reform. OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing. 2017. Asimismo, otra parte de la doctrina ha indicado: En la participación pública, la agencia mantiene la autoridad para tomar la decisión final, aunque puede optar por compartir dicha facultad a cambio de un mayor nivel de aceptación pública (traducción libre). James L. Creighton. The public participation handbook. Making better decisions through citizen involvement. 2005.

⁵¹ Otra intervención en el proceso del manejo del conflicto [...] es el diálogo con los interesados [...] El propósito principal del diálogo con los interesados es transformar la forma de comunicación, propiciar un escenario en el cual los temas difíciles pueden ser discutidos, y construir un consenso. Adler y Celico (2003) argumentan que el diálogo sobre las políticas públicas es un proceso de resolución de conflictos que incluye reuniones, talleres y mesas redondas llevadas a cabo por un periodo de tiempo, lideradas por un facilitador y dirigidas a producir resultados concretos. Estos diálogos promueven el intercambio de información y la construcción de consensos con los actores involucrados [...]. Este diálogo estructurado se enfoca en los intereses y necesidades más profundos de los actores locales y se asegura de que todas las partes sean escuchadas y respetadas en el proceso (Fisher et. Al., 2011). Concentrarse en el interés y las necesidades de los actores hace el proceso de manejo del conflicto mucho más fácil y el diálogo puede convertirse en una herramienta de transformación para resolver el conflicto y encontrar resultados mutuamente beneficiosos. Sin importar su formato, los diálogos sobre políticas públicas buscan llevar a la mesa grupos de interés diversos, se enfocan en un asunto común, tienen un ciclo de vida y pretenden encontrar soluciones prácticas a problemas complejos (traducción libre). Mustafa Dinc. Introduction to Regional Economic Development. Edward Elgar Publishing Limited. 2015, p. 59.

Aunque no se alcance el consenso, esta regla le permite al gobierno mejorar la calidad de la regulación a través de la discusión de asuntos de naturaleza técnica. Igualmente, promueve la confianza entre la administración y los administrados.

Finalmente, un tercer mecanismo es el denominado "policy dialogue", en virtud del cual se establece una mesa de discusión entre diferentes grupos de interés que dialogan con el propósito de discutir un asunto en el que tienen un interés mutuo. En este sistema, se reconoce que las personas pueden tener una posición diferente frente a un mismo problema⁵².

- Estados Unidos

Dentro de las experiencias relevantes en la aplicación de estos mecanismos de participación, puede mencionarse el caso de Estados Unidos. Así, en el año de 1990 fue promulgada una ley por el Congreso Federal del país norteamericano, denominada *Negotiated Rule Making Act*, e incorporada en el Título 5, Parte I, capítulo 5, subcapítulo III del Código de los Estados Unidos (United States Code (USC)).

El día 29 de noviembre de 1990, el Congreso de los Estados Unidos señaló frente a esta normativa:

- (1) La regulación gubernamental ha aumentado sustancialmente desde la promulgación de la Ley de Procedimiento Administrativo [Ley del 11 de junio de 1946, cap. 324, 60 Stat. 237; derogada por la Ley del 6 de septiembre de 1966].
- (2) Las agencias utilizan actualmente procedimientos de reglamentación que pueden desalentar a las partes afectadas a reunirse y comunicarse entre sí, y hacer que aquellas con intereses diferentes asuman posiciones conflictivas y antagónicas y se involucren en un litigio costoso y lento sobre las reglas de la agencia.
- (3) La elaboración adversa de normas impide a las partes afectadas y al público disfrutar de los beneficios de la negociación y de la cooperación, en el desarrollo y consecución de un acuerdo para la adopción de una norma. También los priva de la posibilidad de compartir información, conocimiento, experiencia y habilidades técnicas que poseen las partes afectadas.
- (4) La reglamentación negociada, en la cual las partes que se verán afectadas significativamente por una norma participan en la elaboración de esta, puede proporcionar ventajas significativas sobre la formulación adversa de normas.
- (5) La reglamentación negociada puede aumentar la aceptación y mejorar el contenido de las reglas, lo que disminuye la probabilidad de que las partes afectadas se resistan a su aplicación o las impugnen en los tribunales. También puede acortar el tiempo necesario para emitir la regla final.

⁵² Alberto Alemanno, Stakeholder engagement in regulatory policy, en *Regulatory Policy in Perspective*. A reader's companion to the OECD regulatory policy Outlook, 2015, p. 127.

(6) Las agencias tienen la facultad de establecer comités para la negociación de la reglamentación, bajo las normas que establezcan las propias agencias y bajo la Ley del Comité Asesor Federal (5 U.S.C. App.). Varias agencias han implementado con éxito la reglamentación negociada. Sin embargo, el proceso no ha sido ampliamente utilizado por otras agencias, en parte porque no están familiarizadas con el proceso o no están seguras de su competencia frente a la reglamentación⁵³ (traducción libre).

La ley consagra un mecanismo dirigido a promover el diálogo entre las autoridades administrativas y las personas con interés en la expedición de una norma administrativa⁵⁴. Así, faculta a la Administración para establecer un comité que negocia la adopción de la norma; lo anterior, siempre y cuando se considere que el procedimiento de negociación es de interés público. Para ello, se deben tomar en cuenta los siguientes criterios:

i) Existe la necesidad de expedir una norma.

ii) Hay un número limitado de intereses identificables, que serán significativamente afectados por ella.

iii) Existe una probabilidad razonable de que pueda conformarse un comité integrado por una representación equilibrada de personas que a) pueden representar adecuadamente los intereses identificados y b) desean negociar de buena fe para alcanzar un consenso sobre la regla propuesta.

iv) Existe una probabilidad razonable de que el comité alcanzará un consenso sobre la norma propuesta, dentro de un periodo específico de tiempo.

v) El procedimiento de negociación no retrasará de forma irrazonable la comunicación de la norma propuesta, ni su expedición final.

vi) La agencia cuenta con los recursos adecuados y tiene la voluntad de someter dichos recursos al comité, y

vii) La autoridad, en la máxima extensión posible y de manera consistente con sus obligaciones, adoptará el consenso del comité como base para emitir la norma⁵⁵.

Si se logra una decisión por consenso, el comité transmitirá a la autoridad un informe que contenga la norma propuesta. Si el comité no alcanza el consenso, debe informar en todo caso a la agencia sobre aquellos temas en los cuales el comité logró ponerse de acuerdo. Asimismo, el comité puede transmitir cualquier otra información, recomendación o material que considere apropiado. Igualmente, cualquier integrante del comité puede incluir como anexo, información, recomendaciones o materiales adicionales.

⁵³ Congressional findings. Act Nov. 29, 1990, P. L. 101-648, § 2, 104 Stat. 4969.

⁵⁴ 5 U.S. Code § 561.

⁵⁵ 5 U.S. Code § 563.

Ahora bien, en lo que respecta al alcance vinculante de la decisión adoptada por el comité, se ha señalado por la jurisprudencia de los Estados Unidos que dicha decisión no es obligatoria para la autoridad administrativa, aun cuando se haya alcanzado un consenso sobre la norma. En este sentido, la Corte de Apelaciones del 7º Circuito de los Estados Unidos señaló lo siguiente en el caso *USA Group Loan Servs. v. Riley*:

[N]o tenemos dudas de que la Ley de Reglamentación Negociada no hizo que la promesa fuera exigible. *Natural Resources Defense Council, Inc. v. EPA*, 859 F.2d 156, 194 (D.C. Cir. 1988) (por curiam). [...] A diferencia de las negociaciones colectivas, con las cuales los administradores comparan la reglamentación negociada, la Ley no prevé que las negociaciones terminen en un contrato vinculante. La Ley simplemente crea un proceso de consulta antes del procedimiento más formal de notificación y comentario de la reglamentación⁵⁶ (traducción libre).

En la misma dirección, la doctrina ha indicado:

Sin embargo, ningún acuerdo propuesto por el Comité es obligatorio para la autoridad o cualquier otra parte; la autoridad puede decidir no expedir la norma o hacerlo de manera diferente a la establecida por el Comité⁵⁷ (traducción libre).

Otro importante mecanismo dirigido a promover la participación ciudadana en los Estados Unidos es el establecido en la ley de procedimiento administrativo⁵⁸, incorporada en el Código de los Estados Unidos. Allí se consagra que las propuestas de normas jurídicas (*rules*)⁵⁹ que van a proferir las agencias federales⁶⁰ deben publicarse por regla general en el Registro Federal [*Federal Register*]. Adicionalmente, la ley ordena a dichas agencias que permitan a las

⁵⁶ United States Court of Appeals for the Seventh Circuit *USA Group Loan Servs. v. Riley*, 82 F.3d 708. 25 de abril de 1996.

⁵⁷ Cualquier acuerdo sobre una regla negociada debe ser unánime, a menos que el comité acepte otras condiciones. Si el comité llega a un consenso, debe presentar un informe a la agencia patrocinadora que contenga la regla propuesta y cualquier otra información que considere apropiada. Sin embargo, la propuesta acordada por el comité no es vinculante para la agencia u otras partes; la agencia puede decidir no emitir la regla propuesta o hacerlo de manera distinta a la planteada por el comité, y los grupos de interés representados en el comité pueden oponerse a la regla que ayudaron a elaborar (traducción libre). Curtis W. Copeland. *Negotiated Rulemaking*. Congressional Research Service.

⁵⁸ Desde su promulgación en 1946, la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA) ha servido de fundamento legal para la participación de las personas interesadas en el desarrollo de las regulaciones de las agencias federales del gobierno de los Estados Unidos. Uno de los elementos centrales de la LPA es la elaboración de normas a través del proceso de noticia y comentario. Bajo la APA, las agencias deben, por regla general y sujeto a un número de excepciones, anunciar en el Registro Federal los proyectos de normas propuestas, otorgar a los interesados oportunidades para comentar y responder a las materias que surjan de los comentarios (traducción libre). Steven J. Balla y Susan E. Dudley, *Stakeholder participation and regulatory policy making in the United States, en Regulatory Policy in Perspective*. A reader's companion to the OECD regulatory policy Outlook, 2015, p.163.

⁵⁹ 5 USC § 551.

⁶⁰ *Ibidem*.

personas interesadas en participar en el proceso de adopción de la norma, enviar opiniones, datos o argumentos⁶¹.

En lo que respecta al caso español, la doctrina ha señalado con claridad que la participación ciudadana es uno de los rasgos distintivos del derecho administrativo moderno⁶².

Así se ha señalado que:

Hasta tiempos recientes, la sociedad ha sido mero sujeto pasivo de la acción administrativa y por ello han pasado inadvertida en los análisis y caracterizaciones del Derecho administrativo que lo concentraban exclusivamente en las Administraciones públicas. Pero en las últimas décadas la evolución y cambios trascendentales no se registran del lado de las Administraciones, sino del lado de la sociedad, cuya transformación más importante es el decidido protagonismo que asume en el marco de una nueva correlación que entabla con el Estado. Las transformaciones que se registran en las Administraciones, que mayormente han acaparado la atención de los administrativistas, son para adaptarlas a esas transformaciones sociales, más profundas y trascendentes⁶³.

De la misma manera, la doctrina ha considerado que:

El centro de gravedad del Derecho administrativo se ha ido desplazando desde el acto administrativo imperativo hacia formulas negociales, puesto que en muchos casos la eficacia real de la acción administrativa depende de esa colaboración con empresas y entidades privadas o del consenso y la aceptación negociada de las decisiones por sus destinatarios. Al modelo de la administración de autoridad del siglo XIX le ha sustituido en parte un estilo de government by contract, aunque no, por supuesto, en todos los casos ni en todos los sectores por igual⁶⁴.

- España

En España, por otra parte, el artículo 86 de la Ley 39 de 2015, antiguo artículo 88 de la Ley 30/1992, consagra los denominados actos administrativos consensuados⁶⁵. Así, dispone la norma:

⁶¹ 5 USC § 553.

OCDE, 2014, ob. cit., p. 91.

⁶² Miguel Sánchez Morón. Derecho Administrativo. 9ª. Edición. Editorial Tecnos. 2013, p. 59.

⁶³ José Esteve Pardo. Lecciones de Derecho Administrativo. Marcial Pons. 2011, p. 48

⁶⁴ Miguel Sánchez Morón. Derecho Administrativo. 9ª. Edición. Editorial Tecnos. 2013, p. 59.

⁶⁵ Frente a este tipo de actos, el profesor Luciano Parejo ha señalado: Estos últimos actos, que representan, como digo, una rigurosa y en principio positiva novedad, son referibles a la actividad unilateral por el régimen de su producción (en el contexto de un procedimiento que igualmente podría haber concluido mediante acto unilateral), siendo adscribibles a la bi- o multilateral por su resultado, que, en definitiva, es un acuerdo, pacto, convenio o contrato. Sin perjuicio de que éste, es decir, el resultado (un negocio jurídico bi- o multilateral) deba incidir de forma importante en su régimen jurídico de fondo, no puede desconocerse la especificidad de éste respecto de los contratos administrativos en sentido estricto, por lo que los actos consensuales no pueden confundirse con

1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que, en su caso, prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.

Nótese cómo el alcance y los efectos de los actos administrativos consensuados dependen de lo que establezca el correspondiente régimen jurídico.

2. Los conceptos de consulta, diálogo, negociación y concertación

La consulta formulada en esta ocasión exige la realización de varias precisiones conceptuales. Según se indicó en el acápite de antecedentes, el primer interrogante pretende establecer cuál es la denominación más adecuada para el espacio de interlocución con el Comité Nacional del Paro, teniendo en cuenta las eventuales consecuencias jurídicas que dicha decisión pueda acarrear. En ese sentido, es preciso determinar y distinguir el alcance conceptual de cada uno de los términos relacionados. La Sala empezará este ejercicio aclarando el alcance de la voz consulta:

2.1. La consulta

El término *consulta* ha sido objeto de una notable evolución en el ordenamiento jurídico colombiano.

En el caso de la Constitución, el término consulta se menciona, entre otros, en los artículos 40 (derecho fundamental a la participación ciudadana); 103 (mecanismos de participación ciudadana); 104 (consulta popular por el Presidente de la República); 105 (consulta popular por gobernadores y alcaldes), y 107 (consultas en partidos y movimientos políticos). Además, existe el caso específico de procedimiento de consulta a las comunidades indígenas y a los pueblos étnicamente diferenciados, especialmente regulado por el Convenio 169 de la OIT, el cual, según la Corte Constitucional forma parte del bloque de constitucionalidad⁶⁶.

ellos: son, propiamente, actos administrativos. [...] A la luz de las consideraciones precedentes el acto administrativo consensual puede definirse como el acuerdo de voluntades entre una Administración pública y uno o varios sujetos de Derecho, regulado por el Derecho administrativo, celebrado en el contexto de un procedimiento administrativo a través del que aquélla deba ejercer una potestad asimismo administrativa y para la terminación o la preparación — en términos vinculantes — de la terminación de éste, que está dirigido a la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica Luciano Parejo, Los Actos Administrativos Consensuales en el Derecho Español. A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, año 1, n.13, p.1-244, jul./sep. 2003, pp. 11—17.

⁶⁶ Corte Constitucional. C-461 de 2008.

- **La consulta popular (artículos 103 y 104 C.N.)**

Como se puede observar, la Constitución prevé diferentes grados y naturalezas de consultas, atendiendo al interés jurídico tutelado. Por un lado, los 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 mandato⁶⁷.

Por otra parte, y a iniciativa del Presidente, gobernador o alcalde, con los requisitos establecidos en la Constitución y la ley, puede realizar consultas al pueblo sobre decisiones de trascendencia nacional o territorial, según sea el caso, caso en el cual la decisión del pueblo será obligatoria.

En el caso de la consulta sobre comunidades indígenas y pueblos étnicamente diferenciados, se establece como obligatorio el procedimiento, y como veremos, los eventuales acuerdos, para su validez, deberán ser materializados en una decisión administrativa futura. La excepción que ha aceptado la jurisprudencia está referida a la afectación de derechos fundamentales, por tratarse de personas que por su condición económica y cultural pueden requerir actuaciones positivas para su protección.

En desarrollo de esta marco constitucional, también se ha regulado la consulta a los administrados para recibir opiniones, sugerencias o propuestas sobre proyectos específicos de regulación que la administración debe informar en el sitio de atención y en la página electrónica⁶⁸.

- **La consulta en el caso de minorías marginadas**

En cuanto al procedimiento específico para los pueblos étnicamente diferenciados: pueblos indígenas, comunidades negras, afrodescendientes, palenqueras y raizales y la comunidad ROM, es aplicable el convenio 169 de la OIT. Al respecto, en la Sentencia C-620 de 2003, la Sala Plena de la Corte Constitucional manifestó lo siguiente:

El mecanismo de consulta a las comunidades indígenas obedece al reconocimiento que tanto la legislación internacional como la Constitución Política hacen del derecho que les asiste de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y de preservar su cultura; además, es una concreción de la participación ciudadana en el ejercicio del poder político, que la carta promueve de manera general como valor fundamental. Tal participación no puede entonces ser entendida como la existencia formal de oportunidades para manifestar opiniones, sino que tiene que tener un alcance real y efectivo en el momento de adoptar las decisiones que conciernen a las comunidades indígenas y tribales.

⁶⁷ Artículo 103 de la C.P.

⁶⁸ Ley 1437 de 2011, artículo 8, numeral 8º.

En este orden de ideas, la consulta que se practica, en el caso particular de los pueblos étnicamente diferenciados, exige a las autoridades públicas llevar a cabo un proceso de diálogo con estas comunidades. La consulta debe realizarse con arreglo a las exigencias del principio de la buena fe, lo que significa que, en efecto, los representantes del Estado tienen el deber de involucrarse de manera decidida y leal en el intercambio con los integrantes de las comunidades. El objetivo final de estas negociaciones consiste en obtener el consentimiento de estas últimas. Tal es el ideal que impone el principio de la democracia participativa. Sin embargo, no siempre es posible obtener la convergencia de voluntades entre quienes interviene en estos procesos. En estos casos, la Administración debe adoptar las decisiones que mejor satisfagan el interés general y que, en cualquier caso, garanticen la mejor realización posible de los intereses y derechos de estos pueblos. En la medida en que el derecho fundamental a la consulta previa no otorga un derecho de veto, el deber de llevar a cabo estos procesos de negociación no supone un obstáculo insalvable para la Administración. Esta, al cabo de los trámites de acercamiento y diálogo, si no es posible conseguir el acuerdo, ha de actuar del modo recién señalado⁶⁹.

En cuanto a la consulta popular contemplada en el artículo 103 de la Constitución y desarrollada por las Leyes 134 de 1994 y 1757 de 2015, la decisión del pueblo es vinculante en los términos señalados en el ordenamiento jurídico y como desarrollo del principio de la participación ciudadana.

Al respecto, en la Sentencia T-445 de 2016, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente:

Teniendo en cuenta lo anterior, el artículo 103 de la Constitución reconoce expresamente la consulta popular como uno de los mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía. De acuerdo con el artículo 8º de la Ley Estatutaria 134 de 1994, sobre mecanismos de participación ciudadana, la Consulta Popular se define como la *"institución mediante la cual, una pregunta, de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local, es*

⁶⁹ Al margen de lo anterior, según ha señalado la Corte Constitucional, el alcance de las obligaciones de las autoridades públicas frente a los pueblos étnicamente diferenciados no es siempre el mismo. Dependiendo de la gravedad de las consecuencias que genere la decisión que la Administración proyecta, es posible que el deber de quienes representan al Estado también varíe. Dicha gradación fue expuesta por la Corte en la Sentencia T-151 de 2019: Por lo tanto, los distintos niveles de afectación son los que determinan la procedencia de la consulta previa. De ese modo, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la participación de las comunidades indígenas se concreta en los siguientes tres escenarios: *"(i) la simple participación asociada a la intervención de las comunidades en los organismos decisorios de carácter nacional, así como la incidencia que a través de sus organizaciones pueden ejercer en todos los escenarios que por cualquier motivo les interesen; (ii) la consulta previa frente a cualquier medida que los afecte directamente; y (iii) el consentimiento previo, libre e informado cuando esta medida (norma, programa, proyecto, plan o política) produzca una afectación intensa de sus derechos, principalmente aquellos de carácter territorial"*.

sometida por el Presidente de la República, el gobernador o el alcalde, según el caso, a consideración del pueblo para que éste se pronuncie formalmente al respecto”.

En palabras de la Corte, ella hace referencia a la *“posibilidad que tiene el gobernante de acudir ante el pueblo para conocer y percibir sus expectativas, y luego tomar una decisión. En otros términos, es la opinión que una determinada autoridad solicita a la ciudadanía sobre un aspecto específico de interés nacional, regional o local, que la obliga a traducirla en acciones concretas”.*

La importancia de la consulta popular como derecho fundamental se refleja en su obligatoriedad. En efecto, el artículo 55 de la Ley Estatutaria de Mecanismos de Participación Ciudadana señala expresamente que la decisión del pueblo será obligatoria, siempre y cuando se cumplan los requisitos de votación mínima allí previstos.

Como se observa, la iniciativa de la consulta popular es discrecional del representante del Poder Ejecutivo, pero la decisión del pueblo es vinculante en la medida en que se cumplan los requisitos contemplados en la Constitución y en la ley.

Por otra parte, a través del mecanismo general de consulta las autoridades solicitan y reciben las opiniones de los ciudadanos sobre una política o norma a adoptar. Un ejemplo, lo constituye el artículo 8º numeral 8º de la Ley 1437 de 2011.

- Derecho a la participación ambiental

La jurisprudencia constitucional ha llamado la atención sobre la existencia de un «derecho a la participación ambiental». Este derecho pretende asegurar que las personas y comunidades que soportan los efectos de decisiones de profundo impacto ambiental tengan la oportunidad de intervenir en estos procesos de decisión. El fundamento jurídico de este derecho, según lo expuesto en la Sentencia T-361 de 2017, se encuentra en las siguientes disposiciones:

La Constitución de 1991 considera fundamental la participación de la comunidad en los asuntos públicos, entre ellos, en el ambiente. En esta materia, los artículos 2º y 79º superiores reconocieron a las personas el derecho a hacer parte de las decisiones que pueden afectar el ambiente o los individuos que habitan en él. Inclusive, establecieron que el Estado tiene el fin esencial de convocar a la comunidad para adoptar una determinación o regulación sobre los recursos bióticos. Aunado a lo anterior, el artículo 330 *Ibídem* atribuyó a las colectividades étnicas diversas el derecho a ser consultadas, de manera previa, cuando se adelante una medida que las perturbe.

En la misma providencia, la Corte indicó que el contenido del derecho a la participación ambiental es el siguiente:

La Constitución y los diversos instrumentos internacionales concretaron los aspectos esenciales de ese derecho, como son: i) el acceso a la información; ii) la participación

pública y deliberada de la comunidad. Inclusive, se reconoció el respeto de las opiniones de los ciudadanos, de modo que el Estado debe tener en cuenta esos aportes al momento de decidir; y iii) la existencia de mecanismos administrativos y judiciales para la defensa de los anteriores contenidos normativos.

Sobre este último componente del derecho a la participación ambiental, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en Sentencia SU-095 de 2018, señaló:

En el contexto anterior, referente a instrumentos ambientales, el ordenamiento jurídico colombiano define mecanismos de participación ambiental, de naturaleza administrativa, política y judicial. Dentro de los mecanismos de participación de naturaleza administrativa se encuentran, la consulta previa, la audiencia pública ambiental, la intervención en los procedimientos administrativos ambientales, el derecho de petición, las veedurías ciudadanas en asuntos ambientales y la participación en los procesos de planificación ambiental.

La jurisprudencia de la Corte ha reconocido que el marco legal ambiental contempla la obligación de garantizar la participación comunitaria en las decisiones que pueden eventualmente afectar el ambiente.

Como manifestación de la participación ciudadana para la protección del medio ambiente, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-389 de 2016, declaró la exequibilidad de algunos artículos de la Ley 685 de 2001, siempre que se entendiera que, en relación a concesiones mineras, la autoridad nacional debía adoptar medidas especiales para proteger el medio ambiente y el adecuado manejo de los recursos naturales, medidas que debían incluir la participación de los posibles afectados⁷⁰.

2.2. El diálogo

En nuestro sistema político se espera que la deliberación pública contribuya a mejorar la calidad, el alcance y la profundidad de la racionalidad en la esfera pública. Este es uno de los principios fundamentales de la democracia: el debate público, abierto y racional ayuda a tomar mejores decisiones. Esto es así en la medida en que la discusión de las cuestiones políticas permite poner en evidencia las virtudes y los defectos de las políticas públicas; deja ver necesidades especiales que no han

⁷⁰ En esta dirección, señaló: «Con el propósito de adoptar la decisión que, en mayor medida preserve la potestad de configuración del derecho del Legislador en el ámbito de la explotación de recursos naturales, la Sala declarará la exequibilidad de los artículos 16, 53, 270 y 271 de Ley 685 de 2001, en el entendido de que es preciso que la autoridad minera nacional adopte medidas especiales para asegurar la protección al ambiente y el adecuado manejo de los recursos naturales en la entrega de contratos de concesión que, de acuerdo con los criterios técnicos pertinentes, se refieren a proyecto mineros de mediana o gran escala, en los cuales deberá garantizarse, además, la participación libre, previa, representativa, informada y eficaz de los potenciales afectados. Dado que los demás artículos analizados en este acápite son normas que complementan los aspectos procedimentales del método de concesión de títulos mineros, la Sala declarará su exequibilidad simple» Corte Constitucional, Sentencia C-389 de 2016.

sido tenidas en cuenta, y destaca la urgencia de garantizar los derechos de grupos que, por el hecho de no constituir una mayoría, a menudo no son tenidos en cuenta.

- Sobre el particular, en la Sentencia 089 de 1994 la Corte Constitucional advirtió que el derecho de réplica que se ofrece a los partidos y movimientos políticos minoritarios favorece el surgimiento de un *diálogo político*, que conduce a la adopción de decisiones políticas de mayor calidad:

El derecho de réplica evita que el Gobierno y por su conducto las fuerzas mayoritarias monopolicen y deriven ventajas políticas indebidas de su fácil acceso a los medios de comunicación oficiales. De ahí que frente a la emisión de declaraciones políticas por parte del gobierno que sean susceptibles de afectar a la oposición, a esta se le garantice, a través de los mismos medios, el correlativo derecho de réplica, que viene a ser una especie de derecho de defensa en el campo propio de la política. De esta manera se obliga a sostener una especie de diálogo político, leal e igualitario, entre las distintas formaciones políticas y el gobierno, ausente en lo posible de confusiones y falsedades que impidan la formación de una opinión pública debidamente informada.

Al margen de esta manifestación de diálogo, la jurisprudencia ha indicado que este último no se restringe —como fenómeno político— al intercambio de razones entre integrantes de los poderes públicos. En atención a que la nuestra es una democracia participativa, el ordenamiento jurídico ha dispuesto instrumentos para que el diálogo se produzca, también, con la ciudadanía. Las acciones judiciales, en el caso que se refiere ahora, ofrecen un escenario de interlocución, que permite a los ciudadanos fiscalizar la actuación del Estado y, de este modo, promover una mejora sustancial de la acción pública. Sobre este asunto, haciendo alusión a la acción pública de inconstitucionalidad, razonamiento que se extiende a las demás acciones judiciales que persiguen el control de la actuación del Estado, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente:

El ejercicio del derecho político a presentar demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa impone al ciudadano una fuerte carga de argumentación. Con él no se restringe su derecho a participar en la defensa de la supremacía de la Constitución, sino que por el contrario, hace eficaz el diálogo entre el ciudadano, las autoridades estatales comprometidas en la expedición o aplicación de las normas demandadas y el juez competente para juzgarlas a la luz del Ordenamiento Superior. El objetivo de tales exigencias en la argumentación, no es otro que garantizar la autorrestricción judicial y un debate constitucional en el que el demandante y no el juez sea quien defina el ámbito del control constitucional.

Así pues, la Sala señala que la discusión es un importante instrumento de deliberación pública que procura una mejora sustancial en el proceso de decisión de la Administración, una mayor legitimidad democrática de tales determinaciones y una mayor vinculación de la ciudadanía en la gestión de las cuestiones públicas. Al adherir a los postulados de la democracia participativa, nuestro ordenamiento exige que las determinaciones que se adoptan en las corporaciones públicas han

de ser el resultado de dichos procesos de discusión. Empero, el ideal de la deliberación pública y racional no exige que las determinaciones sean tomadas por unanimidad, ni mucho menos que las proposiciones de las personas disidentes resulten vinculantes. Por el contrario, en un sistema democrático en el que las autoridades deben actuar con miras a satisfacer el interés general, la Administración conserva la potestad de adoptar la decisión final.

2.3. La negociación: significado del concepto en la teoría de los conflictos y en el ordenamiento jurídico

Tomando como punto de referencia los interrogantes formulados por la entidad consultante, la Sala iniciará el presente análisis examinando el significado y el alcance del concepto de negociación, fundamental para establecer cuáles son las repercusiones que podría provocar la decisión de denominar al espacio de deliberación que se pretende inaugurar como *mesa de negociación*. E igualmente crucial para dar solución a la segunda pregunta planteada en la consulta.

Negociación, de *negotiatio*, viene de negocio, y este de *nec* y *otium*, sin ocio. Estos términos tienen amplia aplicación en el derecho y en las relaciones sociales y comerciales.

Por otra parte, resulta oportuno tomar en consideración los estudios realizados en el campo de la teoría de los conflictos sociales, para obtener elementos conceptuales que permitan precisar el contenido jurídico de la negociación.

2.3.1. La negociación dentro de la teoría de los conflictos

La negociación es —junto con otras técnicas de arreglo social, como la conciliación, el arbitraje, la mediación y las técnicas mixtas— un importante mecanismo para la gestión y transformación de los conflictos sociales⁷¹. Los estudios contemporáneos sobre el tema han subrayado que la definición de este concepto debe hacer énfasis en el procedimiento, esto es, en el acto social de la negociación misma, más allá de los resultados que se obtengan con esta gestión. En estos términos, la negociación debe ser comprendida como un proceso de intercambio, que tiene por objeto dar trámite a enfrentamientos sociales; no ha de ser vista, entonces, como una *fórmula que ponga fin a una determinada oposición de intereses*.

La distinción es importante en la medida en que las fórmulas de composición de conflictos pueden ser propuestas como resultado de la utilización de otros mecanismos, distintos a la negociación. Las sentencias judiciales y los laudos arbitrales, por ejemplo, son heterocompositivos; no son el resultado de la negociación de las partes enfrentadas.

⁷¹ Fisas, Vicenç, *Cultura de paz y gestión de conflictos*, Barcelona, ed. Icaria, 2004.

Como lo han puesto de presente los estudios recientes en materia de negociación, debe hacerse hincapié en los procedimientos y no tanto en los productos que se obtienen. Partiendo de esta premisa, Vicenç Fisas propone la siguiente definición:

Sea cual sea la temática implícita en una negociación, esta es siempre un proceso de interacción y comunicación entre personas que defienden unos intereses determinados que se perciben como incompatibles. El que sean siempre personas quienes tengan que negociar, representen o no a instituciones, concede al proceso de negociación unas características específicas, tremendamente dinámicas, en la medida en que abre un extenso campo de posibilidades a la variación de actitudes respecto del adversario, al mismo proceso negociador o al tema sujeto de negociación⁷².

Esta precisión conceptual es relevante dado que permite diferenciar la negociación de otras técnicas de composición frente al conflicto; igualmente, su relevancia estriba en que aclara cuál es el compromiso que asumen los participantes que se comprometen en un proceso de negociación, asunto de capital importancia para la solución de la presente consulta. Según esto, la obligación que aquellos asumen no es acordar soluciones concertadas, sino implicarse, de manera honesta, imparcial y razonable, en un proceso de interlocución que tiene por objeto dar trámite a un determinado conflicto social existente⁷³.

Naturalmente, lo anterior no supone que baste a las partes participar en estos procesos de intercambio de cualquier manera o con cualquier actitud, para que se entienda que están negociando efectivamente. Una postura semejante es incompatible con el componente subjetivo que debe acompañar a las partes de una negociación: ellas deben procurar, siempre, idear soluciones y arreglos que conduzcan a la solución del conflicto. Sin esta actitud, la interlocución no implica negociación, sino otra forma de intercambio, como la conversación o la presentación informativa.

Una exposición similar al respecto se encuentra en los estudios elaborados por Christopher Moore, quien, para resaltar que el ingrediente esencial de la negociación es el proceso de intercambio en el que se implican las partes, ha propuesto la siguiente definición:

La negociación está compuesta por una serie de actividades complejas o movimientos que la gente fomenta para resolver sus diferencias y solucionar el conflicto. Los resultados de los actos alternativos son evaluados de acuerdo con su relación con los siguientes factores: los movimientos de las restantes partes, las normas de conducta, los estilos, su capacidad de percepción y su habilidad, sus necesidades y preferencias, su determinación, cuánta información posee el

⁷² Fisas, Vicenç, *Op. Cit.*, p. 191.

⁷³ Sobre la relevancia del compromiso de intervenir en estos procesos de deliberación observando los paradigmas de la *racionalidad* y de la *imparcialidad*, ver Elster, Jon, *La democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2001.

negociador acerca del conflicto, sus atributos personales y los recursos disponibles⁷⁴ [énfasis fuera de texto].

En concordancia con los postulados actuales de la teoría de los conflictos, el acento de esta definición se halla en las «actividades complejas o movimientos que la gente fomenta», como acciones que se llevan a cabo para conseguir el objetivo señalado. Esta definición corrobora que el elemento definitivo de la negociación es el propio proceso social de intercambio, el cual se califica por la intención que acogen las partes del conflicto, intención que no es otra que la de llegar a una fórmula de arreglo que ponga fin, o que minimice a un punto razonable, el conflicto social.

Según se ha visto, *proceso de intercambio y fórmula de arreglo* son conceptos relacionados pero esencialmente diferentes. Esta distinción marca los contornos de lo que, legítimamente, se puede exigir a las partes que se involucran en una negociación: de ellos se espera una actitud cooperativa y racional para conseguir la transformación del conflicto mediante fórmulas de arreglo; no se les puede requerir que tales fórmulas sean efectivamente alcanzadas, pues de hacerlo se estaría contrariando la naturaleza misma de la negociación. De tal suerte se reconoce que uno de los resultados previsibles en la negociación es la imposibilidad de llegar a acuerdos. Los motivos de discrepancia que dan origen a los conflictos son sumamente variados y su influencia puede ser tan profunda que pueden conducir a que no sea posible que, dentro de un contexto específico, las partes acuerden soluciones que aminoren o resuelvan el enfrentamiento.

En cualquier caso, la incapacidad de superar estas diferencias no implica necesariamente que, debido a la aparición de este resultado, el proceso pierda el carácter de negociación; significa, por el contrario, que el intercambio fue infructuoso en su propósito final. Pero, incluso en estos eventos, como lo ha puesto de presente el estudio de conflictos bélicos recientes, las experiencias frustradas del pasado pueden allanar el camino a negociaciones fructíferas en el futuro.

Con base en los argumentos expuestos hasta este punto, la Sala considera que la negociación se define como un *proceso de interacción y comunicación* entre partes que defienden intereses contrapuestos. La negociación descarta la posibilidad de imposición de intereses y preferencias entre quienes intervienen en ella. El objetivo del proceso es avanzar en la proposición y adopción de medidas que satisfagan a ambas partes; por supuesto se descarta la eliminación o el sometimiento de alguna de ellas.

2.3.2. Alcance del término *negociación* en el ordenamiento jurídico interno

Una vez establecido el significado de la negociación en su contexto natural, se prosigue ahora con el análisis de dicho concepto en el ámbito del derecho. Es preciso advertir, de entrada, que el ordenamiento jurídico no ofrece una definición

⁷⁴ Moore, Christopher, *El proceso de mediación*, ed. Granica, Buenos Aires, 1995, p.60.

unívoca del término negociación. Sin embargo, se utiliza de manera frecuente en distintos ámbitos. Del uso frecuente que hace de este concepto el Legislador, se sigue que la negociación es un proceso de intercambio y aproximación entre las partes que toman parte en una relación social de conflicto. Tiene por objeto acercar posiciones y minimizar las diferencias que se presentan entre los sujetos. En cualquier caso, según se expone enseguida a través del análisis de varios ejemplos, en ningún caso el ordenamiento jurídico obliga a la Administración a involucrarse forzosamente en procesos de negociación. La decisión de iniciar estos trámites, plenamente válida a la luz del principio del Estado Social y Democrático de Derecho, no es obligatoria. Por otra parte, los resultados de la negociación no son, normalmente, vinculantes.

Expuesta esta consideración liminar, la Sala procede a exponer algunos de los contextos más descollantes en los que se prevé el uso de la negociación como instrumento de gestión de conflictos.

2.3.2.1. La negociación como medio para poner fin al conflicto armado interno

Con el fin de conseguir la realización de la paz, como valor constitucional de la mayor trascendencia en nuestro ordenamiento jurídico, el Congreso de la República ha aprobado leyes que autorizan al Gobierno nacional para que entable *negociaciones y conversaciones* con grupos armados ilegales, dirigidas a poner punto final al conflicto armado interno⁷⁵. El desarrollo legislativo de esta determinación se encuentra en las Leyes 418 de 1997, 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006, 1421 de 2010 Y 1738 de 2014.

El artículo 8 de la Ley 418 de 1997, modificado por el artículo 3 de la Ley 1941 de 2018, autoriza de manera expresa al Gobierno nacional a designar representantes especiales para que adelanten *diálogos, negociaciones y firmen acuerdos* con grupos armados al margen de la ley. Al respecto, la disposición en comento prevé lo siguiente:

ARTÍCULO 8o. Los representantes autorizados expresamente por el Gobierno nacional, con el fin de promover la reconciliación entre los colombianos, la convivencia pacífica y lograr la paz, podrán:

- Realizar todos los actos tendientes a entablar conversaciones y diálogos con grupos armados organizados al margen de la ley.

- **Adelantar diálogos, negociaciones y firmar acuerdos con los voceros o miembros representantes de los grupos armados organizados al margen de la ley**, dirigidos a: obtener soluciones al conflicto armado, lograr la efectiva aplicación del Derecho Internacional Humanitario, el respeto de los Derechos Humanos, el cese

⁷⁵ En la Ley 1448 de 2014, por medio la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones, se reconoció en forma expresa la existencia del conflicto armado interno.

de hostilidades o su disminución, la reincorporación a la vida civil de los miembros de estas organizaciones o su tránsito a la legalidad y la creación de condiciones que propendan por un orden político, social y económico justo.

Los acuerdos y su contenido serán los que a juicio del Gobierno sean necesarios para adelantar el proceso de paz y su cumplimiento será verificado por las instancias nacionales o internacionales que para el efecto y de común acuerdo designen las partes.

Estos acuerdos deben garantizar el normal y pleno funcionamiento de las instituciones civiles de la región en donde ejerce influencia el grupo armado al margen de la ley que lo suscribe.

Cuando así lo disponga el Gobierno nacional según lo acordado por las partes, en el marco de un proceso de desarme, una instancia internacional podrá estar encargada de funciones tales como la administración, registro, control, destrucción o disposición final del armamento del grupo armado organizado al margen de la ley y las demás actividades necesarias para llevar a cabo el proceso.

A la respectiva instancia internacional que acuerden las partes se les otorgarán todas las facilidades, privilegios, de carácter tributario y aduanero, y protección necesarios para su establecimiento y funcionamiento en el territorio nacional [...].

Más allá del ordenamiento jurídico específico que reguló el conflicto armado interno, resulta importante destacar que en el marco de esta regulación se optó por adelantar diálogos, negociaciones y firmas de acuerdos con los representantes de los grupos al margen de la ley, con el propósito del fin obtener el fin de este conflicto.

2.3.2.2. La negociación de tratados internacionales

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 189 superior, el Presidente de la República, en su calidad de jefe de Estado, es la autoridad encargada de «dirigir las relaciones internacionales» del Estado colombiano. En cumplimiento de este encargo, el primer mandatario es el encargado de «celebrar con otros Estados» convenios internacionales en los que se compromete la responsabilidad internacional de la organización estatal.

Esta competencia, en cuyo desarrollo no solo interviene el Presidente de la República, pues también toman parte el Congreso de la República y la Corte Constitucional -a los cuales corresponde, en su orden, promulgar las leyes aprobatorias de los tratados y juzgar la constitucionalidad de tales acuerdos—, encuentra desarrollo en las normas del derecho internacional. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por la Ley 32 de 1985, precisa que la celebración de tratados implica la *negociación* de compromisos en los que representantes de varios Estados comprometen la responsabilidad internacional de las organizaciones en cuyo nombre actúan; al respecto, el literal e del acápite introductorio del instrumento en cuestión aclara que «se entiende por un "Estado

negociador" un Estado que ha participado en la elaboración y adopción del texto del tratado» [énfasis fuera de texto].

La Sección Tercera de esta corporación se pronunció sobre el alcance del término negociación dentro del contexto de la celebración de instrumentos internacionales. En auto del 6 de julio de 2006 (radicación n.º 25000-23-27-000-2005-01725-01(AP), la Sección manifestó lo siguiente:

Negociación, [se entiende] como aquella etapa en la cual las partes presentan sus intereses y formulan sus propuestas, a fin de que de ésta se obtenga el texto definitivo que ha de ser el objeto del tratado; «negociar es participar en la elaboración del texto de un tratado, proponiendo, discutiendo, contraofertando o aceptando propuestas para las cláusulas que han de componerlo».

En esta misma dirección se encuentra la Sentencia C-941 de 2010, en la cual la Sala Plena de la Corte Constitucional analizó el alcance de la función *negociadora*, dentro del contexto de la celebración de acuerdos internacionales:

La revisión constitucional de los acuerdos comerciales incluye el examen de **las facultades del representante del Estado colombiano para negociar el instrumento**, adoptar el articulado y autenticar el texto del tratado internacional, de acuerdo con lo previsto en los numerales 7º a 10 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aprobada por la Ley 32 de 1985.

El artículo 7 de la mencionada Convención de Viena indica que en la celebración de tratados se considera que una persona representa al Estado para la adopción, autenticación del texto y manifestación del consentimiento en obligarse, cuando: i) presenta los adecuados plenos poderes o ii) se deduce de la práctica seguida por los Estados o de otras circunstancias que la intención ha sido considerarlo representante del Estado para esos efectos y prescindir de la presentación de plenos poderes. Así mismo, en virtud de sus funciones y sin presentar plenos poderes: i) los jefes de Estado, jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores para la ejecución de actos relativos a la celebración, ii) los jefes de misiones diplomáticas para la adopción del texto entre los Estados, y iii) los representantes acreditados por los Estados ante una conferencia internacional o ante una organización internacional o uno de sus órganos para la adopción del texto de un tratado en dicha conferencia, organización u órgano.

Además, el artículo 8 de dicha Convención, señala: "Confirmación ulterior de un acto ejecutado sin autorización. Un acto relativo a la celebración de un tratado ejecutado por una persona que, conforme al artículo 7, no pueda considerarse autorizada para representar con tal fin a un Estado, no surtirá efectos jurídicos a menos que sea ulteriormente confirmado por ese Estado".

En estos términos, tanto en el ordenamiento interno como en el Derecho Internacional Público es claro que los tratados internacionales surgen de procesos de negociación y acuerdo entre sujetos con capacidad para celebrar esta clase de convenios. La consagración del principio *pacta sunt servanda* como piedra angular

del Derecho Internacional Público implica que los Estados únicamente comprometen su responsabilidad internacional cuando han prestado su consentimiento —bien sea de manera expresa, como ocurre en la suscripción de tratados internacionales, o bien de forma tácita, supuesto último que se presenta en las normas consuetudinarias⁷⁶—.

La iniciación de un proceso de negociación, por consiguiente, no implica la asunción de ningún compromiso distinto al de participar en estos procesos de intercambio atendiendo los dictados de la buena fe y observando las demás obligaciones convencionales que sean exigibles. En modo alguno acarrea la obligación de concluir dicho proceso o de concertar cualquier contenido en los instrumentos internacionales.

2.3.2.3. La negociación colectiva en el marco de las relaciones laborales

Un último ejemplo del empleo de la negociación como instrumento de gestión y trámite de conflictos se encuentra en lo dispuesto en el artículo 58 del texto superior. La norma en comento, que se transcribe a continuación, atribuye a la negociación colectiva que se da dentro del entorno laboral el carácter de derecho constitucional:

ARTICULO 55. Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley.

Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.

Vale la pena señalar que el propio texto constitucional establece una clara distinción entre los conceptos de *negociación* y *concertación*. Si bien se encuentran estrechamente relacionados, cada uno de ellos adquiere un significado distinto: la negociación alude al proceso de interacción ampliamente explicado en este concepto, mientras que la concertación, según se analizará más adelante, implica la necesidad jurídica de llegar a un acuerdo.

El precepto en comento aclara que la obligación impuesta al Estado consiste en «**promover** la concertación». Teniendo en cuenta que el significado del verbo promover es «[i]mpulsar el desarrollo o la realización de algo», resulta patente que las autoridades están sometidas, en este ámbito, a una obligación de medio, y no de resultado.

⁷⁶ Sobre el particular, en la sección primera, parte III, del tratado en cuestión se lee lo siguiente:
Artículo 26. "*Pacta sunt servanda*". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.
Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

En cuanto al contenido del derecho a la negociación colectiva, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente en la Sentencia C-741 de 2013:

En cuanto al concepto del derecho a la negociación colectiva, esta Corporación ha recurrido al artículo 2º del Convenio 154 de la OIT para precisar su alcance y ha sostenido que es un concepto genérico que abarca «todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de : fijar las condiciones de trabajo y empleo, o regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez» [Artículo 2º del Convenio 154 de la OIT aprobado por la Ley 524 de 1999].

De igual manera, ha señalado que aquella garantía tiene una connotación amplia, «que no se reduce a los pliegos de peticiones y a las convenciones colectivas, pues abarca todas las formas de negociación entre trabajadores y patronos entabladas con el propósito de regular las condiciones de trabajo, cuyos objetivos se centran en la concertación voluntaria(...), la necesidad del diálogo que afiance el clima de tranquilidad social, la defensa de los intereses comunes entre las partes del conflicto económico laboral, la garantía de que los representantes de las partes sean oídos y atendidos y, el afianzamiento de la justicia social en las relaciones entre trabajadores y empleadores»⁷⁷.

Para culminar esta sección, dedicada al análisis del significado jurídico del término *negociación*, y para aclarar la diferencia que este presenta con el concepto de *concertación*, a continuación se analizará el alcance de esta última categoría.

2.4. Concertación

Para terminar este apartado, la Sala estima oportuno hacer referencia a la distinción que existe entre los conceptos de *negociación* y *concertación*. Esta diferenciación es relevante en el caso concreto, pues, de acuerdo con los argumentos planteados en la consulta presentada, uno de los motivos que llevó a la entidad consultante a solicitar el presente concepto consiste, precisamente, en la necesidad de aclarar la diferencia entre estas dos nociones.

Si bien existe una inocultable proximidad entre ellos, pues, por ejemplo, toda decisión *concertada* ha estado precedida normalmente por un proceso de *negociación*, existe una clara diferenciación entre estos dos conceptos. En vez de un proceso de intercambio y acercamiento, la concertación implica la consecución de un acuerdo efectivo entre dos o más voluntades. Según se ha dicho, tales convenios se consiguen, por lo regular, debido a la conclusión de un proceso de

⁷⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-161 de 2000. A propósito del derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos, la Sala Plena del mismo tribunal abordó este asunto en la Sentencia SU-086 de 2018.

interlocución en que ha sido posible arribar a acuerdos que satisfacen los intereses de las partes involucradas.

En estos términos, cuando las normas de derecho positivo exigen a la Administración pública que una determinada decisión debe ser *concertada*, no solamente le está exigiendo que, bajo el influjo del principio de la democracia deliberativa, lleve a cabo un proceso de negociación con los sujetos correspondientes, sino que le está imponiendo que las decisiones que adopte sean el fruto, cierto y real, del convenio entre la Administración y las partes que intervienen en estos procesos. Se trata aquí de una obligación de resultado.

En presencia de la mera negociación, nos encontramos con una obligación solo de medio, en la medida en que, en este supuesto, no se puede exigir cosa distinta a la actuación diligente y ceñida a los parámetros de la buena fe.

Quien asume la obligación de concertar una cierta medida no solo debe acreditar que actuó de manera cumplida y leal en procura del consentimiento de los sujetos con los que estableció el proceso de negociación; es menester que, de manera cierta, obtenga dicho consenso. En atención a que en muchos casos resulta difícil alcanzar estos acuerdos —pues normalmente las partes acuden a los procesos de negociación con intereses opuestos y en veces irreconciliables—, el ordenamiento jurídico suele establecer soluciones alternativas —para ser aplicadas cuando no sea posible conseguir dicho acuerdo⁷⁸.

Ahora bien, en cuanto al término de concertación, referido entre el Gobierno nacional y autoridades territoriales, a propósito de actividades explotación minera, también la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el alcance de este deber de concertación.

La Sección Quinta del Consejo de Estado, en la Sentencia del 23 de abril de 2018, analizó el alcance del principio de concertación dentro del contexto de la realización de actividades de explotación minera⁷⁹. Con fundamento en un profuso análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, la Sección concluyó lo siguiente:

Desde esta perspectiva, el deber de concertación obedece a que las facultades de la Nación y de los entes territoriales no pueden entenderse en el sentido de anularse recíprocamente, de tal manera que ante la tensión entre ellas, resulta improcedente hacer prevalecer o favorecer alguna, pues ello implicaría

⁷⁸ En tratándose de obligaciones de carácter pecuniario también existen las figuras de la conciliación, regulada por la Ley 640 de 2001, y de la transacción (artículo 2469 del Código Civil). Dentro de este marco, una entidad estatal se encuentra facultada para conciliar o transigir obedeciendo las restricciones establecidos en la ley. Un ejemplo de lo anterior se encuentra en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993.

⁷⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. radicación n.º 11001-03-15-000-2017-02516-01(AC),

desequilibrar la arquitectura institucional que para el efecto diseñó el Constituyente de 1991 [énfasis fuera de texto].

En el caso de la Corte Constitucional, Sentencia SU-095 de 2018, también se pronunció sobre el alcance de la concertación entre el Gobierno nacional y las entidades territoriales, de tal manera que la decisión sobre las explotaciones mineras en un territorio no podían tomarse de forma unilateral, exclusiva y excluyente por las diversas autoridades territoriales. Resulta necesario jurídicamente obtener la concertación y el acuerdo con el Gobierno nacional.

Otro ejemplo de concertación se encuentra en la discusión entre empleadores, empleados y gobierno sobre el salario mínimo. La Ley 278 de 1996 precisa, al respecto, que corresponde a la **Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales** la siguiente labor: «**Fijar de manera concertada** el salario mínimo de carácter general, teniendo en cuenta que se debe garantizar una calidad de vida digna para el trabajador y su familia» [énfasis fuera de texto]. En cualquier caso, es preciso señalar que dicho acuerdo, de ser alcanzado, debe ser refrendado posteriormente a través de una decisión administrativa.

2.5. Conclusión

Con arreglo a las razones expuestas en este apartado, la Sala de Consulta considera que, pese a que el ordenamiento jurídico no ofrece una definición específica y concreta del concepto de *negociación*, es posible inferir un contenido conceptual conforme a las consideraciones expuestas.

De manera congruente con el significado que este tiene en la teoría de los conflictos, debe entenderse por negociación un proceso de interacción y comunicación entre dos o más partes, por el que se pretende conseguir el consentimiento de estas para la adopción de una determinada medida o para dirimir un determinado conflicto.

La definición que se encuentra en el Diccionario de la Real Academia, según la cual negociar es «[t]ratar asuntos públicos o privados procurando su mejor logro», corrobora que la negociación alude principalmente a un proceso y a un esfuerzo de las dos partes para obtener acuerdos, sin que implique o se garantice que efectivamente se logren.

Según se analiza en el siguiente apartado, la realización de procesos de negociación como instancia previa de decisión, por parte de la Administración pública, encuentra pleno asidero en los principios constitucionales que proclaman la democracia participativa. Por otro lado, estas actuaciones conducen normalmente a la adopción de mejores decisiones, pues la deliberación mejora la calidad, el alcance y la profundidad de la racionalidad en la esfera pública y ofrece una mayor legitimidad a las actuaciones emprendidas por el Estado.

En cualquier caso, el ordenamiento jurídico reconoce una nítida diferenciación entre negociación y concertación: cuando la Administración se involucra en un proceso de negociación no asume un compromiso de obtener fórmulas de solución convenidas por las partes. Esto último solo ocurre cuando las normas de derecho positivo consagran un resultado de concertación.

3. Formas de configuración de la voluntad de la Administración: prerrogativas, responsabilidad y su relación con la participación ciudadana

3.1. La actuación previa de la Administración

Desde el antiguo Código Contencioso Administrativo de 1984 ya se promovía la citación de los afectados dentro de la actuación administrativa, en la que pudieran estar interesados en las resultas de la decisión. Como se observa, no se trata del marco general de la participación de toda la ciudadanía, sino de aquella que, en forma específica y concreta, pueda resultar afectada con una decisión administrativa, caso en el cual existe la obligación de la Administración de vincularlo en la actuación previa. Así, por ejemplo, los artículos 14 y 15 consagraban:

Artículo 14. Citación de terceros. Cuando de la misma petición o de los registros que lleve la autoridad, resulte que hay terceros determinados que pueden estar directamente interesados en las resultas de la decisión; se les citará para que puedan hacer parte y hacer valer sus derechos. La citación se hará por correo a la dirección que se conozca si no hay otro medio más eficaz.

[...]

Artículo 15. Publicidad. Cuando de la misma petición aparezca que terceros no determinados pueden estar directamente interesados o resultar afectados con la decisión, el texto o un extracto de aquella que permita identificar su objeto, se insertará en la publicación que para el efecto tuviere la entidad, o en un periódico de amplia circulación nacional o local, según el caso.

Posteriormente, la Ley 1437 de 2011 fortaleció aún más la participación ciudadana durante la etapa previa a la expedición del acto administrativo. En esta dirección, el numeral 8º del artículo 8º consagra como uno de los deberes de las autoridades, la publicación de los proyectos específicos de regulación. Lo anterior, con el propósito de que la Administración, manteniendo la potestad de adoptar la decisión final, pueda recibir opiniones, sugerencias o propuestas de la ciudadanía. Tanto la Sección Tercera del Consejo de Estado⁸⁰ como la Sala de Consulta y Servicio Civil⁸¹

⁸⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de abril 2019. Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00135-00 (52055).

⁸¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de septiembre de 2016. Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00066-00(2291). Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 19 de febrero de 2019. Radicación número: 11001-03-06-000-2018-00253-00(2409); con aclaración de voto del consejero Germán Alberto Bula Escobar.

han concluido que dicho deber aplica para la expedición de actos administrativos de contenido general.

Asimismo, el artículo 38 de CPACA establece que las autoridades deben comunicar la existencia de una actuación administrativa de contenido particular a todos los terceros que puedan resultar afectados por ella.

3.2 Formas de configuración de la voluntad de la Administración: los actos administrativos y el contrato

- La Administración desarrolla su actividad a través de dos instrumentos: i) el acto administrativo y ii) los contratos.

3.2.1. El acto administrativo

El acto administrativo consiste en la manifestación unilateral de la voluntad de la Administración por medio de la cual se crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas⁸². Los actos administrativos: i) implican el ejercicio de una potestad administrativa como privilegio de la decisión previa, ii) tienen presunción de legalidad y resultan, como regla general, obligatorios mientras no hayan sido suspendidos, o anulados judicialmente, iii) pueden ser ejecutados directamente por la administración, iv) deben ser notificados, comunicados o publicados, v) requieren, como regla general, de motivación y vi) corresponden a actos de autoridad⁸³.

La participación ciudadana forma parte del procedimiento para la expedición del acto administrativo de carácter general, salvo excepciones taxativas, y debe adelantarse en los términos señalados por la Constitución y la ley, so pena de que se afecte la validez del acto por implicar una violación al debido proceso. Así, por ejemplo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado:

Con todo, cuando la voluntad del sujeto pasivo es vinculante para efectos de proferir el acto, su inobservancia compromete la validez de éste, ya sea porque se pretermitió la fase correspondiente a la concertación, violando así el “debido proceso administrativo”, o porque en la decisión final sólo se advierte la manifestación unilateral de la administración, soslayando la norma superior.

Por el contrario, tratándose de procedimientos en los cuales la participación ciudadana es meramente optativa o facultativa, el hecho de no abrir esos espacios de participación no tiene ninguna incidencia en la legalidad de la decisión administrativa resultante. Sin embargo, es del caso precisar que, en los eventos en los cuales la norma superior ordena que se consulte previamente a los que se puedan ver afectados con la decisión administrativa, aun cuando lo manifestado por ellos no sea

⁸² Se pueden ver entre otras: Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 18 de junio de 2015, expediente 2011-00271. Ver también Sentencia del 16 de febrero de 2001, expediente 1995-3531.

⁸³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 28 de octubre de 2019. Radicación número: 25000-23-26-000-2006-00657-01(40992).

vinculante para la administración, escucharlos es del todo obligatorio dentro del proceso de formación del acto, de suerte que, si se omite hacer la consulta correspondiente, la decisión carecerá de validez⁸⁴.

3.2.1.1. El acto administrativo consensuado

Se trata de otra interesante manifestación de la participación ciudadana, en el proceso de adopción de un acto administrativo, el cual ha sido desarrollado por la doctrina y no está exento de discusión, en cuanto a su contenido conceptual concreto.

Al respecto, se ha definido como aquel acto:

[Q]ue resulta de un acuerdo entre la Administración y sus destinatarios y, por ello, en su proceso volitivo e intelectual concurren a su formación unos y otros, así en su expedición, formalmente solo resulte de la manifestación de voluntad de la administración, pero que recoge dicho acuerdo. En eso se diferencia del acto administrativo unilateral⁸⁵.

Por su parte, la Sección Primera del Consejo de Estado también se ha pronunciado sobre este tipo de actos, lo cual ha sido reiterado por la Sección Segunda de esta Corporación:

No obstante lo anterior, en el curso de los últimos tiempos ha irrumpido en el campo del derecho administrativo la figura de los “actos consensuados o consensuales”, como una nueva modalidad de decisiones administrativas, en cuyo proceso de formación y perfeccionamiento debe cumplirse con el consenso entre la administración y el administrado, sin que por ese hecho los acuerdos alcanzados puedan calificarse de contratos o convenios.

La Sala de Consulta y Servicio Civil también se ha pronunciado sobre los actos administrativos consensuales, al señalar que corresponden a actos derivados de procedimientos consensuados:

⁸⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 7 de abril de 2014. Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00055-00. Véase igualmente: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 23 de marzo de 2017. Radicación número: 11001-03-25-000-2016-00019-00(0034-16).

⁸⁵ Tribunal de Arbitramento. Integra S.A. vs. Megabus S.A. Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo Arbitral del 8 de Marzo de 2010. Frente a estos actos, la doctrina también ha señalado: Sin embargo, a partir del derecho de participación ciudadana en el procedimiento administrativo, se ha configurado la doctrina de actos administrativos consensuales, que constituyen una alternativa a la decisión unilateral, sustentada en convenciones que celebrarían la Administración Pública y los administrados, con ocasión del ejercicio de las potestades administrativas y dentro del proceso de toma de decisiones. Juan Carlos Benalcazar Guerrón. Los actos administrativos consensuales: una técnica para el ejercicio de la participación ciudadana en las decisiones de la administración pública. UNAM. 2006, pp. 25 y 29.

En el derecho colombiano, el reconocimiento de relaciones más horizontales, basadas en la participación y el consenso ha sido entendida como una expresión del carácter democrático de la Constitución y ha permitido dar cabida, por ejemplo, a los "actos administrativos consensuales" -en estricto sentido, actos administrativos derivados de procedimientos consensuados-, en los cuales, previamente a la adopción de la decisión administrativa, esto es, al uso de las prerrogativas de la decisión unilateral, deben agotarse espacios de concertación con los destinatarios del acto, so pena de nulidad de la decisión definitiva⁸⁶.

Es importante advertir que los denominados actos administrativos consensuados, en los términos señalados por la Sala, estarán supeditados al régimen jurídico específico que determine su alcance y efectos⁸⁷.

Finalmente, es importante aclarar que la existencia de un procedimiento consensuado previo, vinculante o no, según el régimen aplicable, no desvirtúa que se trate de un acto administrativo unilateral, con las características propias del mismo.

- La participación ciudadana no es una regla absoluta

De otro lado, la participación ciudadana en el procedimiento de adopción de un acto administrativo de carácter general no es una regla absoluta. En este sentido, por

⁸⁶ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de agosto de 2016. Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00057-00.

⁸⁷ De esta suerte, los actos administrativos consensuados, que existen en la medida en que el régimen jurídico específico determine su alcance y efectos, como lo señala con claridad la norma española citada *ut supra* (artículo 86 de la Ley 39 de 2015), constituyen un mecanismo de participación ciudadana a través del cual los ciudadanos se integran al proceso de toma de las decisiones que los afectan, y ven expresada su voluntad en el acto finalmente adoptado. Así, se ha indicado:

«Como su propio nombre lo indica, en esta modalidad de actos administrativos la decisión vinculante proferida por la autoridad competente, viene a ser el fruto del acuerdo previamente celebrado con quienes tienen la vocación de convertirse en sus futuros destinatarios. En ese contexto, el procedimiento y los sujetos del acto, elementos externos de éste, cobran especial importancia en este tipo de decisiones como quiera que, por un lado, se hace imperativo que en el procedimiento administrativo se adelante la etapa de concertación como fase ineludible para la expedición del acto, y por otro, la voluntad de los sujetos activo y pasivo se debe ver reflejada en la decisión que finalmente se adopte». Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 7 de abril de 2014. Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00055-00. Véase igualmente: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 23 de marzo de 2017. Radicación número: 11001-03-25-000-2016-00019-00(0034-16).

Como ejemplos de actos administrativos consensuados, así como del concepto de concertación, las Secciones Primera y Segunda del Consejo de Estado han mencionado, entre otros, el aumento del salario mínimo y el artículo 46 de la Ley 1438 de 2011, el cual ordena la concertación entre las Cajas de Compensación Familiar y el Gobierno nacional frente al manejo de ciertos recursos dirigidos a la promoción y prevención dentro de la estrategia de Atención Primaria en Salud, y en la unificación de los Planes de Beneficios.

ejemplo, el Decreto 270 de 2017 establece las excepciones respecto de la obligación de publicar los proyectos específicos de regulación. Así, dispone la norma:

Artículo 6. Adiciónese el artículo 2.1.2.1.24 al Decreto 1081 de 2015, el cual tendrá el siguiente texto:

“Artículo 2.1.2.1.24. Excepciones al deber de publicar proyectos de regulación. De conformidad con lo previsto en el artículo 2° de la Ley 1437 de 2011, la publicación a que se refieren los artículos 2.1.2.1.14 y 2.1.2.1.23 de este Decreto no aplica en los siguientes casos:

“1. Cuando se trate de procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas.

“2. En los casos de reserva o clasificación de la información señalados por la Constitución y la Ley, incluidos los previstos en las Leyes 1712 de 2014 y 1755 de 2015.

“3. En los demás casos expresamente señalados en la ley.

Igualmente, como se señaló en el concepto 2409 de 2019, tampoco debe cumplirse con la publicación de los proyectos específicos de regulación en los casos de reserva o clasificación de la información establecidos por la Constitución Política y la ley, o cuando exista norma especial al respecto. A manera de ilustración, en virtud del artículo 19 de la Ley 1712 de 2014, estarían exentos los proyectos de regulación relativos a: a) la defensa y seguridad nacional; b) la seguridad pública; c) las relaciones internacionales, y d) la estabilidad macroeconómica y financiera del país.

La publicación tampoco deberá surtirse, de acuerdo con el mismo concepto, cuando así sea necesario para proteger derechos fundamentales inmersos en situaciones de urgencia e inmediatez, análisis que debe hacerse en cada caso. En este evento, su justificación y motivación reforzada deberá corresponder a razones de interés general.

- La participación ciudadana y su relación con la actuación de la administración

Como se ha reiterado, las observaciones presentadas por los ciudadanos, como regla general, no implican una limitación o constreñimiento a la manifestación de voluntad de la Administración, contenida en el respectivo acto administrativo.

No obstante, la participación ciudadana, además de impactar el procedimiento de adopción del acto administrativo, también, y en forma excepcional, puede afectar la

validez de dicho acto, cuando en forma expresa la Constitución o la ley determinen la naturaleza exigible de los acuerdos alcanzados⁸⁸.

Así, las normas constitucionales y legales vigentes han consagrado el carácter vinculante de los acuerdos alcanzados en materia de conflicto armado interno, de acuerdo con las consideraciones expuestas. En el caso de la negociación colectiva laboral, se garantiza este derecho, y la exigibilidad de lo acordado, conforme al artículo 55 de la Constitución Política y con el Código Sustantivo del Trabajo. A su vez, y por vía de desarrollo jurisprudencial, la Corte Constitucional ha señalado el carácter vinculante de los acuerdos obtenidos con algunas comunidades, cuando los convenios pretenden proteger los derechos fundamentales de grupos discriminados o marginados. En este caso, su exigibilidad no depende de acuerdo en si mismo, sino de la afectación a derechos fundamentales que pretenden remediar los convenios con las comunidades.

Esta excepción también fue analizada por la Sala de Consulta y Servicio Civil en la siguiente forma:

Además, la calificación de las actas de protocolización de acuerdos de procesos de consulta previa como actos administrativos se torna incompatible con los atributos propios de un acto administrativo, v. gr. la presunción de legalidad, la ejecutoriedad, la ejecutividad, y la revocabilidad, en la medida en que el ejercicio de tales atributos no se podría asignar, como un poder estatal, a las comunidades étnicas o a los ejecutores públicos o privados que suscriben las actas, quienes, se repite, no acuden a la consulta como autoridades con capacidad de imponer unilateralmente su voluntad.

[...]

Cabe aclarar que las actas de protocolización de acuerdos de consulta previa tampoco podrían considerarse *actos administrativos consensuales*, a los que ha dado cabida recientemente la jurisprudencia del Consejo de Estado (*infra A, 4*). Si bien es común a ambos tipos de actos jurídicos la existencia de espacios de concertación y diálogo, lo cierto es que las actas de protocolización de acuerdos, además de que no comportan el ejercicio de prerrogativas públicas por parte de ninguno de los intervinientes, *son fuente de obligaciones por sí mismas* (vinculantes), mientras que, en los actos administrativos precedidos de procedimientos consensuales, el consenso y los eventuales acuerdos son apenas una etapa del procedimiento administrativo, cuya obligatoriedad queda condicionada a la expedición de un *acto definitivo*,

⁸⁸ Por ejemplo, en el caso español, el artículo el artículo 86 de la Ley 39 de 2015 establece: 1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que, en su caso, prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.

posterior y unilateral que les de valor, situación esta que, se reitera, no se da en el caso de los acuerdos de consulta previa.

Se reitera entonces que las actas de protocolización de acuerdos, como expresión de los efectos de un derecho fundamental de participación, signado por el reconocimiento de la diversidad cultural, la autonomía de las comunidades étnicas y el derecho fundamental a adoptar sus decisiones conforme a sus propias reglas jurídicas, usos y costumbres, no se pueden reconducir hacia las lógicas tradicionales del derecho administrativo o contractual. Como se ha advertido, este tipo de actos jurídicos son un componente esencial de la democracia participativa que dota de legitimidad las decisiones públicas o privadas que impactan a las comunidades étnicas. Reflejan además nuevas formas de actuación basadas en el consenso y en la construcción cooperativa de políticas públicas, en las que el interés general no se contraponen sino que reconoce y se articula con los intereses colectivos e individuales⁸⁹.

Como se advierte, la Sala consideró que los eventuales acuerdos con estos grupos marginados o discriminados, producto de una consulta previa, no tienen los atributos de un acto administrativo. Al respecto, su sustento estriba en la afectación de derechos fundamentales.

Es importante advertir que en estos casos y como lo ha señalado la Corte Constitucional⁹⁰, las consultas y eventuales consensos, así como su posible incumplimiento se tornan exigibles y vinculantes en la medida en que afectan derechos fundamentales de una comunidad, y con mayor razón, si corresponde a grupos étnicos diferenciados. En ese evento, su exigibilidad y cumplimiento no surge tanto de los consensos o acuerdos previos, sino de la necesidad de garantizar la prevalencia en la protección de estos derechos fundamentales.

Ahora bien, en materia de participación ciudadana debe distinguirse entre aquellas normas que demandan la negociación de la administración con los ciudadanos, de aquellas que solamente invitan o permiten la participación de estos en la toma de una decisión.

Así, en el primer caso, como lo ha indicado la jurisprudencia, la voluntad ciudadana debe verse reflejada, si hay acuerdo, en el acto de la administración, en los términos que consagre la Constitución y la ley.

Por el contrario, en el segundo caso, las manifestaciones de los ciudadanos no son vinculantes para las autoridades. Sobre estos efectos puede citarse:

Es importante añadir que si bien los actos administrativos consensuales nacen de la aplicación de esos procedimientos participativos caracterizados por la expresión

⁸⁹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de agosto de 2016. Radicación número: 11001 -03-06-000-2016-00057-00.

⁹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-007 de 1995.

bilateral de la voluntad, nada obsta para que en determinadas circunstancias las autoridades competentes permitan la intervención de los particulares en aquellos procedimientos en los cuales ella no es obligatoria. Con todo, cuando la voluntad del sujeto pasivo es vinculante para efectos de proferir el acto, su inobservancia compromete la validez de éste, ya sea porque se pretermitió la fase correspondiente a la concertación, violando así el "debido proceso administrativo", o porque en la decisión final sólo se advierte la manifestación unilateral de la administración, soslayando la norma superior.

[...]

Sin embargo, es del caso precisar que, en los eventos en los cuales la norma superior ordena que se consulte previamente a los que se puedan ver afectados con la decisión administrativa, aun cuando lo manifestado por ellos no sea vinculante para la administración, escucharlos es del todo obligatorio dentro del proceso de formación del acto, de suerte que, si se omite hacer la consulta correspondiente, la decisión carecerá de validez⁹¹.

En conclusión, como se advierte, las actuaciones administrativas anteriores a la decisión que tome la administración estarán sujetas, como regla general, a la participación ciudadana con los diferentes mecanismos formales o informales expresados en la Constitución y la ley.

Sin embargo, resulta necesario distinguir el alcance vinculante o imperioso tanto del procedimiento previo de información, consulta o participación activa con las organizaciones sociales y grupos de ciudadanos afectados con la medida, y los eventos en que es requerido un mandato constitucional o legal para que el acuerdo o concertación que se logre en el diálogo bilateral o multilateral con los administrados resulte exigible.

En el primer caso, y como lo ha señalado esta Sala⁹², debe cumplirse el procedimiento previo (información, consulta o participación activa, etc.) y agotar los espacios de diálogo en los términos que establezca la ley⁹³, como requisito de legalidad del acto administrativo⁹⁴.

En el segundo caso, como regla exceptiva, sobre el efecto vinculante de lo acordado o concertado previamente, deberá tenerse en cuenta el alcance y efectos que

⁹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 7 de abril de 2014. Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00055-00. Véase igualmente: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 23 de marzo de 2017. Radicación número: 11001-03-25-000-2016-00019-00(0034-16).

⁹² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de agosto de 2016. Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00057-00.

⁹³ Ley 1437 de 2011, artículo 8º, numeral 8º.

⁹⁴ Véase Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de septiembre de 2016. Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00066-00.

determine el régimen jurídico específico, según la naturaleza de la actividad y el contenido de la disposición constitucional o legal aplicable.

Así, procesos de negociación y acuerdo en materia del conflicto armado interno, de negociación colectiva en materia laboral o la afectación de derechos fundamentales, como por ejemplo, de comunidades étnicas, entre otros, comportarían una fuerza vinculante en los términos establecidos por la Constitución y la ley. En los demás casos, será pertinente el cumplimiento de la participación ciudadana como fundamento para garantizar el Estado Social de Derecho, pero no necesariamente comporta ni corresponde a la decisión administrativa.

3.2.2. El contrato estatal

Otra de los mecanismos por medio del cual actúa la Administración es el contrato estatal.

El contrato estatal, en sentido amplio, corresponde al negocio jurídico que celebra la Administración para el cumplimiento de los fines del Estado. Se trata de un acto bilateral en el que una parte (el contratista particular u otra entidad estatal) se obliga para con otra (entidad estatal contratante) a dar, hacer o no hacer alguna cosa en su favor; o es un acuerdo entre ellas para constituir, regular o extinguir una relación jurídica (artículos 1494 del Código Civil y 864 del Código de Comercio, en concordancia con lo previsto en los artículos 13, 23, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993)⁹⁵.

A la luz del principio *pacta sunt servanda*, el contrato es vinculante para las partes que lo celebran, de tal suerte que su incumplimiento genera responsabilidad para la Administración.

3.3. La relación entre las actuaciones de la Administración y los eventuales acuerdos y concertaciones producto de la participación ciudadana

Con respecto a la actuación de la Administración, como se ha señalado, la participación ciudadana es obligatoria como requisito de procedimiento. En cuanto a los eventuales acuerdos que resulten de los procesos correspondientes, el carácter coercitivo de su contenido dependerá de la naturaleza de la materia y de su fundamento constitucional y legal.

Los acuerdos y concertaciones que resulten del proceso de participación ciudadana llevado a cabo con algunos grupos sociales y civiles deben analizarse desde dos perspectivas:

⁹⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil Concepto del 3 de octubre de 2017. Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00160-00(2312).

3.3.1. La perspectiva de la Administración para determinar el requisito de participación ciudadana

Una primera perspectiva es la que corresponde a la propia Administración. Aunque una de las características más importantes del derecho administrativo moderno es la participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones, dicha participación no conlleva la desaparición de la facultad de las autoridades administrativas para tomar las decisiones requeridas por la consecución de los fines del Estado. Tampoco significa que en virtud de dicha participación los ciudadanos someten a las autoridades a su voluntad o cogobiernan con ellas, salvo los eventos en que la Constitución Política y las normas legales que la desarrollan otorguen efectos jurídicos específicos.

En efecto, el elemento teleológico del Estado, es decir, el fin para el cual este existe, es el bien público o común. El Estado, para el adecuado cumplimiento de su tarea, es titular de una autoridad o poder que le permite imponer a los ciudadanos sus decisiones⁹⁶. En esta dirección, la doctrina española ha señalado:

En esencia, esa peculiaridad deriva de la naturaleza institucional de la Administración. Esta no es un sujeto jurídico como cualquier otro, sino que es un poder público que tiene por finalidad, como se ha dicho, servir los intereses generales. La Administración, a diferencia de los particulares, no tiene fines propios, sino que es una institución cuya única razón de ser y cuya fuente de legitimidad es actuar para satisfacer los intereses generales o públicos.

Para la gestión de los intereses generales, las leyes atribuyen a la Administración pública un conjunto de poderes, de prerrogativas, de facultades. En virtud de ellas, la Administración puede adoptar decisiones unilaterales con fuerza jurídica vinculante, es decir, de obligado cumplimiento por aquellos a quienes van dirigidas. [...] Las normas del Derecho administrativo confieren estos y otros poderes a la Administración, poderes que la sitúan en posición de supremacía sobre los particulares. En este tipo de relaciones los ciudadanos no se encuentran respecto de la Administración en la situación de igualdad jurídica que es propia del Derecho

⁹⁶ El profesor Porrúa señaló: La realización del bien público postula la necesidad de una autoridad. El bien público en sus manifestaciones de orden y armonía y de suplencia a la actividad particular, reclama la existencia de la autoridad.

El bien público requiere una división del trabajo entre dos grupos: uno de ellos determinará cuáles son las exigencias del bien público, cuál debe ser su contenido y después de ello decidirá e impondrá su voluntad, con el objeto de realizarlo. El otro grupo realizará las actividades correspondientes a su libertad regulada por el orden y las directrices que le son señaladas. Es la distinción entre gobernantes y gobernados. De esta manera, la noción misma del Estado; y especialmente el fin que éste persigue, excluye un régimen de igualdad entre los asociados, y, por tanto, debe el Estado tener autoridad y poder para imponer una cierta conducta, con el objeto de no caer en la anarquía y en la imposibilidad de conseguir el bien público. No se llega al orden por o vía de dispersión y de desorden. El orden implica una determinada convergencia de acción como necesidad impuesta por la autoridad. Francisco Porrúa Pérez. Teoría del Estado. Editorial Porrúa. 2005, pp. 297-298.

privado, ni aquella necesita del consentimiento de estos para decidir y actuar, pues el interés general no puede quedar sometido a los intereses privados⁹⁷.

De esta suerte, cuando las autoridades públicas pretenden satisfacer el interés general pueden «formular mandatos exigiendo que se realicen o no actividades en tal o cual sentido, para la conservación del Estado y para el logro de sus fines»⁹⁸. En otras palabras, las autoridades son titulares de potestades y prerrogativas que les permiten adoptar decisiones unilaterales con fuerza vinculante para los ciudadanos, dentro del marco de la Constitución y de la ley en sentido lato.

Además de la necesidad de garantizar la satisfacción del interés público y los fines del Estado, es posible identificar otras razones que justifican o explican por qué las autoridades públicas conservan la facultad de adoptar unilateralmente una política o decisión, independiente de la participación de los ciudadanos en su proceso de adopción.

Así, la doctrina extranjera ha destacado las siguientes:

- i) La actuación de las autoridades se encuentra limitada por la ley y otras autoridades.
- ii) Si las autoridades dejaran sin efectos los contratos celebrados, basadas simplemente en el deseo de los ciudadanos, sería muy difícil para ellas celebrar contratos vinculantes en el futuro. Asimismo, las autoridades quedarían sometidas a la correspondiente responsabilidad por la terminación de los contratos.
- iii) Puede ocurrir que quienes participan en la adopción de la decisión lo hagan en representación de un interés particular⁹⁹.
- iv) Los programas de participación ciudadana pueden influir en las decisiones de la agencia, pero no pueden sustituirla en sus funciones y potestades¹⁰⁰.

Adicionalmente, como lo indicó la OCDE al referirse al mecanismo de participación activa, el hecho de que los ciudadanos tengan la posibilidad de tomar parte en el diseño de una política pública o en la expedición de un acto administrativo, no implica que la autoridad pública pierda la facultad de tomar la decisión final.

Dentro de este marco, las negociaciones y acuerdos que resulten de la participación ciudadana no son un acto administrativo o un contrato estatal, pues no comportan las características jurídicas reseñadas. Corresponden a actuaciones administrativas

⁹⁷ Miguel Sánchez Morón. Derecho Administrativo. 9ª. Edición. Editorial Tecnos. 2013, pp. 42-43.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 299.

⁹⁹ Y agregaríamos nosotros, de carácter grupal.

¹⁰⁰ Creighton, ob. cit., pp. 12-13.

RESERVADO
MAY - DEP

previas, que también podrían denominarse actos o actuaciones especiales, encaminadas a cumplir el principio de democracia participativa.

No obstante, implican un deber futuro de actuación de buena fe de la administración y su eventual exigibilidad corresponderá al alcance, efectos, y régimen jurídico específico que contemple el ordenamiento jurídico. Por ende, el Gobierno nacional no se desprende de sus competencias y obligaciones de gobierno y administración.

Así, los acuerdos que se obtengan no corresponden a actos administrativos ni a contratos, sino a las resultas de una forma de participación ciudadana en el Estado Social de Derecho. A manera de ejemplo, en el caso del salario mínimo, se ha indicado por la jurisprudencia la necesidad de expedir un acto administrativo posterior:

Según el criterio de la Sala, cuando se llega a un consenso en el seno de la comisión tripartita encargada de negociar el incremento del salario mínimo, se hace necesario que el Gobierno Nacional como epílogo de ese proceso de concertación, expida el respectivo decreto, el cual en el fondo viene a protocolizar el acuerdo al cual se ha llegado, al adoptarlo bajo el ropaje de un acto administrativo¹⁰¹.

En la misma dirección, la Sala de Consulta y Servicio ha señalado:

Establecido lo anterior y revisado el contenido material de las Actas de Protocolización de Acuerdos (*infra B, 1*), la Sala considera que estos documentos, independientemente de que se suscriban por ejecutores públicos o privados y de que las comunidades étnicas puedan o no ser consideradas autoridades dentro de su territorio, no son actos administrativos, en la medida en que además de su *carácter bilateral*, no son resultado del ejercicio de prerrogativas públicas ni contienen "decisiones" administrativas por parte de quienes intervienen en ellas en calidad de partes, garantes o entidades interrelacionadas.

[...]

[!]os actos administrativos precedidos de procedimientos consensuales, el consenso y los eventuales acuerdos son apenas una etapa del procedimiento administrativo, cuya obligatoriedad queda condicionada a la expedición de un *acto definitivo, posterior y unilateral* que les de valor, situación esta que, se reitera, no se da en el caso de los acuerdos de consulta previa¹⁰².

Las negociaciones o acuerdos a los que se arribe no pueden siempre considerarse vinculantes para la Administración, pues hay materias que exigen para su adopción definitiva la participación de otras autoridades, tal como ocurre en el caso de los

¹⁰¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 23 de marzo de 2017. Radicación número: 11001-03-25-000-2016-00019-00(0034-16).

¹⁰² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de agosto de 2016. Radicación número: 11001 -03-06-000-2016-00057-00(2290).

asuntos sujetos a reserva de ley o que demandan la consulta previa obligatoria con determinados interesados.

Además, los eventuales acuerdos o consensos que involucren un gasto o erogación estarían cobijados por la prohibición del Estatuto Orgánico del Presupuesto de contraer obligaciones sin las previas apropiaciones presupuestales. Ellas deberán cumplirse cuando, como producto de aquellos y dentro de la actuación y competencia del Gobierno nacional, se expidan los correspondientes actos administrativos¹⁰³.

Finalmente, las posibles negociaciones -que deben adelantarse de buena fe-, no soslayan ni trasladan la responsabilidad jurídica de la administración en sus actuaciones a los sectores consultados o con los cuales se genere un consenso.

3.3.2. La perspectiva del diálogo con determinadas organizaciones sociales y civiles: la legitimidad de la participación ciudadana

La otra perspectiva de análisis que permite esclarecer la naturaleza jurídica de las negociaciones y acuerdos propios de una actuación previa al acto administrativo o contrato estatal es el hecho de que la sola participación y negociación con las organizaciones ciudadanas no legitiman *per se*, ni los acuerdos ni las decisiones posteriores.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el derecho fundamental a la participación ciudadana impone consultar a todos los ciudadanos y grupos que resultan afectados con una eventual decisión. Por lo tanto, de no tenerse en cuenta a todos los interesados se estaría incumpliendo con el referido derecho fundamental y con las normas legales que lo desarrollan.

Por tal razón, se considera que los acuerdos que se alcancen con grupos civiles y sociales determinados constituyen actuaciones de buena fe encaminadas a lograr los fines estatales perseguidos a través de las políticas públicas, que deben cumplirse en el marco de lealtad debida, pero no constituyen en sí mismos la decisión administrativa.

En suma, es perfectamente posible que la Administración adelante negociaciones y acuerdos con determinadas organizaciones sociales y civiles. Sin embargo, tal circunstancia no necesariamente agota el requisito de participación ciudadana, ni tampoco comporta que se esté en presencia de una decisión administrativa.

Por consiguiente, la Sala desea destacar las características especiales que tienen los acuerdos suscritos entre representantes de organizaciones civiles y sociales y del Gobierno nacional, en el marco de la participación ciudadana.

¹⁰³ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 25 de septiembre de 2018. Radicación interna: 2389. Número Único: 11001-03-06-000-2018-00129-00.

Para ello, es preciso tener en cuenta la dificultad de establecer una exigibilidad jurídica a quienes suscriben estos acuerdos para que las organizaciones civiles y sociales, y las personas involucradas, los cumplan a cabalidad.

De esta suerte, tanto por parte de las organizaciones civiles y sociales como por el Gobierno, se trata de cumplir en forma transparente y de buena fe con los acuerdos que puedan suscitarse en las eventuales mesas de negociación.

4. Caso concreto

A la luz de las consideraciones anteriores, frente al pliego de peticiones presentado por el Comité Nacional de Paro al Gobierno nacional, resulta pertinente señalar lo siguiente:

En primer lugar, a juicio de la Sala, el Gobierno nacional puede dialogar sobre los temas que en el denominado pliego de condiciones estén dirigidos a la consecución de los fines de interés general propios del Estado. Al respecto debe recordarse que el Presidente de la República tiene la condición de jefe de Estado, jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa¹⁰⁴. Por lo tanto, le corresponde hacer realidad los derechos y principios consagrados en la parte dogmática de la Constitución¹⁰⁵.

No obstante, es menester tener en cuenta las restricciones que tiene el Gobierno nacional, atendiendo sus competencias constitucionales y legales. En ese sentido, le corresponde determinar cuáles son los asuntos sobre los cuales es competente, para, de este modo, establecer cuál es alcance de su participación. Respecto de los temas sobre los cuales no tiene competencia, no será procedente la consecución de acuerdos. En todo caso, con fundamento en el principio constitucional de colaboración armónica entre los poderes públicos, el Gobierno nacional podrá

¹⁰⁴ El *Gobierno* es la dirección general de las actividades de los ciudadanos en vista del bien público en todos sus aspectos. La *administración* es la función organizadora de los servicios públicos de dirección, ayuda y suplencia de la actividad de los particulares. Estas dos tareas se implican mutuamente. El Gobierno es imposible sin la administración y ésta requiere un gobierno que asuma la dirección de los servicios públicos en que consiste. Porrúa, ob. cit., p. 299. Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado: El concepto de "Gobierno" y su distinción frente a las nociones de "Rama Ejecutiva" o de "Administración Pública" obedece a la índole política de la función propiamente gubernamental; en esta esfera de funciones, el Gobierno ejerce la dirección u orientación de toda la Rama Ejecutiva o de la Administración Pública, es decir, traza los rumbos y las metas hacia los cuales debe dirigirse su actividad. En cambio, las funciones no gubernamentales sino simplemente ejecutivas o administrativas carecen de este acento político. Así por ejemplo, las funciones presidenciales de inspección, vigilancia y control son funciones de naturaleza administrativa, ya que por no involucrar el señalamiento de políticas, no corresponden a actos de gobierno. Ahora bien, tal diferencia funcional repercute en la estructura orgánica estatal y determina la precisión constitucional que marca la distinción entre Gobierno y Rama Ejecutiva o Administración. Corte Constitucional. Sentencia del 19 de septiembre de 2007, C-736/07.

¹⁰⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de julio de 2019. Radicación número: 11001-03-06-000-2019-00051-00(2416); Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 15 de noviembre de 2019. Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00065-00(37012).

asumir obligaciones de trámite ante las autoridades correspondientes, a fin de que ellas decidan sobre los asuntos así planteados.

En consecuencia, la decisión de crear un espacio de deliberación con el Comité Nacional de Paro estaría acorde con los principios de participación ciudadana y la democracia participativa, dentro de los conceptos de negociación y diálogo, aquí analizados. Dicho ejercicio de deliberación pública estaría sometido a las condiciones y características señaladas en este concepto.

En segundo lugar, en lo que respecta a la naturaleza y alcance de las discusiones que adelante el Gobierno nacional con el Comité Nacional de Paro, la Sala encuentra que:

- Dentro del marco del derecho fundamental a la participación ciudadana, es necesario distinguir entre: a) la obligatoriedad de la etapa deliberativa o de participación, en los términos señalados, y b) el análisis de los resultados obtenidos como consecuencia de dicha participación, con el fin de determinar la expedición de una decisión administrativa posterior.

Por lo tanto, aunque el régimen legal haga imperativa la participación de los ciudadanos como parte del proceso de adopción de una norma o política pública, lo señalado durante la etapa de diálogo puede corresponder a un deber de actuación de la Administración dentro del marco de la buena fe, o a un mandato legal para expedir los correspondientes actos administrativos en los casos taxativos previstos en el ordenamiento jurídico.

- En efecto, como se indicó, el ordenamiento jurídico colombiano autoriza y promueve la participación ciudadana en la toma de las decisiones. Así, por ejemplo, el artículo 32 de la Ley 489 de 1998 señala:

Todas las entidades y organismos de la Administración Pública tienen la obligación de desarrollar su gestión acorde con los principios de democracia participativa y democratización de la gestión pública. Para ello podrán realizar todas las acciones necesarias con el objeto de involucrar a los ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil en la formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública. Entre otras podrán realizar las siguientes acciones:

a) Convocar a audiencias públicas;

b) Incorporar a sus planes de desarrollo y de gestión las políticas y programas encaminados a fortalecer la participación ciudadana;

c) Difundir y promover los derechos de los ciudadanos respecto del correcto funcionamiento de la Administración Pública;

d) Incentivar la formación de asociaciones y mecanismos de asociación de intereses para representar a los usuarios y ciudadanos;

e) Apoyar los mecanismos de control social que se constituyan;

f) Aplicar mecanismos que brinden transparencia al ejercicio de la función administrativa.

En todo caso, las entidades señaladas en este artículo tendrán que rendir cuentas de manera permanente a la ciudadanía, bajo los lineamientos de metodología y contenidos mínimos establecidos por el Gobierno Nacional, los cuales serán formulados por la Comisión Interinstitucional para la Implementación de la Política de rendición de cuentas creada por el CONPES 3654 de 2010.

- Ahora bien, aunque los ciudadanos hayan participado en el proceso de adopción de una política o norma, el Estado conserva, como regla general, la facultad para decidir sobre la adopción final de dicha política o norma. En esta dirección, a manera de ejemplo, el artículo 33 de la Ley 489 de 1998 consagra:

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

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

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

Quienes intervienen en estos procesos tienen una expectativa legítima de obtener el cumplimiento de estos acuerdos. Ello se sigue de la vigencia del principio de la democracia deliberativa y del postulado de buena fe, como mandatos que *prima facie* ordenan a las autoridades públicas honrar, de manera leal, los compromisos asumidos.

Empero, es posible que el cumplimiento efectivo de estos convenios exija la participación de otras autoridades y el agotamiento de procesos ulteriores de decisión, en los términos de la Constitución y la ley. Dicha situación se presenta en el caso concreto, pues una parte de las exigencias propuestas por el Comité Nacional de Paro no pueden ser decididas únicamente por el Gobierno nacional; han de encontrar desarrollo en leyes aprobadas por el Congreso de la República o en reformas constitucionales.

En este orden de ideas, el Gobierno nacional no tendría competencia para acordar asuntos o materias que correspondan a otras autoridades. En estos casos, podrá

realizar los trámites dentro de su competencia ante el órgano legislativo y demás autoridades concernidas.

De todas maneras, el Gobierno nacional se encuentra llamado a obrar de manera diligente y leal, ceñida con rigor al principio de buena fe, para que los acuerdos, en la medida de lo posible, sean efectivamente aprobados, dentro de los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico.

Atendiendo los principios que guían la función administrativa, entre los que se destacan los de legalidad, buena fe, moralidad, participación, coordinación y eficacia, el Gobierno nacional debe honrar los acuerdos que considere procedentes con el Comité Nacional de Paro. Lo anterior, sin perjuicio de la naturaleza de la obligación de medio y de resultado, que corresponda a la naturaleza del asunto debatido, así como del deber de observar las competencias que otras autoridades tengan en la expedición de las normas y en el diseño e implementación de las políticas públicas correspondientes.

4.1. Conclusiones finales

El análisis realizado hasta este punto, que servirá de fundamento para resolver las preguntas formuladas por la entidad consultante, conduce a las siguientes conclusiones:

- (i) La participación ciudadana, bajo las modalidades de consulta, diálogo, negociación y concertación corresponden a un Estado Social y Democrático de Derecho. Este principio, recuerda la Sala, es uno de los pilares fundamentales de la Constitución de 1991.

De igual manera, la participación ciudadana es una manifestación del paradigma de la gobernanza, que permite a los ciudadanos influir en el diseño e implementación de las políticas públicas y, de manera general, en la actividad de la Administración.
- (ii) Es necesario distinguir los conceptos de consulta, diálogo, negociación, y concertación. El alcance de cada uno de estos términos, dentro del marco de la participación ciudadana, dependerá del régimen constitucional y legal aplicable a las materias que sean tratadas en este proceso de participación.
- (iii) Los eventuales acuerdos que celebre el Gobierno nacional no son actos administrativos ni contratos estatales, sino actuaciones previas de una futura decisión administrativa, según se ha expuesto en este concepto. De tal suerte, para que tengan efectos jurídicos, deberán concretarse en una actuación administrativa posterior, que materialice los acuerdos.

- (iv) Cuando expresamente lo señale la ley, pueden existir negociaciones o concertaciones exigibles jurídicamente para la Administración, como se ha expuesto en este concepto. A título de ejemplo, se señala la negociación colectiva y, en forma específica, la negociación del salario mínimo, la cual requerirá de un acto administrativo posterior, que refleje los acuerdos entre los empleadores y los trabajadores.
- (v) De todas maneras, el Gobierno nacional se encuentra llamado a obrar de manera diligente, leal y de buena fe para que los acuerdos, en la medida de lo posible, sean implementados, dentro de los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico.
- (vi) Corresponde al Gobierno nacional determinar cuáles son los asuntos sobre los cuales es competente, para, de este modo, establecer cuál es el alcance de su participación. En este caso, los diálogos y negociaciones podrán ser tomados en cuenta en el diseño e implementación de las políticas públicas correspondientes. Respecto de los temas sobre los cuales no tiene competencia, no será procedente la consecución de acuerdos.

En todo caso, con fundamento en el principio constitucional de colaboración armónica entre los poderes públicos, el Gobierno nacional podrá acordar la realización de obligaciones de trámite ante las autoridades correspondientes, a fin de que ellas decidan sobre los asuntos así planteados.

Con base en las consideraciones expuestas en el presente concepto

LA SALA RESPONDE:

1. Frente al pliego de solicitudes que se anexa, se consulta: ¿Qué carácter debe tener la mesa que se instale?

Las conversaciones entre el Gobierno nacional y el Comité Nacional de Paro son una manifestación del derecho a la participación ciudadana, y un espacio de deliberación acorde con el principio y el modelo constitucional de democracia participativa.

Dentro de este marco, en relación con su carácter y habida cuenta de la diversidad de los asuntos que se abordan, la mesa que eventualmente se instale constituiría una instancia de diálogo, negociación, consulta, y aun de concertación, con base en la naturaleza de los temas, la voluntad de las partes y, especialmente, los límites establecidos en la Constitución y la ley, en los términos señalados en este concepto.

RESERVADO
SECRETARÍA DE DEFENSA

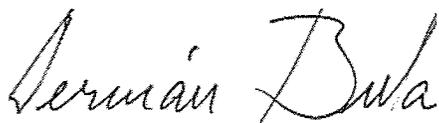
2. *¿Qué temas se deben tratar en dicha mesa en el marco de las competencias constitucionales y legales dadas al Gobierno nacional?*

El Gobierno nacional puede dialogar sobre los temas que, en el denominado pliego de condiciones, estén dirigidos a la consecución de los fines de interés general propios del Estado, y sean de su competencia, de acuerdo con la Constitución y la Ley.

En cualquier caso, teniendo en cuenta el principio constitucional de colaboración armónica (artículo 113 superior) y en forma consonante con las facultades de iniciativa que tiene respecto de otros poderes públicos, el Gobierno nacional puede llevar a cabo actuaciones de trámite, según lo considere pertinente, ante otras autoridades. Tales acciones pueden ser realizadas con el propósito de gestionar las peticiones planteadas por las organizaciones civiles y sociales, si lo considera procedente. De igual modo, conforme a los principios de la buena fe y los demás postulados de la función administrativa, el Gobierno nacional procurará que los eventuales acuerdos que surjan de estos espacios de deliberación puedan ser implementados, en el entendido de que serán congruentes con el interés general.

En cualquier caso, los resultados que surjan de los diálogos y negociaciones que se establezcan con el Comité Nacional de Paro estarán circunscritos a las características y condiciones analizadas en este concepto.

Remítase al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.



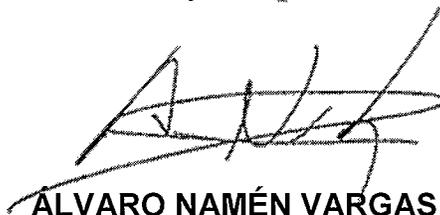
GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Presidente de la Sala



ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado



ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado



ALVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado



REINA CAROLINA SOLORZANO HERNÁNDEZ
Secretaría de la Sala