

La consulta pública previa a la expedición de reglamentos y el principio de transparencia: su conexión con una concepción deliberativa de la democracia

Public consultation prior to the issuance of regulations and the transparency principle: its connection with a deliberative conception of democracy

Cristian Andrés Díaz Díez*
Alejandro Gómez Velázquez**

El presente artículo aborda la relación entre el principio de transparencia y la democracia deliberativa en el ámbito de la administración pública. En una primera parte se exponen las diferentes nociones de legitimidad y la conveniencia de aplicar los principios de transparencia y democratización deliberativa a la función administrativa. Al respecto, se sostendrá que el principio de transparencia constituye uno de los presupuestos para una concepción deliberativa de la democracia y la administración pública. En una segunda parte, se analizará, a la

This article addresses the relationship between the principle of transparency and deliberative democracy in the field of public administration. In a first part, the different notions of legitimacy and the convenience of applying the principles of transparency and deliberative democratization to the administrative functions are exposed. In this regard, it will be argued that the principle of transparency constitutes one of the prerequisite for a deliberative conception of democracy and public administration. In a second

RESUMEN / ABSTRACT

* Profesor de Derecho Administrativo, Universidad EAFIT, Medellín, Colombia. Dirección postal: Carrera 49 N° 7 Sur-50, Medellín, Colombia. Correo electrónico: cdiazdi@eafit.edu.co. El presente artículo constituye un avance del proyecto de investigación titulado "Naturaleza y forma de garantía de la transparencia en el ejercicio de la función administrativa en Colombia", aprobado dentro de la convocatoria de proyectos con financiación interna, 2018, de la Universidad EAFIT, en el que el autor es investigador responsable.

** Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad EAFIT, Medellín, Colombia. Dirección postal: Carrera 49 N° 7 Sur-50, Medellín, Colombia. Correo electrónico: agomezv1@eafit.edu.co

Artículo recibido el 21 de enero de 2020 y aceptado el 18 de mayo de 2020.

luz de este marco teórico, el procedimiento de consulta pública y previa a la expedición de reglamentos que creó el artículo 8.8 del CPACA y que reglamentó el Decreto 270 de 2017. Allí se sostendrá que, para que dicho procedimiento sea un efectivo mecanismo de participación y deliberación democrática es necesario proponer algunas interpretaciones sistemáticas de *lege lata* a los vacíos dejados por la reglamentación existente.

Palabras clave: Democracia deliberativa, Transparencia, Participación, Consulta Pública, Reglamentos.

part, on the light of this theoretical framework, the procedure of previous and public consultation for administrative rulemaking created by article 8.8 of the CPACA and regulated by Decree 270 of 2017 will be analyzed. It will be argued that the existing regulation of this procedure left some gaps that might be filled with some systematic interpretations to guarantee its democratic and deliberative effectiveness.

Keywords: Deliberative democracy, Transparency, Participation, Public Consultation, Regulation.

Introducción

En los últimos años ha cobrado cada vez más fuerza en el ordenamiento jurídico colombiano la idea de que la legitimidad –esto es, el grado de justificación o aceptación de las decisiones de los órganos del Estado–, no depende tanto del sujeto que personifica la autoridad, como del contenido de la resolución y de la forma como se ha llegado a ella, es decir, del procedimiento que se ha adelantado para decidir. Procedimiento y contenido de la decisión se encuentran, pues, íntimamente vinculados y, juntos, determinan la admisibilidad popular de la decisión en las democracias contemporáneas. El presente artículo pretende dar cuenta de una manifestación de esta nueva manera de concebir el ejercicio del poder y el papel de los ciudadanos, mostrando cómo la consulta previa –mecanismo que debe anteceder la expedición de reglamentos en Colombia– se erige como una novedosa institución normativa que contribuye a hacer efectivo el principio de transparencia en el ejercicio de la función administrativa por parte del Estado, al igual que a la democracia deliberativa.

Para cumplir esta finalidad, se explicará, en primer lugar, la transformación que ha experimentado el Estado desde hace varias décadas, en cuanto a sus funciones y al derecho que lo rige. En ambos planos, se pretende exponer cómo, luego de la revolución francesa –acontecimiento que también inspiró la construcción de nuestro modelo republicano–, durante los siglos XVIII, XIX y parte del XX, el régimen jurídico aplicable a la Administración –o sea, a las autoridades que ejercen la función administrativa al interior del Estado– fue marcadamente un Derecho protector de las prerrogativas de aquella, pero, de igual manera, cómo desde finales del siglo XX y sobre todo en las últimas dos décadas se ha venido redefiniendo el sentido de la actuación del Estado y de los enunciados normativos que lo vinculan. Sin duda, el reconocimiento del modelo de Estado social y democrático de Derecho, así como la consagración del principio de supremacía constitucional en la Constitución

Política de 1991, han resultado decisivos en la reconfiguración de la función de las autoridades, porque a partir de dichos conceptos puede afirmarse que el Estado se legitima democráticamente en la medida en que garantiza los principios y derechos previstos en la Constitución, que se sitúa como norma de normas y de aplicación directa.

De ahí que, en segundo lugar, sea necesario plantear los rasgos del nuevo modelo de legitimación de las autoridades, es decir, del modelo democrático que ha comenzado a sustituir al viejo modelo, que, si bien durante gran parte de la historia también aplicó un esquema democrático, se basó en el postulado de la democracia representativa, y a partir de él justificaba la actuación de las autoridades en su origen, o sea, en haber sido elegidas por el pueblo o, en su defecto, nominadas por la autoridad que gozaba de la investidura democrática. El nuevo modelo, que se busca caracterizar en esta oportunidad y que encuentra fundamento en la Constitución Política de 1991, postula la legitimidad democrática de la actuación de los órganos del Estado, más que en el origen popular de los sujetos que entrañan la autoridad, en el procedimiento que se debe surtir para tomar las decisiones –leyes, providencias judiciales, actos administrativos, etc.– y en el contenido de estas. Forma y contenido de las decisiones se convierten así en dos eslabones que deben permanecer unidos, como parámetros de legitimidad democrática.

La preocupación por la forma, es decir, por el cumplimiento de los requisitos (etapas, quórum, términos, etc.) de la decisión se halla en el centro de una visión deliberativa de la democracia; mientras que la consideración del contenido de la decisión (adecuación de su objeto o materia al conjunto de disposiciones normativas superiores, entre ellas la Constitución) se encuentra en el núcleo de una visión sustancial de la democracia. Ahora bien, como lo que se busca con este artículo es argumentar en qué medida la consulta previa a la expedición de reglamentos en Colombia es un instrumento que garantiza la transparencia, se hará un mayor énfasis en la teoría de la democracia deliberativa, con el objeto de indicar por qué una mayor participación activa de la ciudadanía en la etapa previa a la expedición de los reglamentos permite una mayor aceptación de estos.

En tercer lugar, se analizará la recepción en Colombia de los debates por la democracia deliberativa y la transparencia de la función administrativa, haciendo un particular énfasis en los cambios que al respecto trajo la Constitución de 1991 y en cómo se han desarrollado legalmente muchos de sus principios. En cuarto lugar, se analizará el contenido del mandato contenido en el artículo 8, numeral 8 de la Ley N° 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), así como su materialización en el Decreto N° 270 de 2017, “Por el cual se modifica y se adiciona el Decreto N° 1081 de 2015, Decreto Único Reglamentario de la Presidencia de la República, en relación con la participación de los ciudadanos o grupos de interesados en la elaboración de proyectos específicos de regulación”. Ello, con el objetivo

de hacer un estudio de caso sobre la consulta previa a la expedición de reglamentos, en tanto mecanismo que contribuye a la formación de opinión pública en una concepción deliberativa de la democracia, visión que presupone la transparencia de los procesos comunicativos de la Administración con los ciudadanos.

I. La legitimidad de origen y el ejercicio de la autoridad como rasgos clásicos de la función y del régimen jurídico de la Administración

Con la implementación del Estado de Derecho, la concepción de la titularidad y la forma de ejercicio del poder público se transformó, transitándose de un criterio de legitimidad personalista –según el cual la soberanía residía en el príncipe– y de un ejercicio absoluto del poder por parte de aquel, a un modelo que, acogiendo las ideas del liberalismo político, pasó a fundamentar el origen de la soberanía en el pueblo y a considerar que las funciones del Estado debían realizarse por varios órganos, en aplicación del principio de separación del poder público. Así mismo, el establecimiento del sistema liberal, que nutrió la primera manifestación histórica del Estado de Derecho, comportó el reconocimiento de unos derechos naturales de los individuos, que representarían límites a la actuación de las autoridades, al igual que un sistema de controles que permitiera mantener encauzado el ejercicio del poder.

Sin embargo, el giro del Estado absolutista hacia el Estado de Derecho –Estado liberal clásico, según su primera expresión– no eliminó la fuerza, es decir, la prerrogativa, en tanto manifestación del poder estatal, pues, como lo reconoce Duguit¹, mucho tiempo después se conservó el criterio del poder público concretado en la potestad, como elemento de legitimidad de las autoridades y fundamento del Derecho público, siendo sustituido solo en el siglo XX por el concepto de servicio público. No obstante, puede afirmarse que, incluso con la introducción del servicio público, como razón de ser de la actuación del Estado, en la medida en que a través de él se materializan las necesidades de interés general, y a pesar de que el Estado social de Derecho ha implicado un papel más activo de las autoridades –especialmente de la Administración– en la concreción de oportunidades reales de acceso a los bienes y servicios básicos que ofrece el mercado a través de técnicas como la regulación y la prestación directa de los mismos por parte del Estado en ciertos supuestos, el ejercicio de la prerrogativa pública continúa presente como elemento distintivo de las autoridades, pues la verticalidad y la unilateralidad siguen siendo caracteres de los órganos que ejercen el poder.

Pero, ¿qué justifica el ejercicio de dicho poder coactivo por parte de los órganos del Estado? En otras palabras ¿qué legitima su titularidad y ejecución? Si por legitimidad se entiende el grado de aceptación social de los actos emanados de las autoridades², indiscutiblemente, la respuesta a dichos

¹ DUGUIT 1975, 27.

² MONSALVE 2004, 18-38.

interrogantes depende del sistema político vigente. No es igual referirse a la legitimidad en un sistema autocrático que en uno democrático, y en este último, depende de la concepción –formal o sustancial– o del modelo –directa o representativa– de la democracia que se acoja. Lo cierto es que, en el modelo democrático republicano, adoptado en los Estados occidentales durante finales del siglo XVIII, el XIX y parte del XX, la legitimidad se basó más en el origen que en el ejercicio de la función pública o en el resultado o contenido de los actos del gobernante³. Al estar fundamentada, preponderantemente en el origen, esto justificaba *a priori* el ejercicio de la fuerza por parte de autoridades elegidas en forma directa o indirecta por el pueblo, sin que, al respecto, revistiera mucho interés la forma como se adoptaban las decisiones ni el contenido de estas.

Lo anterior explica por qué, en sus orígenes, el régimen jurídico aplicable a la Administración (es decir, el Derecho administrativo), se estructuró como un modelo protector de las prerrogativas del Estado, pues, como un rezago del Estado de policía, propio del modelo absolutista de ejercicio del poder público, el paradigma sobre el que se construyó el régimen jurídico-administrativo fue el de una relación vertical entre la Administración y los individuos, en la cual la primera ostentaba una serie de poderes (potestades exorbitantes) derogatorias del Derecho común –es decir, que no estaban presentes en las relaciones entre los sujetos de Derecho privado– y los segundos eran destinatarios de dichas prerrogativas, pues estaban sometidos a las autoridades. Este paradigma se conservó incluso en el Estado liberal, no obstante, el reconocimiento de derechos individuales (civiles y políticos) a las personas; es decir, a pesar de que, como lo señala Bobbio⁴, se pasó de una concepción organicista a una concepción individualista de la sociedad, en la cual se empezó a observar al ser humano, más que como destinatario de deberes, como titular de derechos. Sin embargo, aún en este escenario se siguió considerando que los ciudadanos estaban subordinados a las autoridades; lo cual pudiera parecer una negación en sí misma de la nueva idea de legitimación del poder político que en aquel momento se impuso, que fue la de la democracia representativa, en virtud de la cual el poder residía en el pueblo y los representantes lo ejercían en nombre de este, pues era el pueblo quien se los confería.

Sin embargo, incluso en el marco de la democracia representativa, parecía que, cuando los sujetos elegían a sus gobernantes se desprendían de una parte importante de sus libertades o derechos, y se estructuraba una relación vertical que ponía por encima a las autoridades. Por lo tanto, si bien la mayoría de los autores sostiene que el Derecho administrativo surgió en gran medida para limitar el poder del Estado, en realidad nació sobre todo como un régimen que perpetuaba el carácter autoritario del ejercicio del poder político, porque justificaba y regulaba el ejercicio de prerrogativas. De hecho,

³ MARÍN 2008, 45-75.

⁴ BOBBIO 2009, 511-517.

hubo en Francia una escuela que consideraba que la razón de ser del Derecho administrativo era el ejercicio de tales potestades por parte de la Administración, de la cual Hauriou fue uno de sus más insignes exponentes⁵. Gordillo (2013) describe esta realidad, indicando que ha sido propio del Derecho administrativo iberoamericano el que todos los países hayan vivido “períodos de oscurantismo autoritario”, de los cuales permanecen secuelas que no han permitido una democratización completa de la Administración⁶.

En Colombia no hemos estado lejos de esta visión autoritaria de la función administrativa y del Derecho que regula la actuación de las autoridades. De hecho, aún se conservan instituciones que constituyen un rezago del modelo jurídico que se estructuró a partir de la idea de la prerrogativa como criterio fundamental de la actividad administrativa, legitimado en el origen democrático de los mandatarios y autoridades delegatarias. En este sentido, perviven normas y figuras que dan cuenta de ello, como, por ejemplo: el beneficio de la decisión previa (*décision préalable*), la presunción de legalidad del acto administrativo, la teoría del funcionario de facto (y la consecuente suposición de la competencia para la emisión de sus actos), la ejecutoriedad del acto administrativo, la imposibilidad de impugnación de los actos administrativos de trámite, el silencio administrativo negativo, la revocación directa oficiosa de los actos administrativos, la falta de control del contenido de los actos administrativos expedidos en ejercicio de potestades discrecionales, el carácter inmotivado de ciertos actos administrativos, como el de libre nombramiento y remoción de empleados públicos, el desbordamiento de la potestad reglamentaria, las reservas al derecho de acceso a la información y a los documentos públicos, las potestades exorbitantes (o excepcionales) y el carácter rogado de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, entre otros. Ahora bien, con el paso del tiempo esta concepción del ejercicio de la autoridad y del Derecho administrativo se ha ido transformando a partir de un proceso de democratización paulatina, cuyos rasgos se explican a continuación.

II. Transparencia y democratización en el ejercicio de la función administrativa: hacia una concepción deliberativa de la democracia

La visión tradicional de la función administrativa como ejercicio de la autoridad y de un régimen jurídico garante de las prerrogativas de los órganos titulares del poder público, ha venido dando paso a una concepción alternativa que condiciona, preponderantemente, la legitimidad democrática de la actividad del Estado a la adecuación de esta a una idea participativa de la democracia, que complementa la clásica concepción representativa, y a una idea sustancial, que valora la validez material de las decisiones emanadas de los órganos públicos y sobre todo, su aptitud para garantizar los derechos de las personas⁷. El entendimiento clásico de la democracia representativa, con

⁵ RIVERO 1953, 33-37.

⁶ GORDILLO 2013, 25-26.

⁷ FERRAJOLI 2010, 80-82.

arreglo al cual las decisiones se presumían legítimas por la sola circunstancia de provenir de los mandatarios, ya no resulta suficiente, pues si, como señala Touraine⁸, la democracia supone el reconocimiento del otro, las autoridades no pueden considerar que ostentan el monopolio de la razón, para tomar sus decisiones, sin darle la oportunidad al pueblo –diverso por naturaleza– de pronunciarse sobre lo que pretende resolverse. En consecuencia, la democracia representativa o indirecta ha debido complementarse con un enfoque dialógico o deliberativo.

La democracia no demanda solo la consideración del origen popular de la potestad de mandar, sino también del procedimiento para la toma de las decisiones; y es a ello a lo que se refiere Bobbio cuando afirma que “[I] a única manera de entenderse cuando se habla de democracia, en cuanto contrapuesta a todas las formas de gobierno autocrático, es considerarla caracterizada por un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen *quién* está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué *procedimientos*”⁹. Sobre esta base, el autor reivindica la necesidad de que el pueblo tenga conocimiento acerca de los actos de quienes ejercen el poder en el sistema democrático, rechazando los peligros del secreto, pues la democracia es para Bobbio ante todo “el gobierno de un poder visible, es decir, el gobierno cuyos actos se realizan ante el público y bajo la supervisión de la opinión pública”¹⁰.

Otro de los fundamentos teóricos de la concepción deliberativa de la democracia es la idea de democracia constitucional defendida por Rawls, para quien se trata de una concepción común de la justicia entendida como imparcialidad, en virtud de la cual el sistema político debe garantizar las libertades básicas de las personas (de conciencia, de opinión, de reunión etc.), y, dentro de ellas, el principio de participación. Este se expresa en la posibilidad de incidir en el debate político, es decir, en la capacidad de los ciudadanos de acceder al foro público; para lo cual se requiere que estén informados sobre los asuntos que pueden afectarlos y que puedan incluso proponer modificaciones a los proyectos de decisión¹¹.

Por lo tanto, desde este enfoque dialógico de la democracia, las personas deben tener la posibilidad de participar en el debate público que precede a la expedición de las decisiones que pueden llegar a afectarlas, pues solo de este modo se garantiza la justicia de aquellas. Siguiendo la línea de Rawls, quien, como acaba de mostrarse, acoge una teoría dialógica, Nino también apoya una visión deliberativa de la democracia, argumentando que solo esta tiene la aptitud de transformar las preferencias de las personas de una manera aceptable en términos morales¹², pues “[s]i todos aquellos que

⁸ TOURAINE 2000, 201-203.

⁹ BOBBIO 2001, 24.

¹⁰ BOBBIO 2013, 27.

¹¹ RAWLS 1995, 213.

¹² NINO 1997, 104.

pueden ser afectados por una decisión han participado en la discusión y han tenido una oportunidad igual de expresar sus intereses y justificar una solución a un conflicto, ésta será muy probablemente imparcial y moralmente correcta siempre que todos la acepten libremente y sin coerción”¹³.

Bajo una perspectiva similar, Habermas y Gargarella defienden una concepción deliberativa de la democracia y son, quizá, los más importantes teóricos de este modelo en la actualidad. El primero de ellos argumenta que el Estado debe permitir en el escenario de lo público la discusión por parte de los ciudadanos, de manera que estos tengan igual oportunidad de formarse una opinión pública; lo que supone la existencia de reglas y procedimientos institucionalizados que posibiliten este diálogo, como, por ejemplo, un deber de las autoridades de mantener informada a la sociedad sobre la cosa política, es decir, sobre los asuntos que les incumben. En otros términos, la inclusión de los ciudadanos en los procesos comunicativos resulta esencial para legitimar las decisiones de las autoridades¹⁴. El segundo de los autores afirma, por su parte, que solo de esta manera se logran decisiones imparciales –admitiendo, en tal sentido, la tesis de Rawls–¹⁵.

En efecto, Gargarella expresa cinco razones para mostrar las ventajas de una concepción deliberativa de la democracia. En primer lugar, señala que la deliberación permite que saquemos a la luz los errores que pueden estar presentes en nuestros juicios, de forma que los demás actúen como filtros de nuestros razonamientos, haciéndonos ver las contradicciones lógicas o las consecuencias de nuestros análisis. En segundo término, indica que el diálogo público nos amplía el horizonte, enriqueciendo así los juicios que hacemos, pues muchas veces no admitimos determinados puntos de vista, porque no nos hemos dado la oportunidad de conocerlos. En tercer lugar, sostiene que la deliberación permite eliminar prejuicios o sesgos que a veces tenemos, por el desconocimiento de los fundamentos en los que se apoyan quienes piensan diferente a nosotros, contribuyendo a que nuestras decisiones sean más imparciales. Como cuarto punto, comenta que la deliberación también obliga en ciertos casos a modificar los argumentos propios, para hacerlos compatibles con la forma de pensar de los demás interlocutores, lo que también favorece la imparcialidad de las decisiones. En quinto lugar, agrega que los procesos deliberativos constituyen una oportunidad de educarse a sí mismo, porque son escenarios para conocer las opiniones de los demás y que, en tal medida, fortalecen la vida en sociedad¹⁶.

Así pues, la democracia deliberativa exige que exista una comunicación activa entre el Estado y la sociedad civil en relación con los temas de interés público, para que se generen escenarios de discusión en los que tanto los ciudadanos como las autoridades tengan la oportunidad de conocer puntos

¹³ *Ibíd.*, 166.

¹⁴ HABERMAS 2010, 363-468.

¹⁵ GARGARELLA 2011, 178.

¹⁶ *Ibíd.*, 178-180.

de vista, de intercambiar argumentos y de lograr decisiones más imparciales. Pero, para que dichos procesos dialógicos se realicen adecuadamente se requiere, como lo explica Habermas, que existan disposiciones institucionales en materia de procedimiento, que permitan la formación de la opinión pública. En tal sentido, puede decirse que la garantía del principio de transparencia se erige como presupuesto esencial para la concreción de la democracia deliberativa, pues dicha transparencia permite que los ciudadanos conozcan los asuntos objeto de decisión, la motivación que los soporta, las condiciones de participación y, en general, los temas asociados a la materia sobre la cual pueden pronunciarse. La transparencia es un principio reconocido de tiempo atrás en el Derecho público, que, comúnmente, se asocia a la publicidad o difusión de la información¹⁷. Sin embargo, como sostiene García Macho, se trata de un “concepto poliédrico” o “concepto comodín”, porque puede referirse o bien a la transparencia de la decisión, del procedimiento, del contenido de la norma o de la responsabilidad; o sea, tiene un carácter polisémico¹⁸.

Es complejo determinar con certeza el momento a partir del cual se generó esta demanda masiva de información, pero se destaca el impacto que ha tenido la globalización en la creación de una “sociedad de la información” o “sociedad del conocimiento”, como producto del uso generalizado de las tecnologías de la información y de las comunicaciones, así como del fácil acceso al conocimiento, propios del nuevo mundo global. La sociedad de la información ha introducido desafíos novedosos para la Administración, que se ven reflejados no solo en las actividades que desarrolla, sino también en el régimen jurídico preponderante –el Derecho administrativo–. En cuanto a lo primero, la conducta de las autoridades se ha tornado cada vez más pública, por la fuerte exigencia social de una mayor transparencia en la actuación de los sujetos que ejercen el poder. La transparencia se ha construido como un principio que obliga a los órganos del Estado a ejecutar su comportamiento con las puertas abiertas a la sociedad, para permitir que la función pública pueda ser controlada. Así, la transparencia ha llegado a ser reconocida como uno de los elementos constitutivos de la buena administración¹⁹. De esta manera, el régimen jurídico ha debido adaptarse al nuevo contexto. Haciendo eco de ello, la democratización de la actividad administrativa se advierte como un fin que el ordenamiento jurídico colombiano busca promover, tal y como pasa a explicarse.

III. La recepción en Colombia de los debates sobre la democracia deliberativa y la transparencia de la función administrativa

La Constitución de 1991 supuso un cambio de paradigma en la concepción de la democracia en Colombia, pues con ella, se hizo tránsito de

¹⁷ CASSAGNE 2016, 400.

¹⁸ GARCÍA MACHO 2010, 8.

¹⁹ ORTÍZ Y ORDOÑEZ, 2018, 185.

una democracia débil o delegativa, en los términos de O'Donnell²⁰, a una democracia participativa, al menos desde un punto de vista nominal. Así, la Constitución de 1991 abandonó la noción de soberanía nacional, propia de la Constitución de 1886, para adoptar un modelo basado en la soberanía popular, donde la participación ciudadana deberá jugar un papel central. Dichos presupuestos quedaron no solo consagrados ampliamente en la parte dogmática del texto constitucional, sino que su influencia es evidente en importantes instituciones e instrumentos de la parte orgánica de la misma constitución.

Desde el preámbulo, la democracia y la participación aparecen como valores a ser fortalecidos. En la misma línea, el artículo primero constitucional define explícitamente a Colombia como una república democrática, además de participativa²¹. Así mismo, el artículo 40 superior consagra como derecho fundamental la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político. En virtud de estas tres dimensiones del derecho a la participación, ha señalado la Corte Constitucional que, “[e]l ciudadano interviene para ordenar, estructurar e integrar el poder político (conformación), para practicar, desplegar o manifestar la titularidad del poder político (ejercicio) y para vigilar, explorar y examinar la gestión de los órganos que expresan institucionalmente el poder político (control)”²².

Sobre el significado de dicho principio– derecho participativo, la Corte Constitucional²³, desde sus primeros pronunciamientos, ha sostenido que este tiene dos características fundamentales. Según la primera, se trata de un principio universal, es decir, la participación compromete variados escenarios, procesos y lugares, tanto públicos como privados. En esta línea, la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y, por tanto, es susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder social. La segunda característica es que se trata de un principio expansivo, a saber, que ha de ampliarse progresivamente, conquistando nuevos espacios y profundizando permanentemente su alcance y vigencia.

A partir de este concepto universal y expansivo de la participación, se ha considerado que esta no solo se limita al ámbito electoral, ni tampoco al momento de la adopción de decisiones de tipo político, pues dicho concepto de participación le ha servido a la Corte Constitucional para afirmar que el sistema constitucional colombiano adopta un modelo de democracia deliberativa²⁴. Este modelo democrático trasciende la visión procedimental de democracia que la concibe como un simple mecanismo de agregación de intereses, donde prevalece la decisión de la mayoría, en desmedro de las

²⁰ O'DONNELL 1994.

²¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991, Art. 1.

²² CORTE CONSTITUCIONAL 2015.

²³ CORTE CONSTITUCIONAL 1994.

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL 2004.

minorías²⁵. En su lugar, el modelo propuesto reivindica la importancia de la deliberación y de la justificación pública de las decisiones como un elemento esencial de la legitimidad democrática. Por consiguiente, se adoptan las teorías de la acción comunicativa, se promueve que las decisiones sean debatidas, sopesadas y conocidas por la ciudadanía, y se exige la efectiva participación de los grupos interesados, incluyendo a las minorías. De esta manera, la participación no solo se limita al momento de adoptar una decisión, sino a los procesos previos a ellos, donde se espera que, a través de un ejercicio de razón práctica, se discuta y se delibere argumentativamente, para, finalmente, adoptar la decisión más adecuada y legítima.

Otro argumento que ha utilizado la Corte Constitucional para afirmar la vigencia del modelo deliberativo de democracia ha sido la relevancia que la Carta le otorga al procedimiento previo a la expedición de las normas jurídicas. En este sentido, debe recordarse que el mismo texto constitucional ha dispuesto como causal de inexecutable de leyes y de actos reformativos de la Constitución a los vicios de procedimiento en su formación²⁶. Teniendo en cuenta esto, la Corte ha "constitucionalizado" varios elementos del procedimiento legislativo, para considerar que su vulneración puede generar la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas en cuestión²⁷. Para justificar su tesis, el alto tribunal ha sostenido que el rigor en el cumplimiento de las fases, requisitos y condiciones del procedimiento legislativo es una garantía de la participación de los implicados a través de sus representantes electos y de una debida deliberación previa a la adopción de la decisión jurídica correspondiente²⁸. En desarrollo de este argumento, aunque no ausente de controversia, el alto tribunal ha llegado a evaluar las circunstancias del debate que han precedido a una reforma constitucional para, incluso, llegar a declararla inexecutable por considerar que estas "afectan seriamente las condiciones necesarias para el adecuado y tranquilo desarrollo del debate [parlamentario]"²⁹.

Sin embargo, llegados a este punto debe recordarse que la relevancia de la participación y de la deliberación no es un asunto que se agote en las instancias políticas tradicionales³⁰. En este sentido, el artículo 2° de la Constitución dispone expresamente como uno de los fines del Estado el de facilitar la participación de todos en las decisiones que nos afectan, incluyendo los aspectos de la vida política, económica, cultural y administrativa de la Nación³¹. Precisamente, en cuanto a este último ámbito, el artículo 209 constitucional dispone que la función administrativa está al servicio de los intereses

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL 2015.

²⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991, Art. 241.

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL 2005.

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL 2002.

²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL 2013.

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL 2015.

³¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991, Art. 2.

generales y se debe desarrollar con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, los cuales tienen una clara conexión con el principio participativo y deliberativo que venimos desarrollando³².

De igual forma, la discusión en torno a la relevancia de la transparencia también tiene lugar en el sistema jurídico colombiano. Como punto de partida, podemos constatar que no existe en nuestro ordenamiento jurídico una concepción unívoca de la transparencia. Si bien esta no está expresamente consagrada en el artículo 209 de la Constitución Política, se le considera un principio de la función administrativa. Sin embargo, las disposiciones normativas que se han encargado de concretar dicho postulado no tienen un contenido común. Así, el artículo 3° (numeral 8°) del CPACA establece que “[e]n virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal”. Bajo esta óptica, transparencia significa publicidad en el ejercicio de la función administrativa. Es la misma acepción contenida en la Ley N° 1712 de 2014, “Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones”, cuyo artículo 3° define la transparencia como el principio que implica la posibilidad de acceder ampliamente a la información pública, salvo las excepciones consagradas en la ley.

Esta ley desarrolla el mandato consagrado en el artículo 74 de la Constitución Política, según el cual “[t]odas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley”. Ahora bien, tal como se señaló, la obligación de difundir la información pública que carece de reserva no ha sido la única forma de concebir el principio de transparencia, pues también se advierte un segundo sentido asignado por el ordenamiento jurídico a este postulado: aquel que consiste en la exigencia de probidad o ausencia de corrupción en el ejercicio de la función administrativa. Sobre este segundo significado puede tomarse como ejemplo la regulación que del principio de transparencia se hace en el artículo 24 de la Ley N° 80 de 1993.

Puede afirmarse entonces que en los últimos años se ha afianzado en el ordenamiento jurídico colombiano la idea que uno de los principales elementos del sistema político es el principio de transparencia, entendido, según uno de sus significados, como la posibilidad de acceder a la información de la cual disponen las autoridades³³. En tal medida, se ha configurado la concepción de que uno de los postulados esenciales de un sistema democrático es la mayor publicidad posible y, de manera consecuente, que el ocultamiento de los datos o el secreto, por parte de los órganos que ejercen el poder, constituyen prácticas indeseables, que deben ser desmontadas, si se preten-

³² Ídem, en Art. 209.

³³ DORIA 2018.

den establecer procedimientos acordes con una concepción deliberativa de la democracia.

IV. El origen y desarrollo del procedimiento administrativo de consulta pública previa a la expedición de reglamentos en Colombia: ¿un procedimiento para la democratización y la transparencia?

Con el objeto de desarrollar algunos de los principios constitucionales mencionados, en el ámbito de la función administrativa, el legislador expidió el CPACA³⁴. Para nuestros efectos, la ley define los principios que la inspiran y que deben servir como parámetros para su interpretación y aplicación de sus disposiciones y, al hacerlo, incluyó expresamente al principio de participación. Al respecto, dispone el Código que en virtud del mismo, “las autoridades promoverán y atenderán las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública”³⁵.

En Colombia este tema no ha sido suficientemente tratado en los manuales de Derecho administrativo³⁶; pues si bien algunos abordan la teoría del acto administrativo y hacen referencia tangencial a los principios que deben orientar el ejercicio de la función administrativa –entre ellos la participación–³⁷, no suelen dedicar parte de su contenido a la forma como la consulta pública previa actúa como mecanismo que potencia la democratización de la actividad administrativa y fortalece el principio de transparencia³⁸. Por tal razón, se justifica formular a continuación algunas observaciones sobre la manera como la consulta pública previa a la expedición de reglamentos se ha desarrollado en el ordenamiento jurídico.

Dentro de las normas que regulan el ejercicio de la función administrativa, tradicionalmente se ha entendido que una de las instituciones que se orientan más directamente a la protección de la participación, la deliberación y el debido proceso, entre otros postulados, ha sido la del procedimiento administrativo. En este sentido, el procedimiento administrativo ha sido doctrinalmente definido, en su concepción más amplia, como “cualquier actividad de la administración encaminada a la adopción de una decisión, a la aplicación de una medida de otro tipo o a la conclusión de un convenio”³⁹. De esta definición resulta destacable el carácter previo con el que se establece a la toma de una decisión por parte de la administración pública. En este

³⁴ Ley N° 1437, de 2011.

³⁵ Ídem, precisamente Art. 3.6.

³⁶ Al respecto, pueden consultarse los dos manuales de Derecho administrativo con más tradición en Colombia: RODRÍGUEZ 2017; VIDAL y MOLINA 2019.

³⁷ ARENAS 2020, 281-294.

³⁸ Una excepción se encuentra en el “Compendio de Derecho administrativo” de SANTOFIMIO 2017, 499-505, que dedica algunas páginas al análisis de la consulta previa en el procedimiento administrativo, pero sin hacer un estudio profundo de su incidencia en la producción reglamentaria.

³⁹ MAURER 2001, 471.

sentido, tanto el CPACA como el código que lo precedió, regulaban un procedimiento general y subsidiario para la expedición de actos administrativos de carácter particular y concreto. Sin embargo, frente a actos administrativos generales y abstractos no se disponía en el Decreto N° 01 de 1984, ni en el CPACA un procedimiento administrativo común y general. En este sentido, era generalizada la interpretación, según la cual, si no existía un procedimiento legalmente establecido para estos efectos, como se establecía, por ejemplo, para acuerdos municipales, ordenanzas departamentales, entre otros, debía entenderse que dichos actos podían expedirse sin ninguna formalidad previa justificándose, exclusivamente, en el cumplimiento de una competencia constitucional o legal.

Sin embargo, como se ha expuesto en otro lugar⁴⁰, con la expedición del CPACA y de forma algo accidental, se ha venido configurando, a nuestro criterio, una especie de procedimiento común y general para actos administrativos de contenido general y abstracto. Dicho procedimiento se ha creado a luz de una norma que *prima facie* pareciera no tener ni la relación ni el alcance suficiente para ello. Se trata del artículo 8 numeral 8 del CPACA, el cual dispone lo siguiente:

“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 general⁴¹.

Como puede apreciarse, la norma transcrita se dirige, en principio, a regular la información que deben brindar las entidades públicas, en particular, en su página electrónica. Sin embargo, en el numeral octavo, se precisa que dentro de la información disponible deben constar “los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten”. A continuación, se señala que la finalidad de ello será el de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas y, por último, que cada entidad determinará el plazo para presentar dichas observaciones, de las cuales deberá dejarse “registro público”. Por lo tanto, puede afirmarse al tenor de la norma descrita que todo proyecto de regulación antes de ser expedido por la autoridad competente deberá ser publicado junto con sus fundamentos durante un plazo definido por la misma entidad. Durante dicho plazo se podrán presentar opiniones, su-

⁴⁰ GÓMEZ VELÁSQUEZ 2017.

⁴¹ LEY N° 1437 de 2011, Art. 8.

gerencias o propuestas alternativas por los ciudadanos, de las cuales se dejará registro y deberán ser consideradas por la entidad al momento de adoptar el acto administrativo, que siempre deberá atender al interés general.

Al respecto, debe advertirse que un procedimiento de consulta con la finalidad del reseñado había venido siendo sugerido para Colombia por distintas instancias. Tanto el Banco Mundial⁴², como la OCDE⁴³ han advertido a los Estados, desde hace algún tiempo, sobre la conveniencia de prever mecanismos de consulta previa a la expedición de reglamentos. Precisamente, esta última institución y en el marco del proceso de ingreso de Colombia a la misma había tenido oportunidad de indagar y conceptuar sobre los mecanismos de participación de los que dispone el país⁴⁴. Al respecto, señaló el grupo de expertos de la OCDE que en Colombia no existe homogeneidad en la manera en que se realizan las consultas públicas, lo cual contrasta marcadamente con la experiencia internacional. Por consiguiente, recomendó “[d]esarrollar e implementar estándares obligatorios sobre el uso de la consulta pública como medio para hacer partícipes a los ciudadanos, las empresas y la sociedad civil en el proceso regulatorio y obtener mejores resultados de política pública”⁴⁵. En cumplimiento de ello, el Consejo Nacional de Política Económica y Social– CONPES expidió el documento 3816, denominado “Mejora Normativa: Análisis de Impacto”, adoptando esta, entre otras de las recomendaciones hechas por la OCE y el Banco Mundial al respecto⁴⁶.

A pesar de lo anterior, tras la promulgación del CPACA no fue mucha la atención que recibió dicha disposición por parte de la rama ejecutiva, sino que fue la judicatura y, en particular, el Consejo de Estado, como órgano de cierre de la especialidad contencioso-administrativa y haciendo una interpretación sistemática y constitucionalizada de la norma, quien ha venido dando el alcance suficiente para crear lo que a nuestros efectos corresponde a un novedoso procedimiento administrativo, público y previo, a la expedición de reglamentos. Tras una serie de fallos de las distintas secciones del alto tribunal⁴⁷, dicha posición jurisprudencial tuvo como hito la emisión del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado identificado con número único 2291 del 14 de septiembre de 2016, con ponencia del consejero Edgar González López.

El mencionado concepto surgió con la consulta elevada por el Ministerio de Justicia y del Derecho en torno al alcance e interpretación del artículo 8.8 del CPACA y, en particular, sobre el concepto de regulación y sobre la competencia para regular lo allí establecido, los cuales eran asuntos que dejaban importantes interrogantes dentro de los mencionados fallos judiciales. Tras

⁴² ISLAM 2003.

⁴³ OCDE 2012.

⁴⁴ CAMPANELLI ESPINDOA, 2018.

⁴⁵ OCDE 2014, 24.

⁴⁶ CONPES 2014, 16.

⁴⁷ CONSEJO DE ESTADO, 2016a, 2016b, 2016c.

una amplia contextualización, tanto nacional como comparada del asunto, la Sala de Consulta parte por adoptar como premisa que “la participación ciudadana mejora la calidad de las normas, pues la participación permite a quienes fijan las políticas públicas y expiden las normas recopilar información que no conocen o no tienen disponible, y así, obtener una mayor evidencia de la necesidad de promulgar o no una norma. Asimismo, la participación le permite a la administración percatarse de dificultades, ineficiencia o soluciones que no se hayan tomado en consideración”⁴⁸.

Frente al primero de los interrogantes, la Sala inicia considerando que no existe una definición legal, doctrinal o jurisprudencial única en torno al concepto de regulación. Al respecto, se constata que hay un concepto amplio que lo equipara con el de una norma jurídica y uno más específico que lo identifica con una forma de intervención en la economía dirigida a alcanzar los fines del Estado, mediante la garantía del derecho a la competencia y la prestación eficiente de los servicios públicos. A pesar de que ambas acepciones han sido adoptadas por la jurisprudencia colombiana, la Sala se decanta por el concepto amplio de regulación, concluyendo que por “proyectos específicos de regulación” deberá entenderse “la propuesta de norma jurídica que pretende ser expedida por la autoridad administrativa en un asunto o materia de su competencia”, es decir, “los proyectos de actos administrativos de contenido general y abstracto”⁴⁹. Por lo tanto, dispone el concepto que no solo estarían comprendidos en dicha definición los actos de carácter reglamentario que expida el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria de que trata el artículo 189.11 Constitucional, sino los de todas las entidades administrativas, siempre que el acto a expedirse tenga carácter general y abstracto.

Frente a la competencia para desarrollar los parámetros del procedimiento de consulta, sostiene la Sala que ello no solo se deriva del mencionado artículo 8.8 del CPACA, sino también de los artículos 2° y 209 de la Constitución Política y del artículo 4° de la Ley N° 489 de 1998⁵⁰. En relación con la posibilidad de regular el plazo ordenado por el artículo 8 del CPACA, afirma que este no puede ser fijado directamente por el Presidente de la República, sino que este podrá establecer únicamente los criterios o parámetros que deben tener en consideración las autoridades administrativas para su determinación⁵¹. Por lo tanto, dicha competencia se encuentra radicada, de forma exclusiva, en cada una de las autoridades administrativas, las cuales deben establecer dicho plazo en una norma jurídica, atendiendo a los criterios establecidos para ello por el Presidente de la República.

⁴⁸ CONSEJO DE ESTADO, 2016d, 59-60.

⁴⁹ *Ibíd.*, 67.

⁵⁰ *Ibíd.*, 66.

⁵¹ *Ibíd.*, 68.

V. El Decreto N° 270 de 2017 y una propuesta interpretativa del proceso de consulta pública y previa a la expedición de reglamentos en pro de la democratización y de la transparencia de la función administrativa

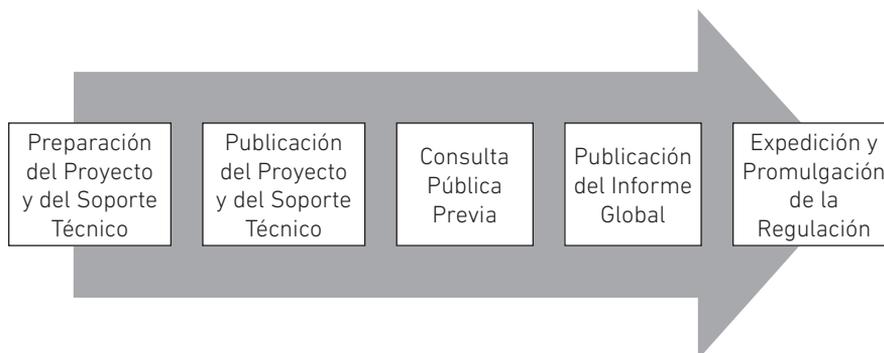
Si bien los conceptos del Consejo de Estado no son de obligatorio cumplimiento, tras la expedición del antes mencionado resulta evidente que el Gobierno se dispuso a darle cumplimiento a lo allí establecido. Al respecto, es necesario advertir que para esa fecha el Gobierno Nacional ya había expedido algunas normas reglamentarias sobre el deber de consulta. Se trata de los artículos 2.1.2.1.13 y 2.1.2.1.14 del Decreto N° 1609 de 2015. Sin embargo, como puede constatarse de su contenido, estas disposiciones resultaban poco claras, imprecisas e insuficientes para concretar el deber de consulta que preveía el artículo 8.8 del CPACA en los términos que lo había precisado el Consejo de Estado.

En consecuencia, el Gobierno Nacional procedió a la redacción y expedición de lo que sería luego, el Decreto N° 270 del 14 de febrero de 2017. Formalmente, por medio de este se modifica y se adiciona el Decreto N° 1081 de 2015, que constituye el Decreto Único Reglamentario de la Presidencia de la República y reglamenta los artículos 3, 4 y 32 de la Ley 489 de 1998, al igual que los artículos 3 y 8 del CPACA, tal y como puede constatarse en sus considerandos. Sobre el contenido del decreto, sea lo primero señalar que este adopta la definición dada por la Sala de Consulta y Servicio Civil sobre “proyecto específico de regulación”, al afirmar que por este debe entenderse todo proyecto de acto administrativo de contenido general y abstracto que pretenda ser expedido por la autoridad competente⁵². En segundo lugar, se establecen como excepciones al deber de consulta pública, las siguientes: (i) cuando se trate de procedimiento 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; (ii) en los casos de reserva o clasificación de la información señalados por la Constitución y la Ley, incluidos los previstos en las leyes N° 1712 de 2014 y N° 1755 de 2015; y (iii) en los demás casos expresamente señalados en la ley.

A continuación, el decreto distingue entre el procedimiento que debe seguirse para la regulación que requiere de la firma del Presidente de la República y la que no. Frente a la primera, es posible identificar un procedimiento administrativo que consta de 5 fases y que se esquematiza en la Ilustración 1. Posterior a ello, se abordarán los principales elementos de las mencionadas fases.

⁵² DECRETO N° 270, 2017. Art. 1°.

Figura 1: Fases del procedimiento para la expedición de reglamentos que requieren la firma del Presidente de la República



Fuente: *Elaboración propia*

Fase 1: Preparación del Proyecto y del Soporte Técnico

En esta fase, el Ministerio o el Departamento Administrativo líder de la regulación deberán preparar el Soporte Técnico de la misma. Este soporte deberá contener como mínimo los antecedentes y las razones de oportunidad y conveniencia que justifican la expedición de la norma; su ámbito de aplicación y los sujetos a quienes va dirigida; un estudio preliminar sobre la viabilidad jurídica de la disposición; un estudio preliminar sobre su posible impacto económico y un estudio preliminar sobre el posible impacto medioambiental o sobre el patrimonio cultural de la Nación, si fuera el caso⁵³. Adicional a ello, si el proyecto establece o regula un trámite, deberá incluirse la Manifestación de Impacto Regulatorio al que se refiere el artículo 39 del Decreto Ley N° 019 de 2012. Junto con el soporte técnico, se preparará el proyecto de regulación que contendrá el respectivo articulado que se propone. Para ello, se deberán tener en cuenta las directrices generales de técnica normativa para proyectos de decretos y resoluciones que establece el Decreto N° 1081 de 2015 en su artículo 2.1.2.1.1 y siguientes.

Fase 2: Publicación del Proyecto de Regulación y del Soporte Técnico

Tanto el proyecto de regulación como el soporte técnico deberán publicarse en el sitio web del Ministerio o del Departamento Administrativo líder. Dicha publicación deberá hacerse en la sección de Transparencia y Acceso a la Información y se hará por un plazo de quince (15) días hábiles⁵⁴.

Fase 3: Consulta Pública Previa

Durante la fase de publicación, los ciudadanos o grupos interesados presentarán por vía electrónica, física o presencial opiniones, sugerencias o

⁵³ Ídem.

⁵⁴ Ídem.

propuestas alternativas a lo dispuesto en el proyecto de regulación. El plazo para su recepción será el mismo de la publicación, es decir y por regla general, de quince (15) días hábiles.

Fase 4: Publicación del Informe Global

Tras la fase de consulta pública y previa, el Ministerio o Departamento Administrativo líder deberá preparar y publicar el Informe Global⁵⁵. Este se compondrá de dos partes: una primera que incluirá la matriz con el resumen de observaciones y comentarios recibidos en la fase de consulta y, una segunda, con la evaluación por categorías que la entidad líder haga de las observaciones y comentarios recibidos. Este informe deberá permanecer como antecedente normativo de la regulación correspondiente y deberá publicarse igualmente en la sección de Transparencia y Acceso de la Información Pública del sitio web de la entidad.

Fase 5: Expedición y promulgación de la regulación

Publicado el Informe Global, el proyecto y sus antecedentes deberán remitirse a la Secretaría Jurídica de Presidencia para su correspondiente revisión. Una vez esta haya sido favorable, se procederá a la suscripción de la regulación por parte del Presidente de la República y de su refrendación por el ministro del ramo correspondiente para proceder a su promulgación.

Finalmente, en cuanto a los demás proyectos de reglamentos que se dispongan a expedir autoridades del orden nacional pero que no requieran de la firma del Presidente de la República, el procedimiento anterior será análogo, contando con las mismas fases y teniendo solo dos variaciones. En primer lugar, en cuanto a la entidad líder que ya no tendrá que ser un Ministerio o Departamento Administrativo, sino la entidad administrativa correspondiente y/o sus dependencias internas. En segundo lugar, frente al plazo de la consulta, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto N° 270 de 2017, cada autoridad determinará los correspondientes períodos, los cuales deberán determinarse “de manera razonable y proporcionada, atendiendo, entre otros criterios, al interés general, al número de artículos, a la naturaleza de los grupos interesados y a la complejidad de la materia regulada”. En efecto, tras la expedición del decreto mencionado han sido significativas las autoridades del orden nacional que han definido dichos plazos a través de sendos actos administrativos, a manera de ejemplo, los Ministerios de Defensa⁵⁶, Transporte⁵⁷ y Minas y Energía⁵⁸. Incluso, en desarrollo de ello, se encuentra en período de pruebas por parte del Departamento Administrativo de Planeación, el Sistema Único de Consulta Pública (Sucop), donde se pretende compilar en un solo

⁵⁵ *Ibíd.*, en su Art. 2.

⁵⁶ RESOLUCIÓN N° 2479, 2017.

⁵⁷ RESOLUCIÓN N° 0994, 2017.

⁵⁸ RESOLUCIÓN N° 1304, 2017.

portal todos los proyectos de regulación que se encuentren sometidos a consulta pública y previa por las entidades del orden nacional⁵⁹.

Del análisis realizado al Decreto N° 270 de 2017 resulta evidente que este constituye un importante avance en la concreción y reglamentación del deber de consulta pública y previa a la expedición de reglamentos que de forma nebulosa había establecido el artículo 8.8 del CPACA. No obstante, conviene precisar que, si bien la figura de la consulta pública puede considerarse una expresión de la garantía del principio democrático, en tanto fomenta la participación de la sociedad y es un canal deliberativo, el carácter no vinculante de las opiniones y, en general, de las observaciones que realizan las personas cuando se les hace dicha consulta, permite concluir que esta institución normativa se mantiene en el seno de la democracia representativa. Lo anterior, debido a que el acto administrativo es expedido por la autoridad, quien a lo que está obligada es a analizar los comentarios hechos por la ciudadanía al proyecto de regulación, y a emitir una respuesta a los mismos, pero no está obligada a acogerlos, pues goza de discrecionalidad para ello. Se evidencia, entonces, cómo la universalización y la expansión del principio participativo previsto en la Constitución⁶⁰ y en otras disposiciones legales y reglamentarias, no implica en nuestro ordenamiento jurídico, necesariamente, la adopción de un modelo de democracia directa, en el que las decisiones sean tomadas –como su denominación lo expresa– directamente por el pueblo. Hecha esta advertencia, se hace necesario armonizar lo establecido en el Decreto con el marco teórico esbozado, al igual que con el parámetro constitucional que le debe inspirar, ya que de su análisis resultan algunas lagunas normativas que consideramos deben completarse de *lege lata*, a partir de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico vigente y con el fin de hacer efectivo, dentro del marco constitucional, el derecho a la participación.

En aplicación de dicho marco teórico, el profesor Javier Barnes ha identificado tres condiciones para que pueda predicarse una mayor legitimidad democrática material a través de un procedimiento administrativo⁶¹. En primer lugar, indica que el legislador debe establecer un procedimiento ampliamente participativo que sirva para “rellenar” el contenido material que la ley deja abierto. La segunda condición consiste en que la participación ha de ser suficientemente representativa e inclusiva; y la tercera, que la participación ha de resolverse en una suerte de “conversación” o “diálogo”. Con estas condiciones en mente, procederemos a proponer algunas interpretaciones a los vacíos evidenciados en el mencionado Decreto.

El primero de estos vacíos se refiere a la aplicabilidad del procedimiento establecido en el Decreto N° 270 de 2017 a las demás autoridades administrativas. Para ello, debe recordarse que el decreto en cuestión modificó y

⁵⁹ <https://www.sucop.gov.co/>

⁶⁰ Arts. 2 y 40.

⁶¹ BARNES, 2018.

adicionó disposiciones del Decreto Reglamentario Único de la Presidencia, a saber, el Decreto N° 1081 de 2015, por lo que podría indagarse si este le es igualmente aplicable a entidades diferentes del sector central de la rama ejecutiva del poder público, es decir, a las autoridades del sector descentralizado por servicios de la misma rama ejecutiva, a las entidades descentralizadas territorialmente y/o a los demás órganos autónomos o independientes como el Banco de la República o la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Al respecto, debe recordarse que la norma que este decreto reglamenta, a saber, el artículo 8.8 del CPACA, tiene como ámbito de aplicación “a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado”, según dispone el artículo 2° de la misma ley. Por lo tanto, debe concluirse que el deber de consulta pública y previa a la expedición de reglamentos se predica, por regla general, de todos los organismos y entidades mencionadas. Por su parte, frente a la aplicación del Decreto N° 270 de 2017 y en ausencia de una ley estatutaria que bien podría regular de forma integral, estructural y completa este asunto, debe afirmarse que, por lo preciso de su alcance, este decreto solo vinculará a las entidades del sector central y descentralizado por servicios de la rama ejecutiva del orden nacional. En consecuencia, los demás organismos y entidades obligados a realizar la consulta pública y previa deberán reglamentar, autónomamente, dicho procedimiento para lo cual podrán utilizar como modelo el establecido en el Decreto en cuestión.

La segunda laguna advertida se refiere al tratamiento que deberá dársele a las opiniones, sugerencias o propuestas alternativas que se reciban de los ciudadanos o asociaciones de estos, en relación con los proyectos de regulación y durante el período de consulta. En este punto debe recordarse que el Decreto N° 270 solo señala que estos se recibirán durante el plazo establecido y que, luego, se compilarán y evaluarán por las autoridades en el denominado Informe Global. Al respecto consideramos que para que este sea un verdadero mecanismo que fomente la deliberación y la transparencia, dichas peticiones respetuosas de los ciudadanos se deben considerar como un ejercicio del derecho fundamental de petición establecido en el artículo 23 constitucional. En este sentido, se debe aplicar a cada una de ellas lo previsto en la Ley Estatutaria 1755 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y, por ende, se les debe dar respuesta clara, eficaz, de fondo, congruente y oportuna⁶², en los términos allí establecidos, so pena de hacer procedente la protección de dicho derecho, a través de la acción de tutela.

Finalmente, es necesario referirnos a los efectos jurídicos que se desprendería de no dar cumplimiento al deber legal de consulta pública y previa a la expedición de un reglamento. Al respecto consideramos que dicha

⁶² CORTE CONSTITUCIONAL, 2014.

situación compromete el elemento de validez del cumplimiento de las formalidades sustanciales del acto administrativo y, por su expedición en forma irregular, se incurriría en causal de nulidad en los términos del artículo 137 del CPACA. Este razonamiento, no solo tendría sustento legal en el artículo mencionado, junto con el 46 de la misma norma, sino en el precedente jurisdiccional que al respecto ha establecido el Consejo de Estado.

Conclusiones

El principio de transparencia es un enunciado normativo que, además de constituir un principio rector de la función administrativa, es un presupuesto para la materialización de la democracia deliberativa. Si esta supone un escenario de discusión de los asuntos que pueden llegar a afectar a los ciudadanos, la condición para que dicho proceso dialógico se dé en condiciones de igualdad y para que se logre, en la medida de lo posible, una decisión más imparcial, es que las personas puedan tener acceso a la información acerca de las materias que serán objeto de análisis. En tal medida, puede afirmarse que sin transparencia no puede haber una real y efectiva participación de la sociedad civil en la discusión sobre lo público.

Con la expedición de la Constitución de 1991 se adoptó un modelo de democracia participativa que irradia todo el ordenamiento. Haciendo eco de ello, la Corte Constitucional, en su calidad de intérprete auténtico de la Constitución, ha sostenido que la participación no debe limitarse al momento de la adopción de decisiones políticas, sino que debe preceder a ellas y expandirse a otros ámbitos como el cultural, el económico y el administrativo. En desarrollo de la participación en este último ámbito es que el Consejo de Estado ha propuesto una interpretación sistemática del artículo 8.8 del CPACA, para sostener que lo allí dispuesto supone el deber de todas las autoridades y entidades administrativas para prever un procedimiento de consulta pública y previa a la expedición de actos regulatorios, entendiendo por estos, a todos actos administrativos de contenido general y abstracto.

Siguiendo con esta propuesta interpretativa, el Gobierno Nacional adoptó recientemente el Decreto N° 270 de 2017, por el cual reglamentó el artículo 8.8 del CPACA, entre otras disposiciones legales. Al hacerlo, el Gobierno diseñó un procedimiento administrativo de consulta que consta de cinco etapas, incluyendo un período de 15 días hábiles para la recepción de observaciones, sugerencias y comentarios por parte de ciudadanos o grupos de interesados. Sin embargo, por el alcance delimitado que prevé el Decreto en cuestión, debe advertirse que este es de aplicación vinculante únicamente para las entidades del sector central y descentralizado por servicios de la rama ejecutiva del orden nacional.

Al respecto, consideramos que para que lo establecido en el Decreto N° 270 de 2017 cumpla con la máxima de instituir un adecuado instrumento de participación y deliberación de la ciudadanía con las autoridades y que este esté acorde con los parámetros constitucionales, es necesario proponer

algunas soluciones a tres posibles lagunas que deja el reglamento. En primer lugar, debe recordarse que, si bien este tiene un alcance limitado frente a las instituciones que vincula, los demás organismos administrativos regulados por el CPACA deberán reglamentar sus propios procedimientos con el fin de dar cumplimiento estricto a la obligación de consulta pública y previa que establece el artículo 8.8 de la ley en cuestión. En segundo lugar, los comentarios, sugerencias y demás propuestas ciudadanas que tengan lugar en el marco del procedimiento de consulta deberán ser tratadas legalmente como el ejercicio del derecho de petición en los términos del artículo 23 de la Constitución, de la Ley N° 1755 de 2015 y demás concordantes. Por último, debe advertirse que incumplir con el procedimiento de consulta previa a la expedición de un reglamento constituye la vulneración a una formalidad sustancial del acto administrativo que compromete su validez en el ordenamiento jurídico.

Finalmente, del recuento y las propuestas realizadas podemos concluir con Santofimio Gamboa que, en los términos del numeral 8 artículo 8° del CPACA, se incorpora en la legislación nacional un interesante procedimiento administrativo de carácter previo a la adopción de decisiones normativas de carácter general, que supone un importante avance en la democracia participativa y la transparencia en materia administrativa⁶³. Ahora, le corresponde a las entidades y organismos administrativos implementar de forma generalizada, rigurosa y efectiva este novedoso mecanismo de consulta pública y previa que, en nuestro sentir, contribuirá significativamente al cambio de paradigma en el ejercicio de la autoridad y del poder público en el ámbito administrativo.

Bibliografía citada

- ARENAS, H. (2020). *Derecho administrativo*. Bogotá, Legis, 524 pp.
- BARNES, J. (2018). Buena administración, principio democrático y procedimiento administrativo. *Revista Digital de Derecho Administrativo* 21, pp. 77-123.
- BOBBIO, N. (2001). *El futuro de la democracia*. México, Fondo de Cultura Económica, 3ª ed., 214 pp.
- BOBBIO, N. (2009). *Teoría general de la política*. Madrid, Trotta, 3ª ed., 784 pp.
- BOBBIO, N. (2013). *Democracia y secreto*. México, Fondo de Cultura Económica, 75 pp.
- CAMPANELLI ESPINDOLA, M. J. (2018). El derecho administrativo tradicional en el Estado post-moderno: globalización, buena administración y supranacionalidad. (El caso OCDE-Colombia). *Revista Digital de Derecho Administrativo* 21, pp. 201-2019.
- CASSAGNE, J. (2016). *Los grandes principios del Derecho Público (constitucional y administrativo)*. Madrid, Reus, 536 pp.
- CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL - CONPES (2014). Documento CONPES 3816: Mejora Normativa: Análisis de Impacto. Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3816.pdf> [Fecha de consulta: 10 abril 2020].
- DORIA, J. (2018). La adopción de buenas prácticas administrativas en los sectores público y privado como estrategia de prevención de actos de corrupción. *Revista Digital de Derecho Administrativo* 21, pp. 429-450.

⁶³ SANTOFIMIO 2017, 505.

- DUGUIT (1975). *Las transformaciones del Derecho (público y privado)*. Buenos Aires, Helias-ta, 536 pp.
- FERRAJOLI, L. (2010). *Democracia y garantismo*. Madrid, Trotta, 2ª ed., 376 pp.
- GARCÍA MACHO, R. (2010). Presentación. En: GARCÍA MACHO, R. [ed.], *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid, Marcial Pons, pp. 7-10.
- GARGARELLA, R. (2011). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito, Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 297 pp.
- GÓMEZ VELÁSQUEZ, A. (2017). El deber de consulta pública previa a la expedición de reglamentos en el régimen jurídico colombiano. *Revista Derecho del Estado*, 38, pp. 97-125.
- GORDILLO, A. (2013). *Tratado de Derecho administrativo y obras selectas. Teoría general del derecho administrativo*. Buenos Aires, Fundación de Derecho administrativo, T 8, 578 pp.
- HABERMAS, J. (2010). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid, Trotta, 6ª ed., 696 pp.
- ISLAM, R. (2003). *Do more transparent Government Govern Better?*. Washington, D.C, World Bank, 48 pp.
- MARIN, F. (2008). *Público y privado. Estudio sobre las transformaciones del Derecho, del Estado y de la empresa*. Bogotá, Temis, 41 pp.
- MAURER, H. (2011). *Derecho Administrativo*. Parte general. Madrid, Marcial Pons, 17ª ed., 552 pp.
- MONSALVE, A. (2004). *Soberanía, legitimidad y legitimación. Teorías filosóficas y políticas*. Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 380 pp.
- NINO, C. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona, Gedisa, 303 pp.
- O'DONNELL, G. (1994). Delegative Democracy. *Journal of Democracy*, 5(1), pp. 55-69.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO - OECD (2014). *Estudio de la OCDE sobre la política regulatoria en Colombia: más allá de la simplificación administrativa*. París, OECD Publishing, 207 pp.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO - OECD (2012). *Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria*. París, OECD Publishing, 16 pp.
- RAWLS, J. (1995). *Teoría de la justicia*. México, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., 549 pp.
- RIVERO, J. (1953). ¿Existe un criterio de derecho administrativo? En: RODRÍGUEZ, L. (2002). [coord.], *Páginas de Derecho administrativo*. Bogotá, Temis, Universidad del Rosario, 248 pp.
- RODRÍGUEZ, L. (2017). *Derecho administrativo. General y colombiano*. Bogotá, Temis, 20ª ed., 1232 pp.
- SANTOFIMIO, J. (2017). *Compendio de Derecho administrativo*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1305 pp.
- TOURAINÉ, A. (2000). *¿Qué es la democracia?*. México, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., 309 pp.
- VIDAL, J. y MOLINA, C. (2019). *Derecho administrativo*. Bogotá, Legis, 15ª ed., 678 pp.

Normas citadas

- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [CPACA]. Ley 1437 de 2011, 18 de enero, 2011. D.O No. 47.956 (Colombia)
- Constitución Política de Colombia [Const.] (20, julio, 1991). [en línea]. Gaceta Constitucional No. 116.
- Decreto N° 01 de 1984 [Con fuerza de ley]. Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo. 2 de enero, 1984. D O. No. 36.439.

Jurisprudencia citada

- Sentencia C-089/1994. Corte Constitucional.
- Sentencia C-1190/2001. Corte Constitucional.

- Sentencia C-179/2002. Corte Constitucional
Sentencia C-668/2004. Corte Constitucional.
Sentencia C-1043/2005. Corte Constitucional.
Sentencia C-740/2013. Corte Constitucional.
Sentencia C-951/2014. Corte Constitucional.
Sentencia C-150/2015. Corte Constitucional.
Sentencia del 4 de febrero de 2016. Consejo de Estado (2016a), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P: Guillermo Vargas Ayala., Rad: 11001-0324-000-2010-00329-00.
Auto del 15 de febrero de 2016. Consejo de Estado (2016b), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas., Rad: 11001-03-27-000-2016-00008-00.