

## Resumen

Teniendo en cuenta la concepción del Estado Constitucional Democrático, como garantista del principio racional discursivo de los individuos, en la creación de los actos administrativos (acuerdos municipales), se hace necesario materializar una verdadera democracia material, lo cual implica que la toma de decisiones dentro de la Corporación no se limite a dar aplicación a la regla de las mayorías, sino que permita una mayor participación de la oposición y de las minorías, de tal forma que se llegue a un *acuerdo o consenso* que respete las posiciones *de todos* los integrantes de la Corporación; dada la necesidad de crear un escenario apto para hacer de la Democracia representativa una Democracia más participativa, reconocedora de derechos y realmente pluralista.

**Palabras clave:** Democracia material, Democracia formal, regla de las mayorías, debido proceso material democrático, acto administrativo (Acuerdo Municipal), vicios formales, vicios materiales.

## Abstract

Given the conception of the Democratic Constitutional State, as guarantor of the principle of rational discourse of the individuals in the creation of administrative acts (municipal agreements), it is necessary to realize a true democracy, which means that decision-making in the Corporation is not limited to implementing the rule of the majority, but allows greater participation of the opposition and minorities, so as to reach an agreement or consensus that respects the positions of all the members of the Corporation, given the need to create a suitable setting to make representative democracy more participatory democracy, and rights-recognizing truly pluralist.

**Keywords:** Material democracy, formal democracy, Majority rule, Due process, Democratic material, administrative act, municipal agreement, formal defects, material defects.

# Análisis del debido proceso material democrático a la luz del proceso de creación de los actos administrativos (acuerdos municipales)

## Analysis of the due democratic material process in the light of the process of creation of the administrative acts (municipal agreements)

ELIANA COMBARIZA\*

### Problema jurídico

¿La vulneración del debido proceso material democrático, puede llegar a derivar en algún vicio formal o material en la creación del acto administrativo (Acuerdo Municipal)?

### Objetivos

#### General

Determinar si la vulneración del debido proceso material democrático, puede llegar a derivar en algún vicio formal o material en la creación del acto administrativo (Acuerdo Municipal).

#### Específicos

1. Establecer cuál es la naturaleza jurídica, política y administrativa de los Concejos o corporaciones municipales.
2. Determinar qué es y de qué forma se concibe la democracia material, así como sus diferencias frente a la Democracia formal, y su relación respecto de la creación de los Actos Administrativos (Acuerdos municipales).
3. Señalar los efectos de la democracia material, como precepto democrático a la luz del debido proceso como deber público, en la creación de los Actos Administrativos (Acuerdos Municipales), y en relación con los vicios formales y sustanciales que se puedan llegar a generar.

---

\* Egresada Facultad de Derecho Universidad Santo Tomás Seccional Tunja. Adscrita al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas. Unidad de Apoyo Normativo (UAN) de la Presidencia del Concejo Municipal de Tunja. Correo electrónico: ecoca\_11@hotmail.com

## Metodología

La metodología que se irá a desarrollar en el presente trabajo investigativo es analítico – conceptual, teniendo en cuenta que se pretende analizar la concepción de ciertos conceptos o figuras jurídico-políticas, tal como el “debido proceso material democrático”, con el fin de aplicarlos y relacionarlos con el proceso real que se sigue en las corporaciones municipales frente a la creación de los Actos Administrativos (acuerdos municipales), logrando concluir de tal análisis, si se puede llegar a materializar algún vicio de carácter material o formal que efectivamente limite la plena realización de una verdadera Democracia Material.

## Introducción

El debido proceso material democrático, en términos de Carlos Bernal Pulido<sup>1</sup>, implica lograr aplicar el principio del discurso, de tal forma que sólo deben ser consideradas normas válidas, y por consiguiente solo deben ejecutarse y aplicarse aquellas decisiones a las que todos los afectados puedan prestar su asentimiento, en calidad de participantes en *discursos racionales*, generando una idea de democracia como vía o método para aspirar a tener el máximo de consenso y el mínimo de violencia en las decisiones que se hayan de tomar. La decisión tomada por la mayoría no siempre es la más sabia, puesto que los derechos de las minorías y de la oposición casi siempre resultan por desconocerse. De ésta manera, los procedimientos universales que caracterizan la democracia, según Norberto Bobbio (2005), se pueden fijar en estos puntos esenciales: 1. Todos los ciudadanos que hayan alcanzado la mayoría de edad, deben disfrutar de los derechos políticos. 2. El voto de todos los ciudadanos debe tener el mismo peso. 3. Todos los que disfrutan de los derechos políticos deben ser libres para poder votar según la propia opinión. 4. Deben ser libres en el sentido de que deben ser puestos en la condición de elegir entre soluciones diversas. 5. Tanto para las elecciones como para las decisiones debe valer la regla de la mayoría numérica. 6 “Ninguna decisión tomada por la mayoría debe limitar los derechos de la minoría, particularmente el derecho a convertirse en mayoría en igualdad de condiciones” (Bobbio, 2005, p.

1 Docente Universidad Externado de Colombia, Codirector de la Maestría en Teoría del Derecho, Columnista en *Ámbito Jurídico*, ha sido reconocido por sus destacadas publicaciones en materia de Derecho Constitucional y Teoría Jurídica, entre las que se encuentra: *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, *El derecho de los derechos*, *El neoconstitucionalismo al debate*, entre otros. Se ha destacado por sus manifestaciones en cuanto al principio de proporcionalidad, a la ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales, la democracia material, ha analizado la regla de las mayorías en Colombia, los derechos sociales, el principio democrático, la aplicación del derecho fundamental a la igualdad, entre otras circunstancias de gran relevancia no solo para el Derecho constitucional colombiano, sino también para la teoría del Derecho como tal.

460). Basta la inobservancia de una de las anteriores reglas para que un gobierno no sea democrático.

De lo anterior, se colige que la mera concepción de la democracia formal y de la regla de las mayorías como uno de sus componentes, no basta si se quiere materializar una verdadera democracia, la cuál debe ser respetuosa de los preceptos contenidos en la Constitución Política, concretamente del debido proceso concebido como deber público, con el fin de evitar el surgimiento de vicios de orden material, así como respetuosa de las correspondientes etapas que se deben surtir en el procedimiento de creación de los actos administrativos, cuyo desconocimiento puede derivar en algún vicio de carácter formal.

Es por eso que en el presente trabajo investigativo, se pretende analizar, hasta que punto, pueden llegar a surgir vicios formales o materiales de los actos administrativos, concretamente, de los acuerdos municipales, cuando se desconoce el debido proceso democrático, si se tiene en cuenta que el ideal de la democracia no puede disociarse del principio del contrato social, es decir de la idea del acuerdo de cada uno con todos los demás sobre algunas de las reglas fundamentales de la convivencia.<sup>2</sup>

## Justificación

En una sociedad fuertemente dividida en clases contrapuestas, es probable que el interés de la clase dominante sea asumido y sostenido incluso por medio de la coacción como interés colectivo, es por eso que, como afirma Bobbio (2005)

la participación popular en los Estados Democráticos ha entrado en crisis, por tres razones: 1. La participación se agota en la formación de la mayoría parlamentaria. 2. La participación popular se limita a otorgar su legitimación a una clase política restringida que tiende a su autoconservación, y que resulta cada día menos representativa. 3. La participación está distorsionada o manipulada por la propaganda de las poderosas organizaciones religiosas, de partido, sindicales, etc. La participación democrática debería ser eficaz, directa y libre. (p. 242)

Por lo cual, en el sistema democrático, el poder necesita legitimación, que se obtiene a través del *consenso*, en contraposición con lo que sucede en otros sistemas no democráticos.

De lo anterior se deduce que pueden darse eventos, en los que, se puede llegar a constatar que el principio de la mayoría en un sentido neta-

---

2 Al respecto dice Bobbio "Se hace necesario preguntarnos si es más democrático el principio de la libre negociación o el principio mayoritario. El principio de la mayoría es necesario pero no suficiente para la democracia" (2005, p.475).

mente formal no siempre trae consigo una verdadera democracia. Así, en las corporaciones públicas, muchas veces se toman decisiones por mayoría simple, (mitad más uno de los integrantes de las mismas), haciendo que la posición de las minorías no se tenga en cuenta en ningún sentido, trayendo como consecuencia la exclusión del consenso dialéctico, base de una verdadera democracia participativa. Por ejemplo, en el caso del Concejo Municipal de Tunja, como consecuencia de catalogarse dicho municipio, de segunda categoría, la mayoría se conforma con nueve concejales integrantes de la Corporación, quienes al estar de acuerdo frente a un punto particular relacionado con determinado Proyecto de Acuerdo, materializan aquella decisión preponderante que en cierta medida "excluye" el criterio de los demás (ocho) concejales, situación que se puede constatar en la totalidad de los Concejos Municipales, Asambleas Departamentales y en el mismo Congreso de nuestro país. Pero, ¿Qué piensan los demás ocho concejales? ¿Es ésto, una verdadera Democracia? ¿Qué pasa cuando ni siquiera se escuchan a los partidos políticos minoritarios? ¿Dónde queda el derecho al debido proceso de las minorías? ¿Tales circunstancias no derivan en un vicio de orden sustancial en el proceso de creación de un Acuerdo Municipal para el caso de las Corporaciones Edilicias Municipales, o de una ordenanza para el caso de las Asambleas Departamentales, o de una misma ley, para el evento del Congreso de nuestro país? Vale la pena ser propositivos a la hora de evaluar la Democracia Colombiana, y utilizar de las herramientas jurídicas que existen para construir paulatinamente un verdadero consenso dialéctico en la toma de decisiones de orden político. Es necesario romper los esquemas tradicionales de la democracia clásica, siempre respetando los lineamientos de nuestra Carta Política y de los demás preceptos de nuestro ordenamiento jurídico.

De lo anterior se puede aducir que no siempre que se materializa la regla de las mayorías se constituye una verdadera democracia en su sentido material, si se tiene en cuenta que el principio de mayoría solo es uno de los elementos que permiten el buen funcionamiento del sistema. "Por eso es oportuno que dicho principio sea válido también para los antimayoritarios, ya que solo de ésta manera se respeta el principio de libertad" (Bobbio, 2005, p. 477).

Surge entonces la necesidad de darle una mayor relevancia a los efectos que resultan de respetar una verdadera democracia material, pluralista y sujeta a la materialización del mayor consenso posible, en donde no sólo se entienda por principio democrático la aplicación de la regla de las mayorías, "en donde la decisión por mayoría es una típica decisión de suma cero, en la que hay quien gana y quien pierde, de esta forma gana la mayoría y pierde la minoría" (Bobbio, 2005, p. 475).

Criterio netamente cuantitativo, que excluye la posibilidad de generar un espacio abierto para conocer y adoptar los criterios de la oposición

y minorías; sino que se pueda llegar a analizar hasta qué punto el desconocimiento de un debido proceso por parte de las autoridades a la hora de tomar decisiones, concretamente, en las corporaciones públicas, tal como es el caso de los Concejos Municipales, deriva o se convierte en un verdadero vicio material (por contrariar un derecho fundamental contenido en la Constitución Política) y/o en un vicio de carácter formal, al desconocer los trámites debidos en el proceso de creación de un acto administrativo que contenga determinada decisión.

## Hipótesis

La Democracia ya no es únicamente el conjunto de reglas que determinan quién y cómo se decide, sino qué es lo que se puede decidir y qué decisiones no deben tomarse. De ahí que el concepto de la democracia vaya más allá del reconocimiento del sufragio universal, y regla de las mayorías, lo que permite aducir que realmente se desconoce el debido proceso material democrático al no lograr evidenciar un verdadero consenso, acuerdo, reconocimiento de los criterios de la oposición y de las minorías, lo que en términos de Carlos Bernal Pulido se denomina "Procedimiento Discursivo Racional"; y derivando así en vicios de carácter material y formal de las decisiones emitidas por las corporaciones públicas, concretamente de los concejos municipales, si se tiene en cuenta que se está desconociendo un derecho fundamental, así como el adecuado trámite que se debe llevar a cabo para garantizar el principio democrático.

## Capítulo I

### Naturaleza jurídica, política y administrativa de la corporación municipal (los concejos municipales)

#### 1.1 generalidades acerca del funcionamiento de las corporaciones municipales

El Concejo Municipal en Colombia se caracteriza por ser una de las instituciones más representativas del derecho constitucional y administrativo. Materializa un espacio democrático por naturaleza, teniendo en cuenta que allí se discuten y analizan los problemas del municipio y se imparten las orientaciones políticas, administrativas y económicas específicas para atender las necesidades básicas de la población (Hernández, 2000).

El doctor Pedro Alfonso Hernández Martínez, señala en su publicación *El Concejo*, elaborada especialmente como proyecto de capacitación municipal a través de la Escuela Superior de Administración Pública

ESAP, que el Concejo se caracteriza por cuatro aspectos esenciales:

1. Es una Corporación Pública, 2. De naturaleza Administrativa, 3. De elección Popular, 4. Carece de personalidad jurídica propia.

1. Es una Corporación Pública: Tal situación, implica que los Concejos Municipales están encargados del cumplimiento de funciones o del desarrollo de actividades consideradas como públicas, es decir de interés general, además, que las decisiones son tomadas por sus miembros con carácter colegiado, como una sola autoridad.

2. De naturaleza Administrativa: Esto significa que las Corporaciones Municipales no tienen asignadas funciones de carácter legislativo, sino que materializan la descentralización territorial con el fin de dar cumplimiento a la función Administrativa del Estado. De tal situación, se colige que los acuerdos municipales son actos administrativos susceptibles de ser controlados por vicios de forma o de fondo, de tal manera que la autoridad judicial competente para conocer las impugnaciones contra las decisiones emitidas por el Concejo Municipal es la jurisdicción contenciosa administrativa. La naturaleza de los Concejos Municipales es eminentemente administrativa, por ende, no se erigen como "órganos legislativos de carácter local"; es decir, que los concejos carecen de ciertas potestades que son propias del Congreso, como órgano político de representación plural nacional que es. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado: Si bien los concejos ejercen una facultad reglamentaria y dictan normas generales válidas en el respectivo municipio, en sentido estricto carecen de potestad legislativa porque ella está concentrada en el Congreso de la República. (Martínez, 1998)

Lo anteriormente mencionado, es reiteración de anteriores pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional, en cuanto al carácter "no legislativo" de las corporaciones públicas locales, y de la importancia de tener claridad frente a su naturaleza eminentemente administrativa, lo que supone la materialización de funciones de control político, y un trabajo conjunto con la Administración. De igual manera ha señalado que el control político que realizan las Corporaciones Públicas, materializa una expresión del derecho de los ciudadanos de ejercer, ya sea de manera directa o por medio de sus representantes, un control sobre el ejercicio del poder político, y es por eso que las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales tienen a su cargo, entre otras funciones, el control político sobre la gestión gubernamental.

Lo anterior, en concordancia con el artículo 312 de la Constitución Política y el artículo 21 de la Ley 136 de 1994 (Régimen Municipal).

Artículo 312 Constitución Política, Modificado Acto Legislativo 01 de 2007 art. 5: En cada municipio habrá una corporación político-administrativa elegida popularmente para períodos de cuatro

años que se denominará concejo municipal, integrada por no menos de siete, ni más de veintiún miembros según lo determine la ley, de acuerdo con la población respectiva. Ésta Corporación podrá ejercer control político sobre la Administración Municipal. La ley determinará las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los concejales y la época de sesiones ordinarias de los concejos. Los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos. (...).

Artículo 21 Ley 136 de 1994, (según modificación artículo 312 Constitución Política): En cada municipio habrá una corporación administrativa, cuyos miembros serán elegidos popularmente para períodos de tres (4) años, y que se denominará Concejo Municipal, integrada por no menos de siete (7) ni más de veintiún (21) miembros.

3. De elección Popular: El mismo artículo 312 constitucional y el artículo 21 de la Ley 136 de 1994 anteriormente mencionados, hacen referencia a que los miembros de los Concejos Municipales serán elegidos popularmente para períodos de cuatro años.
4. Carece de personalidad jurídica propia: Teniendo en cuenta la naturaleza eminentemente administrativa de los Concejos Municipales, de lo cual se deduce su participación dentro de la Administración Municipal, se hace necesario señalar que dichas corporaciones carecen de personería jurídica, puesto que ésta radica en el municipio correspondiente.

### 1.2 Decisiones de los concejos municipales (los acuerdos)

- a. **Iniciativa:** Los proyectos de acuerdo pueden ser presentados por los concejales, los alcaldes y en materias relacionadas con sus atribuciones por los personeros, los contralores y las juntas administradoras locales. También podrán ser de iniciativa popular de acuerdo con la Ley Estatutaria correspondiente. (Artículo 71 Ley 136 de 1994)
- b. **Debates:** Teniendo en cuenta lo señalado en el artículo 73 de la Ley 136 de 1994, para que un proyecto sea Acuerdo, debe aprobarse en dos debates, celebrados en distintos días. El proyecto debe ser presentado en la secretaría del concejo, la cual lo repartirá a la comisión correspondiente donde se surtirá el primer debate. La presidencia del concejo designará un ponente para primero y segundo debate. El segundo debate le corresponderá a la sesión plenaria. Los proyectos de acuerdo deben ser sometidos a consideración de la plenaria de la corporación tres días después de su aprobación en la comisión respectiva.
- c. **Participación Ciudadana:** La ley 136 de 1994, contemplo la posibilidad de toda persona natural o jurídica, de presentar observaciones sobre cualquier proyecto de acuerdo cuyo estudio y examen se esté adelantando en alguna de las comisiones permanentes. La

mesa directiva del Concejo dispondrá los días, horarios y duración de las intervenciones, así como el procedimiento que asegure el debido y oportuno ejercicio de este derecho.

Según el artículo 83 de la Ley 136 de 1994, el Concejo Municipal toma decisiones a través de tres tipos de actos. Ellos son los acuerdos municipales, las resoluciones y las proposiciones.

Debe tenerse en cuenta que los acuerdos municipales son aprobados siguiendo las etapas del proceso normativo correspondiente (presentación de proyecto, aprobación, sanción y publicación), mientras que las resoluciones y las proposiciones se adoptarán en los eventos en los cuales las decisiones del concejo no requieran acuerdo municipal y serán suscritas por la mesa directiva y el secretario de la corporación (Hernández, 2000).

1.3 Tabla 1: Proceso de formación de los acuerdos municipales  
(Según artículo 71 y siguientes de la Ley 136 de 1994)

Iniciativa o presentación de los Proyectos de Acuerdo	Alcalde, Concejales, Juntas Administradoras Locales, Personero Municipal, Contralor Municipal, Pueblo.
Aprobación	Concejo Municipal
Sanción y Publicación	Alcalde Municipal

1.4 Quórum y mayorías

En primera medida, debe tenerse en cuenta que existen dos tipos de quórum, el quórum deliberatorio y el quórum decisorio.

Tabla 2: Quorum deliberatorio y quórum decisorio (Hernández, 2000 p. 68)

Quórum deliberatorio	Es el rango comprendido entre la cuarta parte de los integrantes de la corporación y la plenaria de la misma. Se emplea para efectos de instalar válidamente la sesión y para deliberar o debatir formalmente en torno a los asuntos de interés o de competencia de la respectiva corporación.
Quórum decisorio	El quórum decisorio es el rango comprendido entre la mitad más uno de los integrantes de la corporación y la plenaria de la misma. Siempre que hay quórum decisorio estará implícito el quórum deliberatorio.

En los términos del Doctor Pedro Alfonso Hernández, una vez se verifique la existencia del quórum decisorio, se puede emplear el concepto de mayoría, el cual se entiende como el mínimo de votos de los asis-

tentes que se requiere a favor para adoptar una decisión al interior de las comisiones o de la plenaria de la corporación. Las mayorías pueden ser:

*Clases de mayorías corporaciones públicas*

**Simple:** La decisión es adoptada por la mitad más uno de los asistentes.

**Absoluta:** La decisión es adoptada por la mayoría de los votos de los integrantes.

**Calificada:** La decisión es adoptada por los dos tercios de los votos de los asistentes o de los miembros.

**Especial:** Las decisiones son tomadas por las tres cuartas partes de los integrantes

**Relativa:** La decisión es tomada por el mayor número de votos a favor de una entre varias alternativas.

De conformidad con lo anterior, se hace necesario señalar que “el principio general señala que las decisiones en las corporaciones públicas se tomarán por mayoría simple y, excepcionalmente, por una mayoría diferente” (Hernández, 2000, p. 70).

## Capítulo II

### Concepción de la democracia material y sus diferencias frente a la democracia formal, con relación a la creación de los actos administrativos (acuerdos municipales)

La Corte Constitucional ha reiterado la indispensable aplicación del principio democrático en el papel que desempeñan los Concejos Municipales por materializar un Estado de Derecho que procure garantizar a sus coasociados el equilibrio y la armonía en las relaciones políticas, económicas y jurídicas, asegurando un orden justo y autónomo. Por eso, dichas corporaciones están obligadas a desarrollar el mandato bajo condiciones que aseguren el pluralismo, la participación, el principio de las mayorías y la publicidad de sus actos (Escobar, 2003)

#### 2.1 Relación entre política y derecho

Con el fin de lograr construir un concepto de democracia material, se hace necesario hacer referencia en primera medida a la íntima relación existente entre política y derecho. En una sociedad dividida en clases contrapuestas, se hace creer que existe un interés colectivo

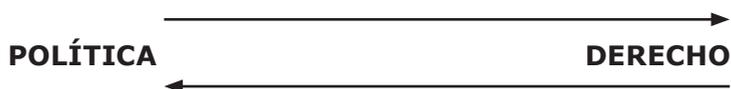
verdaderamente pluralista y democrático, pero en realidad, se trata de un interés de la clase dominante que se ejerce por medio de la coacción.

Así, lo ha señalado Bobbio en su obra *Teoría General de la Política*, exponiendo que en una sociedad pluralista y democrática, en la que las decisiones colectivas son tomadas por la mayoría (de los ciudadanos o sus representantes), se considera interés colectivo lo que ha sido aprobado por ésta; pero se trata de una simple presunción basada más en una convención útil que en argumentos racionales.

### Gráfico 1: Interdependencia entre política y derecho

*Existen dos recorridos opuestos, lo que hace legítimo al poder es el derecho, y lo que hace efectivo al derecho es el poder. Bobbio.*

La acción política se lleva a efecto a través del derecho (orden jurídico producto del orden político. Se trata de un derecho positivo)



El derecho delimita y disciplina la acción política.  
El poder se convierte en legítimo porque se ejerce mediante un justo título, otorgado por el derecho.

Del anterior gráfico se deduce una clara interdependencia entre política y derecho. Si se tiene en cuenta que "por Derecho se entiende el conjunto de las normas, u orden normativo en el que se desenvuelve la vida de un grupo organizado" (Bobbio, 2005, p. 254). La política cumple dos papeles desde el punto de vista del Derecho, según Bobbio así: la acción política se lleva a efecto a través del derecho, y el derecho delimita y disciplina la acción política. Bajo el primer aspecto, el orden jurídico es producto del poder político, se trata de un derecho positivo, por ende, la existencia del orden jurídico depende de la existencia de un poder político definido. Pero existe un momento en el que la relación entre derecho y política se invierte, y ya no es el poder político el que produce el derecho, sino el derecho el que justifica el poder político, y es cuando surge el concepto de *legitimidad*. Entonces un poder puede considerarse legítimo cuando quien lo detenta lo ejerce con justo título, es decir que quien lo ejerce está autorizado por una norma que establece quién tiene el derecho de mandar y quienes tienen y en que circunstancias la obligación de obediencia.

De conformidad con lo anterior, se podría deducir la diferencia entre legalidad y legitimidad del poder. Cuando se exige al poder que sea

legítimo, se hace referencia a que aquel que lo detente, tenga el derecho de tenerlo, mientras que cuando se hace referencia a la legalidad del poder, se pide que quien lo detente lo ejerza no según su propio capricho, sino de conformidad con las reglas establecidas y dentro de los límites de éstas.

Siendo así las cosas, debe entonces concluirse que para que las normas de un ordenamiento sean eficaces y el ordenamiento en su conjunto goce del beneficio de la validez, se hace necesario contar con un poder autorizado. De igual forma, para que las normas puedan ser observadas se necesita del poder, el cual poder se vale del derecho para que sea legítimo.

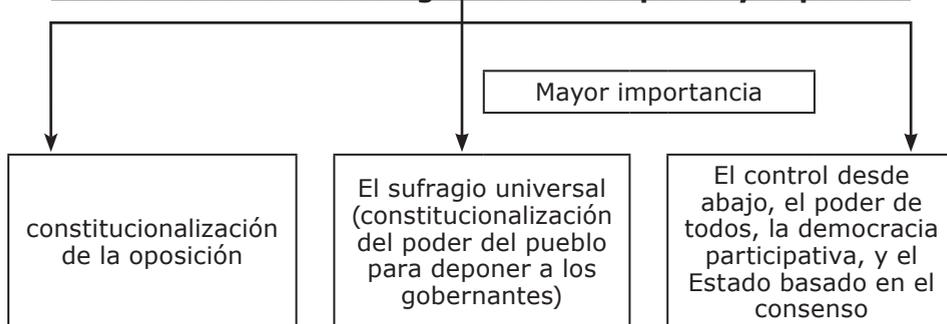
Es por eso que "en el moderno constitucionalismo, el poder político se encuentra limitado por la existencia de derechos naturales y por las leyes constitucionales, garantizadas por la separación y el control recíproco de los poderes que ejercen las principales funciones del gobierno de la sociedad" (Bobbio, 2005, p. 271). El resultado final de este proceso es un sistema jurídico inspirado en el principio de responsabilidad política y jurídica de los órganos de gobierno. Surge así, un gobierno cuyo poder es legal y racional (un poder cuya legitimidad consiste en ser ejercido en los límites de leyes positivas y de conformidad con ellas).

Es por eso, que Norberto Bobbio concluye que la norma fundamental tiene la función de cerrar un sistema basado en la primacía del derecho sobre el poder, evitando así el abuso del derecho al poder y la falta de legitimación

2.1.1 Remedios de la deslegitimación del poder  
(concepción democrática del estado) (Bobbio, 2005, p. 281)

**Gráfico 2:**

**Soluciones ante la deslegitimación del poder y la política**



Las anteriores soluciones se dan atendiendo a varias circunstancias, las cuáles son denominadas por Bobbio (2005) como razones de la

crisis de la participación popular en los Estados Democráticos: 1. La participación se agota en la formación de la mayoría parlamentaria. 2. La participación popular se limita a otorgar su legitimación a una clase política restringida que tiende a su autoconservación, y que resulta cada día menos representativa. 3. La participación está distorsionada o manipulada por la propaganda de las poderosas organizaciones religiosas, de partido, sindicales, etc.

Las anteriores críticas, deben considerarse como problemáticas de la aplicación de la Democracia formal, basada en la mera materialización de la regla de las mayorías, desconociendo a la oposición y el criterio de las mayorías.

### 2.2 La representación y los intereses en el moderno Estado democrático

De conformidad con lo anteriormente mencionado, debe señalarse que en un moderno Estado Democrático, el poder necesita legitimación, la cual se obtiene a través del consenso, del reconocimiento de las minorías y de la oposición, en contraposición con lo que sucede en otros sistemas no democráticos. El espacio político se ha ido ensanchando, pues una de las características de las formas de gobierno democráticas es el aumento de los individuos que actúan en política, es decir que colaboran directa o indirectamente en la formación de las decisiones colectivas. Lo anterior denota el nuevo auge de representación de intereses.

“La representación política también es representación de intereses, sólo que se trata de intereses generales”(Bobbio, 2005, p. 502). En la representación de intereses el único medio adecuado es el compromiso, y no la decisión por la mayoría.

### Gráfico 3: Representación política y Representación de intereses<sup>3</sup>

<p><b>Representación Política</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- En una sociedad, en la que el interés de la sociedad en un conjunto coincide con el interés de una sola clase social, que se define a sí misma como clase universal, la representación de intereses es en realidad, <b>representación del único interés que cuenta, y es por tanto representación general.</b></li> <li>- Debe tenerse muy en cuenta el papel de <b>los partidos políticos</b>, quienes reciben de los electores una autorización para actuar. Se conformaron después del sufragio universal; este último al multiplicar el número de los electores sin poder multiplicar proporcionalmente el número de electos, hizo necesaria la formación de grupos intermedios que agregan y simplifican: los partidos políticos.</li> </ul>
<p><b>Representación de Intereses</b></p>	<p>Representación de intereses particulares.</p>

3 Diferenciación adoptada por Bobbio, 2005, p. 503

Del gráfico anteriormente expuesto, se deduce que en realidad la representación política de la comunidad en general, no es propiamente una democracia de masas sino que es la cracia o el poder de los grupos más o menos organizados en que la masa, se articula, y al articularse, expresa intereses particulares, motivo por el cual no puede existir nunca una democracia absoluta o perfecta.

Es por eso que Bobbio expresa que en el estado de partidos políticos, resulta evidente la primacía de la representación de intereses sobre la representación política, si se tiene en cuenta la decadencia de la institución típica de representación política, (mandato sin vinculación y sin esperar nada a cambio), y por otra parte la presión de los intereses particulares a través de los partidos.

### 2.3 La democracia como una técnica

Según Pericles, la democracia depende del gobierno de la mayoría y no de unos pocos, y se hace necesario que el pueblo remita a sus representantes el quehacer de sus acciones porque la democracia perfecta no puede existir y de hecho, no ha existido nunca.

El pensamiento democrático involucra individuos racionales, en el sentido de estar en condiciones de valorar las propias acciones, y por tanto de valorar los propios intereses en relación a los intereses de los otros, y de hacerlos compatibles. Por eso, surge la concepción procedimental de la democracia, de tal forma que se aspire a tener el máximo de consenso y el mínimo de violencia, si se tiene en cuenta que la materialización de la democracia perfecta no existe.

Democracia como método contractual. En el Estado democrático contemporáneo, dentro de una sociedad industrial avanzada que se caracteriza por la presencia de grandes grupos organizados en conflicto entre sí, el contrato es un método para la solución de conflictos. La idea de la supremacía de la ley fue la conclusión necesaria de una concepción monocéntrica del Estado, en cambio los Estados Policéntricos se expresan a través del contrato.

### 2.4 Democracia formal y democracia material

Dentro de la concepción tradicional de la democracia, encontramos la regla de la mayoría, con el fin de garantizar el máximo consenso, sin embargo, no siempre la decisión tomada por la mayoría es la más sabia. Los procedimientos universales, según Norberto Bobbio (2005) que caracterizan la democracia se pueden fijar en estos puntos esenciales: 1. Todos los ciudadanos que hayan alcanzado la mayoría de edad, deben disfrutar de los derechos políticos. 2. El voto de todos los ciudadanos debe tener el mismo peso. 3. Todos los que disfrutan de los derechos políticos deben ser libres para poder votar según la propia opinión. 4. Deben ser libres en el sentido de que deben ser puestos

en la condición de elegir entre soluciones diversas. 5. Tanto para las elecciones como para las decisiones debe valer la regla de la mayoría numérica. 6 Ninguna decisión tomada por la mayoría debe limitar los derechos de la minoría, particularmente el derecho a convertirse en mayoría en igualdad de condiciones. Basta la inobservancia de una de las anteriores reglas para que un gobierno no sea democrático.

Como puede observarse, la concepción descrita de la Democracia, involucra no solamente los componentes de la democracia formal, sino que también se refiere, aunque sea en pocos términos a la democracia material, teniendo en cuenta que adopta un criterio cuantitativo (regla de las mayorías para la toma de las decisiones), pero al mismo tiempo, alude a un criterio cualitativo, puesto que involucra la necesidad de generar un máximo de consenso, en donde no importa tanto el número de los que toman determinada decisión, sino más bien, quienes la toman, cómo la toman, y de qué forma se puede llegar a materializar una verdadera democracia generadora de importantes acuerdos.

#### 2.4.1 El principio de la mayoría no siempre implica democracia

Lo anterior, a la luz de Bobbio, permite concluir que la regla de la mayoría no es exclusiva de los sistemas democráticos y que las decisiones colegiadas, en dichos sistemas, se toman exclusivamente mediante esa regla, de ésta manera, la decisión por mayoría es una típica decisión de suma cero, en la que hay quien gana y quien pierde, de esta forma gana la mayoría y pierde la minoría. Al contrario, el resultado de un compromiso, cuya forma jurídica típica es el contrato, generalmente es un resultado de suma positiva, a saber, un resultado en el cual ambos socios ganan algo, como sucede en todo contrato de intercambio.

Por eso, no se debe definir al gobierno por medio de una determinada regla procesal para el ejercicio del poder. La regla de la mayoría indica cuántos gobiernan pero no cómo gobiernan, tal como se señaló con anterioridad, además, la Constitución alberga un amplio espacio de garantías, aunque la mayoría en el congreso vote un asunto contrario a los preceptos de la Carta Fundamental.

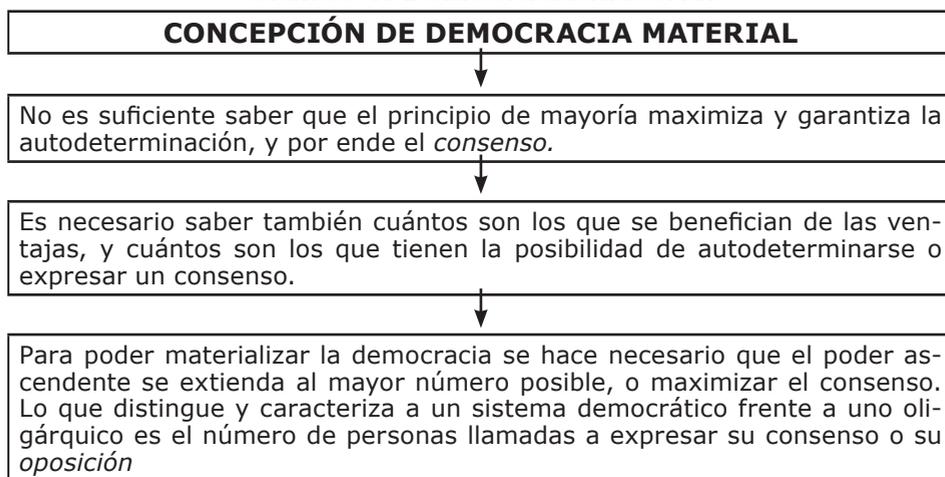
Es por lo anterior, que Bobbio señala que la regla de la mayoría es aparentemente irracional, pues confía en un criterio cuantitativo para asuntos de carácter cualitativo. Sin embargo, quienes defienden la regla de la mayoría señalan que permiten el cumplimiento de la igualdad y la libertad. Pero muchas veces no todos los votos o criterios de cada uno de los que componen las mayorías, tienen igual valor político, y lo hacen de manera libre, si se tiene en cuenta que "la libre determinación de la voluntad individual se entiende aquella que se toma frente a diversas alternativas, a través de la ponderación de los argumentos a favor y en contra y no en situaciones sin alternativa" (Bobbio, 2005, p.

470). El principio de mayoría solo es uno de los elementos que permiten el buen funcionamiento del sistema.

De esta manera, debe concluirse que no hay coincidencia entre regla de la mayoría y el concepto de democracia. Mientras que la regla de la mayoría desarrolla su función dentro de las corporaciones y cuerpos colegiados, el acuerdo, aún más respetuoso de la Democracia, tiene lugar entre grupos independientes, que llegan a la formación de una voluntad colectiva a través de concesiones mutuas.

## 2.5 Lo que debe entenderse por democracia material

### Gráfico 4: Democracia material



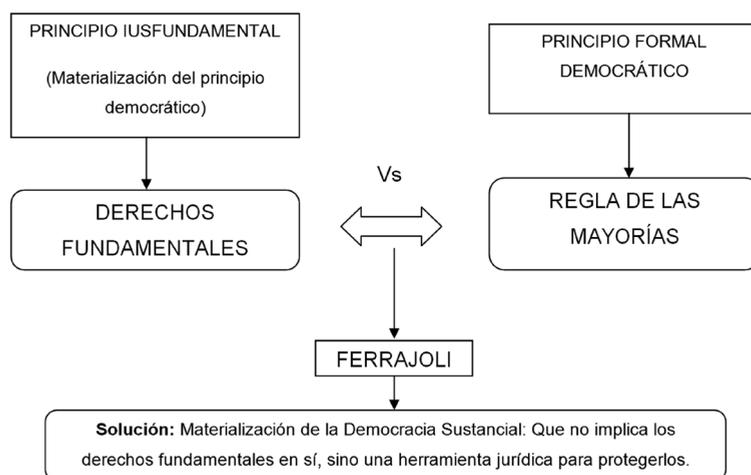
“Cuando no es posible el consenso total, sino sólo parcial, la regla de la mayoría impone considerar como total el consenso parcial”, (Bobbio, 2005, p. 471). La discusión libre entre mayoría y minoría es esencial para la democracia, porque es el modo para crear una atmósfera favorable al compromiso entre dicha mayoría y minoría, pues el compromiso hace parte de la esencia de la democracia. Se hace necesario concluir que aparentemente es más democrático el principio de la libre negociación, que materialice verdaderos acuerdos, consensos, y reconocimiento de la oposición, frente al principio mayoritario. El principio de la mayoría es necesario pero no suficiente para la democracia.

### 2.5.1 Democracia real a la luz de Ferrajoli

Cabe resaltar el papel que cumple la *democracia real* en términos de Ferrajoli, para efectos de analizar la relación que existe entre el principio democrático y la forma como éste resulta regulado en la Ley. Ferrajoli parte de un concepto tradicional de Democracia, para llegar a una transformación de éste. La Democracia en términos tradicionales

es entendida como el “proceso de formación de decisiones colectivas”, de tal forma que se logren establecer unas reglas que le atribuyan poder al pueblo de asumir sus propias decisiones (Democracia formal o procedimental). “Dicha concepción de democracia responde al quién y al cómo, pero no responde al qué, es decir, a los contenidos o al aspecto material o sustancial” (Moreno, 2006, p.14). Por lo anterior, Ferrajoli propone una Democracia que responda frente a dichos contenidos o componentes de carácter sustancial, que se concretan en los principios y en los derechos fundamentales, que para el caso concreto, implicaría responder al principio democrático.

Si la democracia sustancial o material, propende por garantizar el derecho a la libertad, los derechos sociales y los derechos fundamentales, como límite al poder de la democracia formal, se logra materializar una verdadera democracia constitucional protectora de los derechos fundamentales, y garantista desde una dimensión formal (normas formales: cómo cambia y quién cambia) y sustancial (normas sustanciales: qué cambia), logrando así llegar a aquel escenario donde los derechos fundamentales, por ser de todos, ninguna mayoría puede cambiar, porque se trata de una verdadera democracia, en donde interesa el contenido fundamental de cada derecho<sup>4</sup>.



Siendo los derechos fundamentales el contenido principal de la Democracia Sustancial, éstos al ser de todos, no pueden ser cambiados o modificados por las mayorías.

4 Es por eso que Ferrajoli expone que las normas formales y la Democracia tradicional Representativa encuentra una barrera o un límite en la democracia sustancial garantista de los derechos fundamentales, que una mayoría no puede desconocer o cambiar, porque se trata de *derechos fundamentales en su contenido*.

## 2.6 Democracia material y creación de actos administrativos (acuerdos municipales)

En todo Estado de Derecho, el poder público solamente se debe ejercer, de conformidad con La Constitución y las leyes. Lo anterior indica que toda decisión administrativa obedece a normas superiores, precisamente contenidas en la Carta Fundamental, a través de la cual se ejerce un control material frente a todo el ordenamiento jurídico en su conjunto.

“Generalmente el vicio de la “arbitrariedad política”, se adecúa a la modalidad de la desviación del poder, el cual se oculta bajo la apariencia de la legalidad” (Penagos, 1999, p 5). Lo anterior, teniendo en cuenta que es dictado por órgano competente, de acuerdo a la ley, debidamente motivado, pero son decisiones proferidas con fines políticos, partidistas, no para el buen servicio público, ni con el objetivo de coincidir con el interés general.

Debe tenerse en cuenta lo que significa la palabra arbitrariedad, la cual según Gustavo Penagos, implica obrar sin arreglo a ninguna norma, sin apoyo en un fundamento dado, y sólo bajo el capricho o antojo subjetivo del momento. En cambio, lo jurídico es la conducta según normas o criterios objetivos de una manera regular; y por ende será un poder o mando jurídico aquel cuyos mandatos o decisiones respondan a normas de validez general para todos los casos análogos, a normas que no pueden violar. Es por eso que el poder jurídico siempre deberá estar ligado necesariamente por la normas vigentes y solo puede obrar conforme a ellas y dentro de la amplitud de competencia que las mismas le confieren. En cambio el poder arbitrario, se caracteriza por situarse por encima de toda norma. “Sin embargo, debe tenerse en cuenta que lo discrecional no debe confundirse con lo arbitrario. La discrecionalidad, es un obrar con derecho, pero con libertad de opción, escogiendo la oportunidad que más convenga a la administración” (Penagos, 1999, p. 110).

Es por eso, que se materializa una “desviación del poder” respecto de aquellos actos discrecionales de la administración, cuando se actúa de manera arbitraria y contraria al ordenamiento jurídico, y más específicamente cuando se desconocen los preceptos fundamentales contenidos en la Constitución.

“Es de gran importancia aducir que los actos políticos son necesariamente actos jurídicos, pues el poder se justifica cuando se ejerce conforme a derecho” (Penagos, 1999, p. 114). Lo contrario sería la arbitrariedad o las vías de hecho. El poder discrecional o el poder gubernamental no son poderes arbitrarios o incontrolables jurídicamente. No se puede argumentar que la finalidad política propuesta por el agente del gobierno, sea suficiente para cambiar la naturaleza de un acto administrativo para hacerlo inmune a todo control.

Lo anteriormente expuesto permite fortalecer la tesis elaborada por Gustavo Penagos, cuando expone que el derecho de participar de los particulares en las tareas administrativas se fundamenta en la representación de los intereses sociales, y es por eso que el estado, no puede prescindir de la participación ciudadana al expedir sus decisiones. "El derecho administrativo moderno requiere la concertación, escuchar el querer popular" (Penagos, 1999, p. 220).

El interés colectivo, como base de participación, ha encontrado protección en el ordenamiento jurídico, concretamente, en la Constitución de 1991, participación que surge en el área de los intereses sociales "que se encajan entre los tradicionales opuestos: interés privado individual por una parte, e interés público como legitimador de la acción de los poderes públicos, por la otra" (Penagos, 1999, p. 245). Precisamente, la efectividad de estos intereses colectivos es lo que está transformando progresivamente la propia administración pública, democratizándola. En este orden de ideas, se puede decir que la participación administrativa propiamente dicha, se manifiesta realmente cuando se produce la intervención de los sujetos de derecho en la actividad administrativa en defensa de intereses supraindividuales.

El derecho al debido proceso se trata de un derecho dirigido a permitir la defensa de las comunidades, o bien de los administrados en forma individual, contra el despotismo, la arbitrariedad, la corrupción, los abusos y la desviación del poder.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, debe concluirse entonces que la Democracia ya no es únicamente el conjunto de reglas que determinan quién y cómo se decide, sino qué es lo que se puede decidir y qué decisiones no deben tomarse. De ahí que el concepto de la democracia vaya más allá del reconocimiento del sufragio universal, y regla de las mayorías, si se tiene en cuenta que deben existir unos límites al poder de decisión de las mayorías, los cuales deben definirse: Derechos fundamentales.

Es por tal motivo que en la creación de los actos administrativos (acuerdos municipales), se hace necesario materializar una verdadera democracia material, lo cual implica que la toma de decisiones dentro de la corporación no se limite a dar aplicación a la regla de las mayorías, sino que permita una mayor participación de la oposición y de las minorías, de tal forma que se llegue a un *acuerdo o consenso* que respete las posiciones *de todos* los integrantes de la corporación; dada la necesidad de crear un escenario apto para hacer de la Democracia representativa una Democracia más participativa, reconocedora de derechos y realmente pluralista.

### Capítulo III

## De la violación del debido proceso material democrático y su derivación en un vicio material o formal de los actos administrativos acuerdos municipales

### 3.1 Del derecho fundamental al debido proceso y su relevancia en el Estado Constitucional Democrático

“El debido proceso conoce una larga tradición en el ámbito de los derechos fundamentales del individuo y en general como un principio básico de la organización de cualquier sociedad” (Bernal, 2005, p. 333). Se constituye como la parte estructural de dos de las dimensiones más importantes del Estado: Como estado de derecho y como estado democrático, y es por eso, que se hace necesario reconocer a la democracia como la institucionalización de un debido proceso para el ejercicio del poder.

El Doctor Carlos Bernal Pulido, señala que en el Estado Constitucional Democrático, el poder se ejerce de manera discursiva o deliberativa. Es decir, que en este tipo de Estado se presupone que el soberano y los súbditos son en realidad interlocutores que actúan mutuamente dirigidos al entendimiento con el fin de responder qué es lo que debe hacerse. Es por eso, que “se entiende que el destinatario del poder estatal debe participar también en el ejercicio del mismo, que el sujeto del derecho debe ser a su vez autor, y que esta característica, sólo puede obtenerse mediante estructuras discursivas” (Bernal, 2005, p. 334).

#### **Gráfico 6: Ejercicio del poder en el Estado Constitucional Democrático<sup>5</sup>**

**PODER EJERCIDO DE MANERA DISCURSIVA:  
Materialización de un discurso Racional**

*Los individuos entonces intercambian argumentos, pretensiones y evidencias para la defensa de los intereses propios.*

Lo debido en general y el derecho en particular, no dependen de un único concepto de justicia material impuesto por la visión de la autoridad, sino del diálogo entre interlocutores que exponen sus necesidades mediante procedimientos que les ofrecen la garantía de poder expresarse respetando los derechos de los demás.

<sup>5</sup> Tomado de Carlos Bernal Pulido, al referirse al Debido Proceso como base estructural del Estado Democrático.

El principio estructural de la democracia es el principio del discurso (Bernal, 2005). De conformidad con éste principio, tal como lo define Habermas, sólo deben ser consideradas normas válidas, y por consiguiente solo deben ejecutarse y aplicarse, aquellas a las que todos los afectados puedan prestar su asentimiento, en calidad de participantes en discursos racionales. "Estos recursos racionales están estructurados mediante procesos" (Bernal, 2005, p. 335). Por ende, el Doctor Bernal Pulido, concluye que el respeto a los diferentes debidos procesos es la máxima garantía de funcionamiento de la democracia.

El individuo es entonces un interlocutor, un hablante, dotado de capacidad de discernimiento; y por tanto de la facultad de hacer afirmaciones y fundamentarlas, de criticar y refutar con argumentos las afirmaciones de otros individuos, de presentar y controvertir pruebas, así como llevar a cabo las críticas que considere pertinentes.

### 3.2 El objetivo del debido proceso como deber por parte de las autoridades y como derecho fundamental

Carlos Bernal expone que el objetivo del derecho al debido proceso, es el respeto de los derechos fundamentales materiales del individuo y la búsqueda de la paz y la justicia social. La democracia no se justifica a sí misma, sino que se fundamenta como un medio para el respeto de las libertades, de la igualdad y de los derechos sociales. (Democracia como Técnica)

Lo anteriormente expuesto, es el fundamento para aducir que el debido proceso es un derecho fundamental base para el Estado Constitucional Democrático. El derecho al debido proceso tiene dos maneras de fundamentarse<sup>6</sup>: Como derecho autónomo, es un derecho fundamental, en el sentido de que es el correlato subjetivo institucional del principio del discurso. De esta manera se protege al individuo para participar en los procedimientos del Estado Constitucional democrático, con el fin de poder hacer argumentaciones, afirmaciones, y aportar pruebas.

Por otro lado, encontramos el derecho al debido proceso como derecho fundamental indirecto, y de igual forma, debe considerarse como un derecho fundamental porque se constituye como mecanismo para la protección de otros derechos fundamentales en el Estado democrático; garantizando así la libertad, la igualdad, los derechos políticos o de participación y los derechos sociales. Esta segunda concepción, fue reflejada en la sentencia T-751A (1999)

El derecho al debido proceso es un derecho fundamental constitucional, instituido para proteger a los ciudadanos contra los abusos y desviaciones de las autoridades, originadas no sólo de

6 Clasificación llevada a cabo por Carlos Bernal Pulido en su obra Derecho de los Derechos, al referirse al Derecho Fundamental al debido proceso.

las actuaciones procesales sino de las decisiones que adopten y puedan afectar injustamente los derechos e intereses legítimos de las personas

En la misma dirección, la sentencia C-383 de 2000, la Corte Constitucional señaló que el derecho al debido proceso comprende una serie de garantías con las cuales se busca sujetar a reglas mínimas sustantivas y procedimentales el desarrollo de las actuaciones adelantadas por las autoridades en el ámbito judicial o administrativo, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas vinculadas. De ésta manera, el debido proceso se convierte en la herramienta para garantizar la sujeción por parte de las autoridades, al sistema de reglas establecido por el Estado Constitucional. Igualmente, en dicha sentencia, la Corte señaló que el contenido de la garantía que representa el debido proceso no se limita a la protección de un derecho en estricto sentido, sino también al conjunto de principios que le sirven de base, teniendo en cuenta que éste derecho fundamental salvaguarda primacía del principio de legalidad, así como realiza efectivamente el derecho de acceso a la administración de justicia, sustento de una sociedad democrática.

La sentencia C-383 de 2000, expresó que las reglas procesales, como componente del debido proceso, configuran instrumentos para realizar oportuna y objetivamente el derecho material. Es por ello que la misma Corte en la sentencia T-242 de 1999, ha afirmado que resulta contrario al ordenamiento jurídico que un funcionario encargado de adelantar procedimientos judiciales o administrativos que resuelvan sobre derechos subjetivos proceda conforme a su voluntad, desconociendo las pautas que la ley le ha señalado para el ejercicio de su función, constituyendo una vía de hecho por la vulneración al debido proceso.

Desde el anterior punto de vista, "el derecho al debido proceso es un derecho fundamental que también goza de una dimensión de derecho de defensa, cuya finalidad es proteger a las personas contra los abusos y desviaciones de las autoridades" (Bernal, 2005, p. 338). Dichas desviaciones no son originadas solamente de las actuaciones procesales, sino en las decisiones que adopten y puedan afectar injustamente los derechos e intereses legítimos de las personas. (Sentencia C-214 de 1994).

Tal como se expuso, en la sentencia C-383 de 2009, la Corte es clara en señalar que el debido proceso constituye un límite material al posible ejercicio abusivo de las autoridades estatales. En la sentencia C-252 de 2001, se expuso que los derechos y garantías que brinda el debido proceso, se convierten en normas rectoras a las cuales deben sujetarse tanto las autoridades como las partes que intervienen en el proceso pues su desconocimiento acarrea la violación de la Constitución Política.

Se produce una violación al derecho fundamental al debido proceso, siempre que se desconozcan las reglas de procedimiento por parte de los funcionarios efectuados sin reconocimiento de las reglas de procedimiento encargados de conducir determinado proceso. Además de ello, los actos efectuados sin reconocimiento de la mencionadas reglas de procedimiento, adolecerán de ilegitimidad (Tafur, 2000).

De conformidad con lo anterior, se hace necesario señalar lo que ha expuesto la Corte Constitucional frente a cuáles son las características y los contenidos del debido proceso constitucional:

El debido proceso en tanto que derecho constitucional, contiene elementos autónomos y determinantes para lograr la dignidad humana y para generar condiciones bajo las cuales se garanticen los elementos necesarios para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella, que definen la calidad fundamental de un derecho. (Montealegre, 2003)

### 3.3 La violación al debido proceso material democrático constituye vicios en la creación de los actos administrativos (acuerdos municipales)

Una vez establecidos los presupuestos del derecho al debido proceso, como base estructural discursiva del Estado Constitucional Democrático, reconocedor de una verdadera democracia material, respetuosa de los contenidos, y de la Carta Fundamental, como límite al poder de las autoridades, se hace necesario concluir que la aplicación de la mera democracia formal a la hora de tomar decisiones en las Corporaciones Públicas, concretamente, en los Concejos Municipales, teniendo en cuenta la regla de las mayorías puede llegar a desconocer el Derecho Fundamental al Debido Proceso, si se tiene en cuenta que éste debe ser concebido como la máxima garantía de una verdadera democracia, reconocedora del acuerdo, del consenso, y de la inclusión de los criterios de las minorías. Tal situación derivaría entonces en un verdadero vicio material de la decisión emitida por parte de las Corporaciones Públicas, ya que se estaría violando un derecho contenido en la Constitución Política de carácter fundamental.

Por otra parte, si se observa el derecho al debido proceso desde un punto de vista procedimental, a pesar de la aplicación de la regla de las mayorías a la hora de tomar decisiones en la Corporaciones Públicas, puede llegar a materializarse un vicio de trámite en dichos actos administrativos, si se reconoce como debido proceso, la necesidad de tener muy en cuenta el criterio de las minorías, de la oposición, y de realmente adoptar un acuerdo o consenso que excluya aquella decisión tomada sin siquiera conocer el punto de vista de los que piensan "diferente". De ahí que se considere la política como la necesidad de "sentar como juntos a los distintos".

3.3.1 Nulidad de los acuerdos municipales por violación al debido proceso material democrático en la ley 1437 de 2011 (código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo)

La Ley 1437 de 2011, en su artículo 137, establece: Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

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

Frente a lo anterior, debe señalarse que la Ley 1437 de 2011, para el caso de los actos administrativos de carácter general, incluyó nuevamente como causales de nulidad las contempladas en el Código Contencioso Administrativo en su artículo 43, y ante el evento del desconocimiento del debido proceso material democrático, se podrían invocar como causales de nulidad : la infracción de normas en que debería fundarse el acto administrativo proferido, y el desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa.

**A** .Una Infracción de las normas en las que deberían fundarse los Acuerdos Municipales, concretamente de la Constitución Política. (Se configuraría un vicio sustancial, el cual se concreta en la infracción de los preceptos contenidos en nuestra Carta Política, en lo que tiene que ver con el principio democrático)

La violación al debido proceso material democrático, implica el desconocimiento de la Constitución política, concretamente, el desconocimiento del artículo 29, referente al derecho fundamental al debido proceso. Lo anterior, si se tiene en cuenta que el objetivo del derecho al debido proceso, es el respeto de los derechos fundamentales materiales del individuo y la búsqueda de la paz y la justicia social. La democracia no se justifica a sí misma, sino que se fundamenta como un medio para el respeto de las libertades, de la igualdad y de los derechos sociales.

El desconocimiento de la posición de las minorías, de sus criterios, razones y pensamientos, vulnera el debido proceso desde el punto de vista de la democracia material, si se tiene en cuenta en términos de Carlos Bernal Pulido, que el individuo, en un verdadero Estado Democrático, se debe concebir como un actor partícipe del proceso discursivo que se lleve a cabo con la finalidad de adoptar determinada decisión, tal como se referenció en capítulos anteriores.

**B**. Desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa. (Se puede catalogar como un vicio de carácter formal que afecta el trámite de

formación de un Acuerdo Municipal, aunque también podría pensarse en un vicio de carácter sustancial al contemplarse éste como uno de los pilares fundamentales de nuestra Carta Política)

El desconocimiento del debido proceso concebido no solo como la protección de un derecho en estricto sentido, sino también como el conjunto de principios que le sirven de base, salvaguardando la primacía del principio de legalidad, así como el derecho de acceso a la administración de justicia, sustento de una sociedad democrática, puede llegar a materializar la causal cuarta de nulidad, toda vez que éste se constituye como fundamento de una verdadera democracia material, la cual es respetuosa y reconocedora de las minorías, y ampliamente participativa.

De ésta manera, el derecho de audiencia implica materializar aquella garantía según la cual se hace necesario escuchar al otro, al que piensa distinto, y lograr "construir" una decisión cimentada en el consenso y en la democracia material.

No basta con dar mera aplicación a la regla de la mayoría, puesto que tal como se expuso en el capítulo anterior, ésta, se constituye como un método cuantitativo que no permite conocer, y por ende, discutir y debatir lo sostenido por la oposición.

Es por lo anterior, que la causal de nulidad de la referencia puede llegar a invocarse.

### Conclusiones

1. De conformidad a lo contemplado en la Constitución Política de Colombia, y la Ley 136 de 1994, se hace necesario concebir a los Concejos Municipales de naturaleza eminentemente administrativa, ya que como órgano paralelo a la administración municipal, emite actos administrativos (Acuerdos Municipales), que reflejan la voluntad de la administración, trayendo consigo efectos jurídicos sobre determinado asunto. Sin embargo, cabe hacer el cuestionamiento de hasta qué punto, en la realidad, las decisiones tomadas por tales corporaciones pueden llegar a ser de naturaleza política, generando muchas veces la concepción equivocada de lograr contar con mayor discrecionalidad, hasta derivar en una verdadera arbitrariedad, sin tener en cuenta que la Constitución Política, y concretamente los derechos fundamentales se constituyen como verdaderos límites frente a las decisiones administrativas y políticas.
2. La Democracia ya no es únicamente el conjunto de reglas que determinan quién y cómo se decide, sino qué es lo que se puede decidir y qué decisiones no deben tomarse. De ahí que el concepto de la democracia vaya más allá del reconocimiento del sufragio universal, y regla de las mayorías, si se tiene en cuenta que deben

- existir unos límites al poder de decisión de la mayorías, los cuales deben definirse como Derechos Fundamentales.
3. Teniendo en cuenta la concepción del Estado Constitucional Democrático, como garantista del principio racional discursivo de los individuos, en la creación de los actos administrativos (acuerdos municipales), se hace necesario materializar una verdadera democracia material, lo cual implica que la toma de decisiones dentro de la corporación no se limite a dar aplicación a la regla de las mayorías, sino que permita una mayor participación de la oposición y de las minorías, de tal forma que se llegue a un *acuerdo o consenso* que respete las posiciones *de todos* los integrantes de la corporación; dada la necesidad de crear un escenario apto para hacer de la Democracia representativa una Democracia más participativa, reconocedora de derechos y realmente pluralista.
  4. Reconociendo el derecho al debido proceso, como base estructural discursiva del Estado Constitucional Democrático, necesario para una verdadera democracia material, respetuosa de los contenidos, y de la Carta Fundamental, como límite al poder de las autoridades, debe concluirse que la aplicación de la mera democracia formal a la hora de tomar decisiones en las Corporaciones Públicas, concretamente, en los Concejos Municipales, teniendo en cuenta la regla de las mayorías, puede llegar a desconocer el Derecho Fundamental al Debido Proceso, si se tiene en cuenta que éste debe ser concebido como la máxima garantía de una verdadera democracia, reconocedora del acuerdo, del consenso, y de la inclusión de los criterios de las minorías.
  5. Al observarse el derecho al debido proceso desde un punto de vista procedimental, a pesar de la aplicación de la regla de las mayorías a la hora de tomar decisiones en la Corporaciones Públicas, puede llegar a materializarse un vicio de trámite en dichos actos administrativos, si se reconoce como debido proceso, la necesidad de tener muy en cuenta el criterio de las minorías, de la oposición, y de realmente adoptar un acuerdo o consenso que excluya aquella decisión tomada sin siquiera conocer el punto de vista de los que piensan "diferente". De ahí que se considere la política como la necesidad de "sentar como juntos a los distintos".
  6. Como aporte propositivo, podría decirse que la violación del debido proceso material democrático, conllevaría a la materialización de la causal de nulidad contemplada en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, referente a una Infracción de las normas en las que deberían fundarse los Acuerdos Municipales, concretamente de la Constitución Política. (Se configuraría un vicio sustancial, el cual se concreta en la infracción de los preceptos

- contenidos en nuestra Carta Política, en lo que tiene que ver con el principio democrático)
7. A su vez, se podría materializar la causal de nulidad consistente en el desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, igualmente contemplado el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011. (Se puede catalogar como un vicio de carácter formal que afecta el trámite de formación de un Acuerdo Municipal, aunque también podría pensarse en un vicio de carácter sustancial al contemplarse éste como uno de los pilares fundamentales de nuestra Carta Política)

## Bibliografía

- Bernal, P. (2005). *El Derecho de los Derechos "El derecho Fundamental al debido proceso"*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia,
- Bobbio, N. (2005). Capítulo VIII La Democracia: Las técnicas. En, *Teoría General de la Política* : Madrid: Trotta.
- Beladiez, M. (1994). *Validez y Eficacia de los Actos Administrativos*. Madrid: Marcial Pons.
- Berrocal, L. (2001). *Manual del Acto Administrativo según la Ley, la Jurisprudencia y la Doctrina*. Bogotá: Ediciones: Librería del Profesional
- Departamento Administrativo de la Función Pública. (2009). *Estructura del Estado Colombiano*. Versión 8, Disponible en: [http://www.dafp.gov.co/listar\\_Seccion\\_Completa.asp?IdPublicacion=562&IdDependencia=5000](http://www.dafp.gov.co/listar_Seccion_Completa.asp?IdPublicacion=562&IdDependencia=5000)
- Escobar, R. (2003). *Sentencia C-008-03*
- Espósito, M. (2002) *CADAL: Centro para la Apertura y el Desarrollo de América Latina*. [www.cadal.org](http://www.cadal.org)
- Escudero, R. (2002). *Consideraciones sobre la Participación Democrática y los Instrumentos para su eficacia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas
- Fernández, T. (1997). *De la Arbitrariedad de la administración*. Segunda Edición ampliada, Madrid: Editorial Civitas
- García, M (2009) Capítulo III: La Defensoría del Pueblo, el silencio complaciente. En. *Mayorías sin Democracia" Desequilibrio de Poderes y Estado de Derecho en Colombia*. Colección DeJusticia, Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.
- García, M (1997). *De la Participación Democrática y de los Partidos Políticos. Constitución Política de Colombia, comentada por la Comisión Colombiana de Juristas*. Bogotá: [www.coljuristas.org](http://www.coljuristas.org).
- García, M. (1997) *Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas: De la Participación Democrática y de los Partidos Políticos*. Bogotá: Editorial: CCJ
- García, J. A. (1997). *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia

Hernandez, P. A. (2000) *El Concejo Municipal: Proyecto Sistema Nacional de Capacitación*, ESAP, Georgetown University Centro de Estudios Latinoamericanos, [www.cerete-cordoba.gov.co/apc-aa.../LibroConcejoMunicipal.pdf](http://www.cerete-cordoba.gov.co/apc-aa.../LibroConcejoMunicipal.pdf)

López, D. (2009). Capítulo 5. Técnicas de Investigación de la línea jurisprudencial. En. *El Derecho de los Jueces*. Santa Fe de Bogotá, Editorial: Legis

Martinez, A. (1998). *sentencia c-405-98*

Moreno, R. (2006) Democracia y Derechos Fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli, *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, (Nº3) Verano 2006, 14

Montealegre, Eduardo. (2003). *Sentencia T-685* .

Penagos, G. (1999) *La arbitrariedad causa nulidad de los Actos Administrativos: La Desviación de poder*. Bogotá: Ediciones librería del Profesional.

Penagos, G. (2001). *El Acto Administrativo*, Tomo I Parte General, Séptima Edición, Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

Sanchez, C. A. (1998). *El Acto Administrativo*, Teoría General. Bogotá: Legis S.A.

Santofimio, J. O. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo* Tomo II, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Tafur, A. (2000). *Sentencia C-383*



