



Revista Derecho del Estado

ISSN: 0122-9893

derechodeestado@uexternado.edu.co

Universidad Externado de Colombia

Colombia

Leiva Ramírez, Eric

Las paradojas de las políticas centralistas en relación con la autonomía de las entidades territoriales en Colombia

Revista Derecho del Estado, núm. 35, julio-diciembre, 2015, pp. 41-63

Universidad Externado de Colombia

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337643091003>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Las *paradojas* de las políticas centralistas en relación con la autonomía de las entidades territoriales en Colombia**

The *paradoxes* of the centralist politics with relations to autonomy of the local authorities in Colombia

SUMARIO

Introducción. I. La descentralización y la autonomía territorial y administrativa en la Asamblea Nacional Constituyente. II. La corrupción como argumento en contra de la autonomía político-administrativa. II. ¿Por qué reformar la distribución de las regalías? IV. Paradojas de la política centralista. 1. El proyecto de reforma al Código Penitenciario y Carcelario: entrega de responsabilidades a las entidades territoriales. 2. La Ley de Víctimas y Restitución de Tierras: políticas de Estado con recursos de entidades territoriales. Conclusiones.

RESUMEN

El proceso de descentralización territorial que pretendía la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 se ha visto truncado por las políticas adoptadas por gobiernos centralistas a través de reformas constitucionales y de los desarrollos normativos de estas. La adopción de las políticas centralistas ha tenido como principal argumento la corrupción de los entes territoriales y la científicidad

* Abogado y magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Libre (Colombia). Doctorando en Derecho de la Universidad de Los Andes (Colombia). Doctorando internacional en Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Docente e investigador universitario en la Universidad de Los Andes (Colombia) y la Universidad La Gran Colombia (Colombia). Contacto: ea.leiva60@uniandes.edu.co - eric.leiva@ugc.edu.co - Eric.Leiva@alu.uclm.es

** Recibido el: 21 de julio de 2015, aprobado el: 12 de octubre de 2015.

Para citar el artículo: E. LEIVA RAMÍREZ, Las *paradojas* de las políticas centralistas en relación con la autonomía de las entidades territoriales en Colombia, *Derecho del Estado* n.º 35, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre de 2015, pp. 41-63. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01229893.n35.03>

El presente documento es un artículo de reflexión producto del proyecto de investigación “Responsabilidad estatal y democracia” realizado como pasante en la Facultad de Ciencias Jurídicas (Grupo de Derecho Administrativo) de la Universidad de Castilla-La Mancha (España).

del Gobierno nacional en el manejo de los recursos. No obstante, la realidad de los entes territoriales ha demostrado que las políticas centralistas no contribuyen al mejoramiento de sus condiciones políticas y económicas. Esto ha generado una seria reducción de la autonomía administrativa y política que deberían tener los entes territoriales según los parámetros originales de la Constitución Política, lo que ha fortalecido el rezago económico y administrativo que tenían dichos entes con anterioridad a la Constitución Política de 1991.

PALABRAS CLAVE

Descentralización territorial, autonomía administrativa, corrupción, centralización política, república unitaria.

ABSTRACT

The territorial decentralization process approach for the National Constituent Assembly of 1991 has been truncated by the centralist policies adopted by governments through constitutional reforms and regulatory developments of these. To do this, the adoption of the centralist policies have taken as argument, the corruption of local authorities and the scientific of the national government in the management of resources. However, the reality of local authorities has shown that the centralist policies do not contribute to the improvement of its political and economic conditions. This has created a serious reduction of administrative autonomy and political that local authorities should have according to the original parameters of the Constitution. This has been strengthening the backwardness economic and administrative that local authorities had before the Political Constitution of 1991.

KEYWORDS

Territorial decentralization, administrative autonomy, corruption, political centralization, Unitary Republic.

INTRODUCCIÓN

Pareciera ser que el carácter de unitario consagrado en el ordenamiento jurídico colombiano desde la Constitución Nacional de 1886 desconoce la relación que existe entre el ser social y su territorio, lo que se ve reflejado en las diferentes disposiciones normativas que no son acordes con las necesidades y expectativas que afrontan las diferentes comunidades que habitan el vasto

territorio colombiano, lleno de matices geográficos que influencian y determinan la idiosincrasia de cada grupo social que hay en Colombia¹. Contrario a lo que pensaba la Regeneración, la sociedad colombiana será todo, menos uniforme, y sin embargo las autoridades públicas no tienen presente este elemento al momento de crear normas jurídicas y políticas públicas:

Desde hace más de un siglo existe el erróneo convencimiento de que la estructura institucional está terminada y que el país está aprovisionado cultural e intencionalmente para enfrentar los retos que le impone el desarrollo, y qué gran equivocación, no se conoce el territorio ni su utilidad; tampoco existe claridad sobre cómo relacionarse con el entorno, no sabemos quiénes somos ni cómo pensamos; no comprendemos que el territorio, junto con los seres humanos, forman una sola entidad y que ello forma una nación.

El sentimiento de que la historia real del territorio colombiano, su configuración, incluso su violencia, es regional y no central, lo tienen la mayoría de los colombianos. Existe la certeza de que todo nace de forma mágica de las constituciones y las leyes como si no fuera lo contrario; primero el ser humano, luego el territorio, después la relación entre estos dos, y, posteriormente, las instituciones y las leyes que fijan las reglas del juego para estabilizar dichas relaciones en el tiempo y para que tengan una fuerza vinculante.

Este era un país de regiones independientes e introvertidas, la vida de los abuelos y tal vez la infancia de nuestros padres, se dio orgullosamente en la región, en torno a lo cotidiano de la vida social, económica y cultural de la provincia. No obstante, lo que constatamos los millones de habitantes de provincia es que se formulan políticas, se toman decisiones y se fusiona en el centro como si no existieran regiones, como si el país fuera una tabla rasa y homogénea, es ahí en la reivindicación de la historia, donde se encuentra el punto crucial para el despegue de la República.

Hoy se tiene la oportunidad de reivindicar los temas territoriales a través de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, de los instrumentos descentralizadores y, sobre todo, de la integración entre regiones y de la autonomía territorial. Sólo de esa manera podemos construir el futuro de la Nación colombiana².

Ante las dificultades que afrontan las distintas entidades territoriales, el Estado colombiano tiene razones suficientes para seguir en el camino del

1 SANTAELLA LÓPEZ, MANUEL. *Montesquieu: El legislador y el arte de legislar*. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid. 1995, pp. 178-181.

2 GAVIRIA CORREA, GUILLERMO. *La Ley Orgánica de Ordenamiento territorial, La Descentralización y la Autonomía de las Entidades Territoriales*, pp. 65 y 66. En: <http://www.sogecol.edu.co/documentos/3lalo.pdf> Consultado el 12 de diciembre de 2013.

fortalecimiento de una autonomía regional, en vez de seguir manteniendo una inflexible concepción de Estado unitario con centralismo legislativo, judicial –y en cierta forma, administrativo–, postura que defiende un sector de la doctrina iuspublicista colombiana³.

Con el presente documento se pretende demostrar cómo, a pesar de la voluntad del Constituyente de 1991 de creer en los territorios locales al buscar concederles una mayor autonomía presupuestal, política y administrativa, los desarrollos normativos y las modificaciones legislativas (actos legislativos y leyes) han ido en contravía de este principio constitucional⁴, empleando como justificación la corrupción y el uso inapropiado que se ha hecho de ciertos ingresos, especialmente aquellos provenientes de *fuentes exógenas* como las regalías⁵.

Para llevar el mencionado objetivo ello, se mencionarán brevemente algunos de los aspectos abordados por la Asamblea Nacional Constituyente en materia de ordenamiento territorial, en concreto, el modelo de organización político-administrativa que se adoptó para el Estado colombiano, para luego contrastarlo con los desarrollos normativos posteriores, especialmente, los que comprenden la reforma al Sistema de Regalías, la adopción de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras y el proyecto de ley que reforma el Código Penitenciario y Carcelario.

3 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, LIBARDO. Derecho administrativo general y colombiano. Décimocuarta edición. Temis. Bogotá. 2013, p. 72. En el mismo sentido, VIDAL PERDOMO, JAIME. *Derecho Constitucional general e Instituciones Políticas colombianas*. 9.^a ed. Legis. Bogotá. 2005, pp. 182 y 183. Precisamente sobre este aspecto, VIDAL PERDOMO considera que el modelo regional en Colombia tiene como ejemplo los departamentos, los cuales son producto de un proceso histórico y cultural que tuvieron presente los legisladores al momento de su creación: JAIME VIDAL PERDOMO. *La región en la organización territorial del Estado*. Universidad del Rosario. Bogotá. 2001, pp. 17 y 18. La anterior afirmación es fácilmente controvertible si se tiene en cuenta que los departamentos al momento de su creación no atendieron a criterios sociológicos, sino de conveniencia política. Sobre el particular, LEIVA RAMÍREZ, ERIC y FORTICH PACHECO, FERNÁN. El ordenamiento territorial según la constitución política de 1991: ¿república unitaria o estado región? *Estudios en Derecho y Gobierno*, junio de 2009: 2(1). En: http://porta-lweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/54_2946_edgyv2n12009fortich-.pdf Consultado el 23 de febrero de 2015. Es importante resaltar que para VIDAL PERDOMO el Estado región es sinónimo de autonomía presupuestal y administrativa para las entidades territoriales, sin que gocen de funciones legislativas y judiciales; nada diferente a lo establecido por LIBARDO RODRÍGUEZ y demás pensadores de la escuela mayoritaria y que resumen bajo el concepto de centralización política y descentralización administrativa.

4 Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992. M.P.: Ciro Angarita Barón.

5 Sobre el concepto de fuentes exógenas y endógenas ver LOZANO RODRÍGUEZ, ELEONORA. En defensa de la descentralización territorial desde la perspectiva de las finanzas públicas. En: ALVIAR GARCÍA, HELENA. *Manual de Derecho Administrativo*. Temis, Universidad de Los Andes. Bogotá. 2009, pp. 152 a 155.

I. LA DESCENTRALIZACIÓN Y LA AUTONOMÍA TERRITORIAL Y ADMINISTRATIVA EN LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

Los debates que tuvieron lugar en el marco del proceso constituyente de 1991 apuntaban en distintas direcciones. A ellos concurrieron partidarios de la unidad con una mayor descentralización y autonomía, partidarios de la regionalización como modelo territorial intermedio, y algunos defensores del modelo federal⁶. El resultado final fue una Constitución que reitera el modelo unitario, pero que introduce fórmulas que pueden permitir el desarrollo de la descentralización en todos sus componentes o bien el retroceso por la aplicación de medidas centralistas a las unidades político-administrativas. Los debates y las contradicciones se releen en el texto constitucional. En efecto, según el artículo 1.^º de la Constitución de 1991, el Estado colombiano se organiza en forma de República unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales, fórmula de compromiso con la que el Constituyente de 1991 pretendió dejar satisfechas a las diversas tendencias presentes durante el proceso de redacción de la Carta Política, donde hubo partidarios de la regionalización, defensores de los departamentos y quienes querían revivir las provincias⁷. Sobre el particular se coincide con lo expuesto por Becerra:

La cuestión territorial dio lugar a uno de los más enconados y contradictorios debates en la Asamblea Nacional Constituyente. En ningún otro aspecto fue tan notoria la anarquía de las propuestas, de las discusiones y de las votaciones. El tema se fue abriendo paso con dificultad y en medio de gran controversia y sin verdaderas decisiones que permitieran solucionar las distintas tendencias, se llegó por fin a un articulado de compromiso, en el que no hubo vencedores ni vencidos y en donde, por tanto, la política fue la de procurar dar a todos satisfacción. El “modelo” adoptado, si pudiera llamarse así, carece de definición, de hilo conductor, de pensamiento rector que permita precisarlo. Impulsados por una especie de cortesía constitucional los constituyentes se hicieron concesiones mutuas que a todos les permitieron incluir artículos o al menos fragmentos de artículo en la normatividad que finalmente fue aprobada⁸.

6 Asamblea Nacional Constituyente. *Gaceta Constitucional* n.^º 32, 14 de abril de 1991.

7 En opinión de JAIME CASTRO, la decisión de la Asamblea Constituyente de no optar por una concreta colectividad territorial intermedia fue desafortunada, porque “es claro que en el país sólo hay espacio institucional, político, fiscal y administrativo para una entidad territorial intermedia: la Provincia, el Departamento o la Región. No caben simultáneamente las tres”. CASTRO, JAIME. *La cuestión territorial*. Segunda edición. Editorial Oveja Negra. Bogotá. 2003, p. 41.

8 HERNÁNDEZ BECERRA, AUGUSTO. *Ordenamiento y desarreglo territorial en Colombia*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2001, pp. 92 y 93.

La Constitución Política de Colombia de 1991, aunque dedica su Título XI de manera exclusiva a la organización territorial, no perfila un concreto modelo de Estado, quizás porque la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 optó por remitir la regulación de las cuestiones clave a una futura ley orgánica. Pese a la existencia de este título, el análisis de la estructura territorial colombiana debe partir del artículo 1.º constitucional. Los términos en los que se encuentra redactado dicho precepto inducen a cierta confusión, pudiendo interpretarse que el Constituyente apostó por una verdadera descentralización territorial del poder político. Sin embargo, el concepto de “República unitaria”, incompatible con el de autonomía política⁹, despeja cualquier duda al respecto, por cuanto su uso confirma que la Norma Fundamental, pese a las novedades introducidas en el sistema constitucional colombiano, ha optado por mantener para Colombia la forma de Estado unitario, adoptada por la anterior Carta Política de 1886.

Por lo anterior, la única descentralización que tiene cabida en el actual marco constitucional es una de tipo administrativo que se encuentra articulada básicamente en la parte orgánica del Texto Superior en el artículo 286 que consagra la división político-administrativa del Estado en cuatro niveles territoriales: los departamentos¹⁰, los distritos, los municipios¹¹ y los territorios indígenas¹²; y, eventualmente, la posibilidad de configuración *a posteriori*.

9 PEREIRA MENAUT, ANTONIO-CARLOS y MARTÍNEZ ARIBAS, FERNANDO. En: Mendoza Martelo, Gabriel Eduardo *et al. Una mirada a las regiones desde la justicia constitucional*. Corte Constitucional, Universidad del Rosario. Bogotá. 2013, p. 61. Sin embargo, para la Corte Constitucional, República unitaria y autonomía son completamente compatibles. Sobre el particular ver Corte Constitucional. Sentencias C-126 de 1993. M.P.: Antonio Barrera Carbonell, y C-535 de 1996. M.P.: Alejandro Martínez Caballero. En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha optado por emplear el término de Unidad estatal, el cual no dista del concepto de República unitaria: Corte Constitucional. Auto 383 de 2010. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

10 Constitución Política, art. 298. Colombia se subdividide político-administrativamente en 32 departamentos. Acerca del fortalecimiento de los departamentos con la expedición de la Constitución de 1991, ver Corte Constitucional. Sentencia C-295 de 1995. M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

11 Ibíd., art. 311 y art. 1.º de la Ley 136 de 1994. Sobre el papel del municipio en el Estado social de Derecho ver Corte Constitucional. Sentencia C-506 de 1995. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Según el informe de Clasificación de Municipios de Colombia del DANE elaborado en el año 2010, en Colombia hay 1.012 municipios con información completa y 113 con información incompleta, para un total de 1.115 municipios. Departamento Nacional de Estadística, DANE. Clasificación de Municipios de Colombia – Informe metodológico, Bogotá, abril de 2010. En: http://www.dane.gov.co/estadisticas/images/a/ad/ClasificacionMunicipiosV12_.pdf Consultado el 20 de diciembre de 2014.

12 Las entidades territoriales indígenas (art. 286 C.P.) todavía están pendientes de regulación por la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (art. 329 C.P.), pues la Ley 1454 de 2011 no estableció nada sobre este asunto, al punto que la jurisprudencia constitucional consideró

teriori de dos nuevos niveles de gobierno descentralizado: las provincias¹³ y las regiones¹⁴, según los parámetros establecidos en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial.

En concordancia con lo anterior, el principio de autonomía también se desarrolla en el artículo 287 de la Carta Política, cuando al definir los caracteres de las entidades territoriales no solo les atribuye competencias propias, que son de la esencia de su autonomía, sino que afirma derechos y consagra poderes exigibles y oponibles a las autoridades de los niveles superiores, lo que indudablemente supone un cambio cualitativo en la concepción de estos entes. Entre esos derechos se destacan como fundamentales: el de gobernarse por autoridades propias, lo cual implica la ruptura de las tradicionales tutelas jerárquicas; la atribución de competencias propias, atendiendo los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad (art. 288 C.P.); el manejo independiente de sus recursos, y la facultad de establecer tributos con destino al cumplimiento de sus cometidos, y de participar en las rentas nacionales.

En concordancia con lo referenciado, es posible afirmar que una forma concreta de autonomía política fue la ratificación por el Constituyente Primario de la elección mediante el sufragio universal de alcaldes (art. 311) y gobernadores (art. 303). Por ello, el poder municipal (a partir del Acto Legislativo 01 de 1986), como el departamental (con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991), se legitimó mediante el voto popular tanto para la elección de autoridades individuales (alcaldes y gobernadores) como

que se presentó una omisión legislativa absoluta. Ver Corte Constitucional. Sentencia C-489 de 2012. M.P.: Adriana María Guillén Arango.

13 Las provincias, conforme al artículo 321 C.P., serán creadas por ordenanza, a iniciativa del gobernador, de los alcaldes de los respectivos municipios o del número de ciudadanos que determine la ley.

Obsérvese que la norma constitucional consagra suficientes criterios para la creación de provincias como entidades territoriales. Sin embargo, al dejar una reglamentación adicional en manos del legislador, esto llevó a que la Ley de Ordenamiento Territorial les diese a las provincias el carácter de provincias administrativas y de planificación (art. 16), pero no como entidad territorial, al punto de que en ningún caso estas podrán constituir circunscripción electoral especial dentro de la división político administrativa territorial del país, ni su financiamiento se hará con cargo al Presupuesto General de la Nación, ni al Sistema General de Participaciones, ni al Sistema General de Regalías.

14 Las regiones podrán constituirse en entidad territorial de acuerdo con las condiciones que la ley orgánica determine, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial (Ley 1454 de 2011, art. 19). Sin embargo, con la actual regulación normativa, las regiones –aun cuando eventualmente se les conceda el carácter de entidades territoriales– no pasarián de ser modalidades de descentralización administrativa de carácter territorial, por lo que sería equivocado declarar a Colombia como un Estado regional por la simple mención de la palabra región dentro de la lista de entidades territoriales relacionadas en el artículo 286 C.P.

de autoridades colegiadas (concejos municipales y asambleas departamentales), quedando niveladas en cuanto a su origen y legitimación.

Es por lo anterior que la elección regional y local de estas autoridades significó una ruptura de la relación de dependencia, subordinación o superioridad jerárquica con respecto a la primera autoridad administrativa del Estado, sobre todo en cuanto a la relación de vinculación jerárquica entre el Presidente de la República y los gobernadores, alcaldes distritales (capital y especiales) y municipales, salvo algunas excepciones¹⁵. Adicionalmente, la elección popular de las autoridades regionales y locales¹⁶ trajo como consecuencia la recuperación de la credibilidad del pueblo en sus propios representantes o dirigentes seccionales y locales que se había perdido con la sola elección de dignatarios (Presidente de la República) o legisladores (senadores y representantes a la Cámara), los cuales, pese a ser elegidos popularmente, con frecuencia no representaban los intereses y derechos de su electorado¹⁷.

En consecuencia, a partir de la Constitución de 1991 aparentemente se potencia el paradigma de la descentralización administrativa y se ingresa con bases sólidas en la descentralización de tipo político y electivo de las autoridades unipersonales y colectivas en el ámbito departamental, distrital y municipal.

No obstante, si la centralización política se proyecta como la concentración exclusiva de la función legislativa en el nivel central de gobierno, único legitimado para adoptar leyes con vigencia para todo el espacio geográfico nacional, significa que las entidades territoriales carecen de potestad legislativa, lo que trae consigo que solo sea susceptible de descentralización la gestión o ejecución administrativa. Por ende, la autonomía territorial de los

15 Dentro de las excepciones que quiebran el principio constitucional de la independencia de las autoridades seccionales y locales ganada por la legitimación del poder, a través del voto popular están: a) En materia de orden público, el Presidente es superior jerárquico de los alcaldes y los gobernadores (arts. 303 y 315 C.P.), y el gobernador lo es de los alcaldes municipales (art. 315, lit. b C.P.). En materia disciplinaria, el Presidente puede destituir y suspender a los gobernadores y alcaldes distritales previa decisión judicial, fiscal o disciplinaria. Y, el gobernador podrá obrar de la misma forma y por las mismas causales en relación con los alcaldes municipales que se encuentren dentro de su jurisdicción administrativa (art. 314, num. 2 C.P.).

16 Para el caso de los alcaldes y gobernadores, pues los concejales y diputados han sido escogidos por voto popular.

17 VIDAL PERDOMO, JAIME. *Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas*. Novena edición. Legis. Bogotá. 2005, p. 70. En el mismo sentido, GARGARELLA sostiene que la idea de que el Parlamento refleje la sociedad en alguna medida es cada vez menos plausible en un momento en que un único representante o un único partido no consigue representar en bloque las preferencias de sus lectores. Ver GARGARELLA, ROBERTO. Full Representation, Deliberation, and Impartiality. En: ELSTER JON. *Deliberative Democracy*. Cambridge University Press. Cambridge. 1998, pp. 260 a 280.

municipios, departamentos y distritos supone, según el artículo 287 C.P., la capacidad de gestionar los intereses propios y, por tanto, la potestad de expedir normas jurídicas con un carácter meramente reglamentario de conformidad con la naturaleza administrativa –y no política– de su autonomía, siempre en el respeto de los mandatos superiores de la Constitución y la ley¹⁸.

De ahí que la normativa expedida territorialmente en ejercicio de las competencias atribuidas a las entidades territoriales no solamente está sujeta a la Constitución, sino que también debe enmarcarse dentro de los parámetros de la legislación nacional. Ahora bien, el legislador estatal no puede establecer reglas que vacíen la competencia de las entidades territoriales consagrada en el artículo 287 C.P., esto es, el Congreso de la República no puede, so pretexto de diseñar el régimen de ordenamiento territorial, dictar normas que restrinjan o lesionen la autonomía territorial hasta el punto de que la capacidad para gestionar los intereses de las entidades territoriales llegue a ser simplemente nominal o formal, desnaturizando la esencia de esta. Sin embargo, el desarrollo legislativo –y en ocasiones, constitucional– demuestra todo lo contrario, sumado a que el propio articulado constitucional ofrece una regulación bastante restrictiva de la autonomía¹⁹, aproximando el modelo territorial colombiano más a un estándar de desconcentración²⁰ –parecido al existente en la Constitución de 1886– que a uno de descentralización administrativa con autonomía.

18 Ver Corte Constitucional. Sentencia C-216 de 28 de abril de 1994. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

19 Sostiene ZULUAGA: “fue el propio Constituyente el que se encargó de dejar carente de contenido la noción de autonomía que intentó articular en los arts. 1.º y 287 de la Carta Política, con la consecuencia de que una regulación tan estrecha, difícilmente hubiera podido encontrar desarrollos constitucionales que ampliaran la vía de la autonomía en Colombia. Es decir, en cierta manera fue el Constituyente el que recortó los márgenes de maniobra del legislador”: ZULUAGA GIL, RICARDO. *¿Autonomía o desconcentración?: el laberinto de las entidades territoriales en Colombia*. En: GARCÍA RUIZ, J. LUIS y GIRÓN REGUERA, EMILIA. *Estudios sobre descentralización territorial: el caso particular de Colombia*. Agencia Andaluza de Cooperación Internacional, Universidad de Cádiz, Universidad Libre de Colombia. Cádiz. 2006, p. 197.

20 Sobre la desconcentración menciona LIBARDO RODRÍGUEZ: “Es la primera limitación que encontramos a la centralización absoluta. De acuerdo con el artículo 8.º de la ley 489 de 1998 ‘es la radicación de competencias y funciones ubicadas en dependencias ubicadas fuera de la sede principal del organismo o entidad administrativa, sin perjuicio de las potestades y deberes de orientación e instrucción que corresponde ejercer a los jefes superiores de la administración’. Es decir, que a pesar de que las funciones continúan monopolizadas por las entidades centrales, algunas funciones son desempeñadas por agentes de aquellas, que se desplazan físicamente a las diversas partes del territorio, dada la imposibilidad o inconvenientes de ejercerlas desde la capital. Si bien pueden tomar algunas decisiones, lo hacen en nombre de la entidad central y no de la colectividad seccional donde ejercen la función”: ob. cit., pp. 67 y 68.

II. LA CORRUPCIÓN COMO ARGUMENTO EN CONTRA DE LA AUTONOMÍA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA

Antes de buscar brindar una respuesta al interrogante planteado, es importante realizar una aclaración en relación con la importancia de la ejecución de los supuestos constitucionales. En efecto, existen juristas que consideran irrelevante el que las disposiciones constitucionales tengan realización –eficacia jurídica–, razón por la cual la voluntad constituyente reflejada en una Constitución carece de sentido, pues creer en que las normas jurídicas, los principios y los valores son elementos necesarios para alcanzar la paz y el bienestar social solo reflejaría un *sonambulismo* de aquel que confía *ciegamente* en el sistema normativo²¹. Sin embargo, dicha postura no será la acogida en la redacción del presente documento. Al contrario, se adoptará la postura expuesta por Thurman Arnold frente a los realistas que se atreven a condenar de *infantiles* a quienes creen en los principios y normas jurídicas²².

Una Constitución no solo tiene carácter normativo, sino que es una norma jurídica fundamental en la estructuración de un Estado. Sobre el particular y citando al tradicional pero vigente Kelsen:

A través de las múltiples transformaciones que ha sufrido, la noción de Constitución ha conservado un núcleo permanente: la idea de un principio supremo que determina por entero el ordenamiento estatal y la esencia de la comunidad

21 Esta postura es la adoptada por JEROME FRANK y citada por TRÍAS MONGE, JOSÉ. *Teoría de la adjudicación*. Universidad de Puerto Rico. San Juan de Puerto Rico. 2000, pp. 213 y 215. Sin embargo, según FRANK, la inmadurez emocional de la mayoría de los jueces los hace víctimas del dogma de la certeza y de la fantasía de que las reglas determinan sus conclusiones. Para desempeñar bien su tarea, el juez tiene que liberarse de su infantilismo emocional y adquirir conciencia de la verdadera forma en que funciona el proceso judicial, del reducido papel que en él juegan las normas y principios legales.

22 Ibíd., pp. 219 a 221. Estos “realistas”, a juicio de ARNOLD, no entienden que aunque los principios racionales o morales no sirven como base para predecir la conducta humana, sí son útiles en su papel de símbolos que la motivan. *Tanto el realista que considera que las normas carecen de importancia, como el fundamentalista que les asigna rango preeminente, desatienden el análisis de las estructuras y fenómenos sociales ante ellos, excepto en lo que sirva para Arnold, no es ocuparse de si las doctrinas y los principios derivados del pensamiento racional son ciertos o falsos, sino de examinar sus efectos. Tampoco debe atacarse el pensamiento “racional” en sí, sino mirarlo como uno de los hábitos inescapables de la mente humana. La función del observador objetivo no es la de crear un sistema, sino a lo sumo, una serie de observaciones sobre las instituciones que examine.* En el campo colombiano ver MONROY CABRA, MARCO GERARDO. *Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional*. Universidad del Rosario. Bogotá, pp. 72 a 80. UPRIMNY YEPES, RODRIGO. *Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia*. En: DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA y GARCÍA VILLEGRAS, MAURICIO. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, t. I. Siglo del Hombre Editores, Universidad de Los Andes. Bogotá. 2001, pp. 297 y 298.

constituida por este ordenamiento. Comoquiera que se defina, la Constitución es siempre el fundamento del Estado, la base del ordenamiento jurídico que se pretende conocer. Lo que se entiende ante todo y siempre por Constitución –y la noción coincide en este sentido con la forma de Estado– es que ella constituye un principio donde se expresa jurídicamente el equilibrio de las fuerzas políticas en un momento determinado, es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales: tribunales, autoridades administrativas. Esta regla de creación de las normas jurídicas esenciales del Estado, de determinación de los órganos y del procedimiento de la legislación forma la Constitución en sentido propio, originario y estricto del término. La Constitución es pues la base indispensable de las normas jurídicas que regulan la conducta recíproca de los miembros de la colectividad estatal, así como de aquellas que determinan los órganos necesarios para aplicarlas e imponerlas, y la forma como estos órganos habrán de proceder. Es decir, la Constitución es, en suma, el asiento fundamental del ordenamiento estatal²³.

Expuesto lo anterior, únicamente resta mencionar que esta es la postura adoptada para la elaboración del presente trabajo, es decir, que la voluntad del constituyente primario reflejada en la Constitución Política de 1991 no puede ser *letra muerta* y que la Carta Política no es un simple texto, sino una norma jurídica que plasma acuerdos políticos que sirven como punto de partida para la obtención de unos fines estatales y para evitar la arbitrariedad en el ejercicio del poder del Estado²⁴. Por ende, se expondrán algunos de los argumentos que han llevado a la no realización eficaz de la autonomía político-administrativa de las entidades territoriales y a seguir con aplicación de políticas centralistas.

Desde la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 se han aplicado medidas que buscan limitar el ejercicio de los derechos político-administrativos de las entidades territoriales. Prueba de ello son las restricciones para la creación y existencia de municipios consagradas en las leyes 136 de 1994, 617 de 2000 y 1454 de 2011; la categorización de los municipios y departamentos para la distribución de los recursos públicos provenientes de la Nación (leyes 136 de 1994, 617 de 2000 y 1551 de 2012) y la regulación de las funciones de las autoridades locales (leyes 136 de 1994, 617 de 2000, 1454 de 2011 y 1551 de 2012). A lo anterior debe sumarse la reforma al situado fiscal generada por los actos legislativos 01 de 2001 y 04 de 2007 (reducción de los recursos provenientes de los ingresos corrientes de la Nación y que son

23 KELSEN, HANS. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*. En: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/31/tc.pdf> Consultado el 20 de marzo de 2015.

24 WALUCHOW, WILFRID J. *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el common law: un árbol vivo*. Marcial Pons. Madrid. 2009, pp. 101 a 111.

asignados a las entidades territoriales). Sin embargo, para el presente documento se hará un breve análisis del Acto Legislativo 05 de 2011 que modificó el Fondo Nacional de Regalías creando el Sistema General de Regalías.

III. ¿POR QUÉ REFORMAR LA DISTRIBUCIÓN DE LAS REGALÍAS?

Los argumentos expuestos por el primer Gobierno de Juan Manuel Santos (2010-2014) para reformar la distribución de las regalías a determinados entes territoriales fueron principalmente los siguientes: 1) equidad en la repartición de estos ingresos en todas las entidades territoriales y no solo en aquellas de donde se obtenían y explotaban estos recursos²⁵, y 2) la corrupción en el manejo de los mismos por parte de las autoridades locales. Sin embargo, el argumento más fuerte fue el segundo. En efecto, el proyecto de Acto Legislativo 13 de 2010 Senado²⁶ expone que los recursos provenientes de las regalías no han sido debidamente –incorrecto es el término utilizado– empleados por las autoridades regionales²⁷ en materia de salud, educación y salubridad pública. Adicionalmente, se presentan para el Gobierno Nacional serias *irregularidades* –para no emplear el término corrupción– en la ejecución de los recursos provenientes de las regalías:

Para el periodo 2005-2010, al evaluar los resultados de las acciones de control administrativo y financiero se concluye que las principales razones generadoras de irregularidades en el uso de las regalías y compensaciones, se encuentran en las faltas a la contratación correspondientes a la inobservancia de procesos de selección objetiva, ejecuciones extemporáneas de los contratos, omisión de la contratación de la intervención técnica, dificultades en la formulación de los proyectos por ausencia de estudios previos adecuados y falta de otorgamiento de licencias, violación de la ley de regalías por el financiamiento de gastos de funcionamiento, gastos sin competencia legal e incumplimiento de los porcentajes mínimos que exigen los artículos 14 y 15 de la Ley 141 de 1994, modificados por los artículos 1.^º y 2.^º de la Ley 1283 de 2009, manejo indebido del presupuesto por la inadecuada constitución de reservas, incumplimiento de las normas para comprometer el presupuesto, deficiencias en la estructura del plan de desarrollo

25 Congreso de la República de Colombia. *Gaceta del Congreso* n.^º 651 del 16 de septiembre de 2010. Vale destacar que en el documento en mención, los congresistas ponentes expresaron su inconformidad con el proyecto presentado por el Gobierno Nacional por considerar que atentaba contra la autonomía administrativa de las entidades territoriales.

26 Congreso de la República. *Gaceta del Congreso* n.^º 577 de 31 de agosto de 2010.

27 Ibíd. Particularmente, dentro de la exposición de motivos realizada por el Gobierno Nacional, los ejemplos de ineficiencia administrativa son los departamentos de Santander, Cauca, Córdoba, La Guajira, Cesar, Sucre y Huila.

e inadecuado manejo de los recursos reflejado en la inversión de las regalías en operaciones no permitidas²⁸.

Adicionalmente, el proyecto de acto legislativo en mención considera que es necesario modificar el sistema vigente para conseguir: “1. El ahorro para el futuro; 2. La equidad regional, social e intergeneracional; 3. La competitividad regional, y 4. El buen gobierno”, siendo este último una política que se cree abanderada por el gobierno de Juan Manuel Santos y que es propiedad exclusiva del mismo, razón por la cual solo la Administración Central puede ejecutar. Prueba de ello es que el nuevo Sistema General de Regalías (SGR) será administrado por un cuerpo colegiado que, dependiendo del asunto, puede contar con un mínimo de dos representantes ministeriales y uno del Departamento Nacional de Planeación.

La corrupción es un aspecto determinante para justificar la modificación a la distribución de las regalías, al punto de que algunos miembros del órgano legislativo expresaron su inconformidad por la terminología *asolapada* empleada por el Gobierno Nacional al tratar de corruptos a los entes territoriales, pero sin decirlo directamente, para justificar la “recentralización” de los recursos provenientes de la explotación de hidrocarburos²⁹. Dicha alusión a la corrupción es un *caballito de batalla* no expuesto directamente durante el trámite legislativo, al igual que el viento *no se ve, pero se siente*³⁰. Sin embar-

28 Ibíd.

29 “El Gobierno no ahorra tiempo ni espacios de radiocomunicación y ayudas audiovisuales para señalar los fundamentos sobre los cuales descansa la propuesta de RECENTRALIZAR compensaciones que actualmente se viabilizan por el Fondo Nacional de Regalías y disminuir ostensiblemente las que por mandato constitucional le llegan a las entidades productoras [...] estas estrategias de ahorro en el exterior y el buen manejo de los excedentes para DESTERRAR la corrupción, la ineficiencia y prevenir la enfermedad holandesa [...] En todos los escenarios, las expresiones de los Delegados del Gobierno señalan el altísimo grado de corrupción e ineficiencia de las poblaciones petroleras en la ejecución de esos recursos petroleros. No escatiman ayudas audiovisuales o discursos y solicitar el acompañamiento de las demás ramas del poder para manifestar su preocupación por el ‘alto índice’ de deshonestidad en el manejo de las regalías. Según el Gobierno, la corrupción es rampante, general e incurable y solo es solucionable con este acto legislativo de reforma constitucional”: Congreso de la República. *Gaceta del Congreso* n.º 879 del 9 de noviembre de 2010. La ponencia en mención no fue la que respaldaba el proyecto gubernamental, sino la realizada por los representantes a la Cámara JORGE GÓMEZ VILLAMIZAR y FERNANDO DE LA PEÑA.

30 El debate periodístico fue bastante complejo. Así, SALUD HERNÁNDEZ MORA consideró que la reforma a las regalías era necesaria para evitar la creación de más “elefantes blancos” (*El Tiempo*, Sección de opinión, 23 de octubre de 2010). La denominación de la columna refleja todo: “¡Ladrones!”. Otros, como MANUEL RODRÍGUEZ BECERRA, ven en la reforma a las regalías el verdadero compromiso del gobierno Santos con la sociedad y el medio ambiente (*El Tiempo*, Sección de opinión, 23 de octubre de 2010).

go, lo anterior sirvió como justificación para centralizar la distribución de las regalías respecto de entidades territoriales como los municipios, que se han visto afectados por no aplicar las exigencias para poder acceder a ellas³¹. En otros términos, aquella entidad que no aplique la metodología diseñada por la Administración Central³² –caracterizada más por su discrecionalidad que por su técnica– no tiene acceso a los recursos de las regalías.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha considerado conformes con la Constitución Política las reformas realizadas a la distribución de las regalías, en el entendido de que la equidad es un principio que debe aplicarse en la distribución de los ingresos y que el órgano legislativo está facultado para reformar la Carta, respetando ciertos límites, los cuales no son transgredidos por una modificación al articulado de la Constitución, por lo que no precede pensar que la reforma en mención representa una sustitución de la Norma Constitucional³³. La corrupción es algo que está latente cuando de regalías y sus reformas se trata, especialmente cuando la iniciativa proviene de la Administración Central³⁴. Sin embargo, esta postura no es rígida, por el

31 “Los municipios que no recibirán un peso por regalías, o que percibirán menos de 100.000 pesos, no están de acuerdo con las fórmulas de medición del Gobierno.

“Gilberto Toro, director de la Federación de Municipios, advirtió que ‘se generó una gran expectativa y las comunidades están pensando que van a recibir millonadas y que van a solucionar casi todos sus problemas, pero eso no va a ser cierto’.

“Agregó que se presentan casos como los de Puerto Colombia (Atlántico) y Villa de Leyva (Boyacá), que no recibirán un solo peso, y otros en los que ‘accederán a recursos paupérrimos’, como Sopetrán (Antioquia) y Neira (Caldas), que percibirán 421 y 564 pesos, respectivamente, por regalías directas en el 2012.

“Jaime Grajales, alcalde de Belén de Umbría (Risaralda), que solo recibirá 15.733 pesos por regalías directas, se quejó por el monto ‘ridículo’ y dijo que ‘vale más tramitarlo’. A pesar de las críticas, el presidente Juan Manuel Santos defendió su reforma, de la que ha dicho es de la ‘mayor trascendencia para el futuro del país’”: *El Tiempo*. “Hay 174 municipios que no recibirán recursos de las regalías”. *El Tiempo.com*, sección Política, 7 de marzo de 2012. En: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11293023>. Consultado el veinte (20) de marzo de 2015.

32 Basta con citar las palabras del entonces Subdirector Nacional de Planeación, JUAN MAURICIO RAMÍREZ, para sostener la afirmación realizada: “La llave mágica para tener acceso a los recursos de las regalías es la presentación de proyectos. En cualquier caso se tienen que formular para que sean aprobados por el triángulo de decisión y se autoricen los giros [...] Pero a esos municipios se les giran los recursos dependiendo del proyecto que presenten, el cual debe tramitarse ante los Triángulos de Buen Gobierno, que son los órganos colegiados de administración y decisión. Estos están conformados por un delegado del Gobierno, el gobernador y un representante de los alcaldes del departamento”: ibid.

33 Ver Corte Constitucional. Sentencias C-317 de 3 de mayo de 2012. M.P.: María Victoria Calle Correa; C-538 de 11 de julio de 2012. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva; y C-709 de 12 de septiembre de 2012. M.P.: Mauricio González Cuervo.

34 “Sabemos que la descentralización se sustenta en la confianza mutua entre regiones y poder central, pero más aún entre los mandatarios y la ciudadanía, que reclama soluciones y no más promesas; transparencia y cero corrupción.

contrario, existen eventos en los cuales el discurso se modifica y las entidades territoriales –independientemente de su grado de corrupción– resultan muy útiles para las políticas del Gobierno Nacional. Prueba de ello son la Ley de Víctimas y el proyecto de reforma al Código Penitenciario y Carcelario. Estos dos asuntos son *paradojas* de la política centralista.

IV. PARADOJAS DE LA POLÍTICA CENTRALISTA

Tradicionalmente, el término paradoja ha tenido un significado negativo, “ya que a través de él se hace alusión a contradicciones en determinadas posiciones o argumentaciones. De ahí que su utilización obedezca al propósito de demostrar la falsedad o imposibilidad de una proposición”³⁵. También se emplea con el objetivo de señalar los problemas que plantean ciertas expresiones y determinadas concepciones:

En este sentido, las paradojas han sido utilizadas en la explicación de diversos fenómenos. Incluso pueden encontrarse trabajos dentro de la órbita de la filosofía del derecho, moral y política que han intentado estudiar, apoyándose en las paradojas, algunos problemas de ese ámbito. De manera especial su uso se ha proyectado respecto a problemas de los sistemas democráticos y del mundo de las normas, aunque también se han dirigido hacia los derechos fundamentales³⁶.

El concepto expuesto es el que se empleará para tratar de explicar las contradicciones argumentativas que se emplean al momento de establecer las relaciones entre la administración central y las entidades territoriales.

1. El proyecto de reforma al Código Penitenciario y Carcelario: entrega de responsabilidades a las entidades territoriales

La corrupción ha sido uno de los argumentos a emplear cuando de aplicar medidas de centralización administrativa se trata. Sin embargo, llama la atención cómo esa misma razón ha sido utilizada para intentar una reforma a la Ley

“Nuestra relación con las regiones implica un diálogo franco y maduro con sus autoridades y la sociedad. Es urgente resignificar la descentralización y liderar un debate nacional con los aportes de los actores sociales, académicos y políticos para repensar ese concepto. La regionalización es una herramienta insustituible para la descentralización”: http://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/fernandocarrillo/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12600407.html . Consultado el 16 de febrero de 2015.

35 De ASÍS, RAFAEL. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Universidad Carlos III. Dikinson. Madrid. 2000, p. 31.

36 Ibíd.

65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario³⁷), teniendo como uno de sus principales ejecutores a las corruptas administraciones municipales. En otros términos, resulta paradójico que se quiera evitar la corrupción³⁸ incluyendo como actores a quienes han sido considerados corruptos. En efecto, el artículo 7.^º del proyecto de ley en mención buscaba modificar el artículo 17 de la Ley 65 de 1993 que establecía en cabeza de las entidades municipales, distritales y departamentales las obligaciones respecto de la creación, fusión o supresión, dirección, organización, administración, sostenimiento y vigilancia de las cárceles para las personas detenidas preventivamente y condenadas por contravenciones que impliquen privación de la libertad por orden de autoridad policial. La modificación iba dirigida a que con recursos propios, las autoridades locales realizaran las mismas acciones, pero ya no con fines de aplicación de medidas policivas, sino para todos aquellos eventos en donde se requiera detención preventiva.

Resulta comprensible que, siendo las asambleas departamentales, los gobernadores, los concejos municipales y los alcaldes autoridades de policía administrativa, el legislador les haya delegado la función de erigir establecimientos que faciliten la aplicación de medidas policivas, que por cierto se caracterizan por su carácter transitorio y preventivo o represivo según sea el caso³⁹. Sin embargo, el haber buscado atribuirles a las entidades territoriales la obligación de crear, fusionar, administrar y vigilar establecimientos carcelarios para recluir a las personas en mención no solo resulta incongruente, sino que es contrario a la jurisprudencia constitucional.

La incongruencia puede ser entendida por los siguientes aspectos: 1.^º Los fondos para la fabricación y administración de centros de reclusión provenirían de los recursos propios de las entidades territoriales y no de ingresos de la Nación (Ministerio de Justicia e INPEC) y, 2.^º Los centros de reclusión contribuyen a la materialización de una política criminal en cuya elaboración no participan las entidades territoriales, toda vez que ni en la actual normatividad (Ley 888 de 2004, art. 1.^º) ni en el proyecto de ley en mención (art. 167) el Consejo Superior de Política Criminal cuenta entre sus miembros con representantes de las entidades territoriales. A las anteriores incoherencias

37 Congreso de la República. Proyecto de ley n.^º 256 Cámara, *Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993 y se dictan otras disposiciones*. Gaceta del Congreso n.^º 117 de 21 de marzo de 2013.

38 Ibíd., p. 23.

39 Sobre el ejercicio de las funciones de policía administrativa y el carácter reactivo y preventivo del ejercicio de esta función ver Barreto Rozo, Antonio. En nombre de la Ley: la policía administrativa y el sueño liberal del Estado-Administración. En: ALVIAR GARCÍA, HELENA. Ob. cit., pp. 114 a 124.

debe sumarse la mencionada en relación con el hecho de tildar a las entidades territoriales de “corruptas” en el manejo tanto de los recursos propios como de los provenientes de la Nación⁴⁰.

En lo que concierne a la jurisprudencia constitucional, la sentencia C-471 de 1995 declaró exequible el artículo 17 de la Ley 65 de 1993, bajo el entendido de que es competencia de las entidades territoriales la creación de cárceles para la internación de personas que sean remitidas por orden de autoridad policial, pues los demás centros carcelarios son de competencia exclusiva del INPEC. En efecto, para la Corte Constitucional no hay incompatibilidad alguna entre la Carta Política y el artículo 17 citado, ya que la creación, fusión o supresión en materia carcelaria, que son competencia de los departamentos y municipios, no quebranta el concepto del Estado unitario en cuanto la ley conserva en cabeza del Gobierno Nacional, por conducto del INPEC,

... la ejecución de las sentencias penales y la detención precautelativa, la evaluación de las medidas de seguridad y la reglamentación y control de las penas accesoria, dejando solamente a los departamentos y municipios, así como a las áreas metropolitanas y al Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, la creación, fusión o supresión de cárceles para aquellas personas detenidas precautelativamente y condenadas por contravenciones por orden de autoridad policial⁴¹.

Llama la atención cómo los argumentos que se expusieron para adoptar la Ley 65 de 1993 son los mismos que se aducen en el proyecto de ley 256 Cámara, con una excepción: no se considera a la corrupción como uno de los motivos para la expedición de la mencionada norma jurídica:

2.4. Cárceles departamentales y municipales. Se contempla la obligación que tienen los departamentos de crear sus propias cárceles.

40 Este último punto es el que resulta más complejo. En efecto, durante la ponencia para el segundo debate, el artículo 7.º del proyecto de ley citado fue modificado con el objetivo de poner en cabeza de la Nación (Ministerio de Justicia y del Derecho) la promoción para la aprobación de un documento CONPES que garantice la financiación de las obligaciones contenidas en los artículos 17 a 19 de la Ley 65 de 1993 y que están a cargo de las entidades territoriales. Obsérvese que no se garantiza la entrega efectiva de recursos económicos, sino la promoción para la obtención de los mismos mediante un documento CONPES que permita otro trámite legislativo en donde se aprueben los recursos. Congreso de la República. Proyecto de ley n.º 256 Cámara, *Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993 y se dictan otras disposiciones*. Gaceta del Congreso n.º 514 del 28 de agosto de 2013. No obstante lo anterior, mientras se aprueban esos rubros, las entidades territoriales tendrán que destinar fondos de sus recursos para financiar las obligaciones que impondrá la eventual reforma jurídica.

41 Corte Constitucional. Sentencia C-471 de 19 de octubre de 1995. M.P.: Hernando Herrera Vergara. Resaltado fuera de texto.

Los establecimientos penales de la nación presentan el fenómeno de la promiscuidad y el hacinamiento. En épocas anteriores esto era dantesco pero ahora con las vigentes normas penales y procedimentales, la población carcelaria ha disminuido notablemente. De todas maneras en ciudades como Medellín, Cali y Cartagena, ante la ausencia de cárceles municipales los contraventores son enviados a los establecimientos nacionales.

Esto da origen al hacinamiento y de manera muy particular a la violación de las reglas mínimas que establecen la separación entre condenados, sindicados y contraventores.

La razón es que la pena de arresto tiene la exclusiva función de ser retributiva y a lo más, correctiva. Como nuestras cárceles crean estigmas sociales, mandar a una persona a un centro de reclusión es imprimirle una marca denigrante y sobre todo, es involucrarlo en un ambiente dañino y peligroso.

Sin embargo, en ausencia de cárceles municipales y departamentales la Nación ofrece a estos entes, alojar a sus contraventores en las cárceles nacionales con el requisito de firmar un contrato, en el cual se fijan las obligaciones que hagan menos onerosa la carga del Estado. En efecto, los municipios y departamentos deben pagar entre otras cosas, la alimentación de los arrestados, la dotación de los elementos y recursos necesarios para ellos y un sobresueldo a los funcionarios de la cárcel, por la razón justa, de que a ellos, se les recargan con exceso las funciones.

Desde luego lo ideal es que municipios y departamentos tengan sus propias cárceles.

Como hay municipios muy cercanos unos y otros, con el fin de rebajar los costos de construcción y funcionamiento de las cárceles, se autoriza la “fusión carcelaria” bajo un establecimiento conjunto⁴².

42 Congreso de la República. *Gaceta del Congreso*, 29 de octubre de 1992, p. 3. Las razones expuestas en el proyecto de ley 256 de 2013 Cámara son, entre otras, las siguientes: “La crisis del sistema penitenciario y carcelario es una crisis estructural y de largo plazo. Por ello las soluciones deben ser de la misma naturaleza. Si bien la sobre población es la manifestación más dramática de esta crisis, es importante tener en cuenta que es preciso dar solución a otros como la insuficiencia de la guardia penitenciaria, la corrupción existente en los centros penitenciarios y la falta de infraestructura carcelaria.

“Las causas de la continuidad sobre esta situación son de diversos órdenes: falta de planeación en la construcción de infraestructura penitenciaria y carcelaria; oleadas de criminalidad que ha vivido nuestro país; ausencia de una política criminal, penitenciaria y carcelaria coherente, y despreocupación que genera en la sociedad en general la situación de las personas privadas de la libertad”: *Gaceta del Congreso* n.º 117, p. 23.

2. La Ley de Víctimas y Restitución de Tierras: políticas de Estado con recursos de entidades territoriales

La Ley de Víctimas y Restitución de Tierras (Ley 1448 de 2011) consagra la necesidad de diseñar con base en los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad establecidos en la Constitución Política, una estrategia que permita articular la oferta pública de políticas nacionales, departamentales, distritales y municipales en materia de ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación integral, teniendo en cuenta factores tales como su capacidad fiscal, índice de necesidades básicas insatisfechas e índice de presión, “entendido este último como la relación existente entre la población víctima por atender de un municipio, distrito o departamento y su población total, teniendo en cuenta además las especiales necesidades del ente territorial en relación con la atención de víctimas” (art. 172).

Esta coordinación implica para las entidades territoriales el diseño e implementación de programas de prevención, asistencia, atención, protección y reparación integral a las víctimas, los cuales deberán contar con las asignaciones presupuestales dentro de los respectivos planes de desarrollo y deberán ceñirse a los lineamientos establecidos en el Plan Nacional para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (art. 174 ibíd.). Sin embargo, dichos programas deben ser con cargo a los recursos propios, sin que exista un incremento por parte de los recursos que debe entregar la Nación, a pesar de lo establecido en el artículo 356, literal b C.P., el cual establece que no se podrán descentralizar competencias sin la previa asignación de los recursos fiscales suficientes para atenderlas.

A lo anterior debe sumarse que los alcaldes y los concejos distritales y municipales, respectivamente, garantizarán a las personerías distritales y municipales los medios y los recursos necesarios para el cumplimiento de las funciones relacionadas con la implementación de la norma jurídica en mención. En otros términos, las funciones de las entidades territoriales se incrementan, pero sus recursos no. Al contrario, los ingresos provenientes del Sistema de Regalías se redujeron y los del Sistema General de Participaciones se frenaron en su incremento, e inclusive en su entrega, pues estos dependen de proyectos de inversión que deben ser aprobados por el Departamento Nacional de Planeación según lo establece el Decreto 4923 de 2011.

Ahora bien, lo expuesto en este acápite no significa en momento alguno un rechazo de la política de víctimas. Simplemente se pretende demostrar la paradoja que surge cuando se entrega un programa tan importante para la obtención de equidad y reparación a las víctimas del conflicto colombiano, a las entidades territoriales que son catalogadas como corruptas y malas gestoras en la ejecución de los recursos públicos.

CONCLUSIONES

La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 buscó brindar una mayor autonomía política y administrativa a las entidades territoriales, dejando en manos del legislador la creación de otras que permitiesen una mayor relación entre las autoridades locales y la ciudadanía, buscando reducir la dependencia desde el punto de vista económico y político en relación con la Administración Central. Sin embargo, los desarrollos normativos de las disposiciones constitucionales y algunas reformas realizadas a las mismas han estado dirigidos a reducir dicha autonomía, fortaleciendo cada vez más el centralismo que tanto evitaron los delegados constituyentes, pero debido a sus imprecisiones en el diseño territorial del Estado colombiano facilitaron la expedición de estas regulaciones.

Para justificar estas regulaciones normativas, los órganos centralistas (centralización política) han empleado como argumentos la ineptitud en la ejecución de los presupuestos por parte de las autoridades locales y el muy elevado grado de corrupción que ellas presentan. De esta forma, han reducido los ingresos que inicialmente les correspondían a las entidades territoriales, especialmente aquellos provenientes de fuentes exógenas como las del Sistema General de Regalías y el Sistema General de Participaciones (antiguo situado fiscal).

A la luz de lo anterior, resulta paradójico que a aquellos que han sido tildados de corruptos e ineptos ejecutores se les confíe la aplicación de políticas estatales tan importantes como la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. Es más, en ocasiones se les encomienda la lucha contra la corrupción a pesar de sus supuesta condición de corruptas, tal y como lo plantea el proyecto de ley que busca modificar el Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993). De la misma forma, la Ley de Víctimas y encabeza en las entidades territoriales *corruptas* la aplicación de programas acordes con aquellos diseñados por la Administración Central, con la particularidad de que los recursos para ello son los pocos con los cuales aún cuentan tales entidades después de tantas modificaciones normativas.

Lo anterior permite inferir que los argumentos dirigidos a la administración o no de recursos que concede el Estado centralista a las entidades territoriales dependen de los intereses que él mismo tenga, es decir, no es un discurso consistente, pues estará presente en cada iniciativa o regulación un cierto grado de incongruencia, lo que significa que, contrario a lo que algunos juristas iuspublicistas pensarían, el derecho administrativo (por lo menos en las normas relacionadas con la descentralización política y administrativa) no es un conjunto coherente de normas jurídicas, sino el instrumento que contribuye a la implementación de intereses gubernamentales con caracte-

rísticas centralistas, principalmente para la obtención y manejo de recursos necesarios para el desarrollo de sus políticas.

BIBLIOGRAFÍA

- BARRETO ROZO, ANTONIO. En nombre de la Ley: la policía administrativa y el sueño liberal del Estado-Administración. En: ALVIAR GARCÍA, HELENA. *Manual de Derecho Administrativo*. Temis, Universidad de Los Andes. Bogotá D.C. 2009.
- CASTRO, JAIME. *La cuestión territorial*. 2.^a ed. Editorial Oveja Negra. Bogotá D.C. 2003.
- DE ASÍS, RAFAEL. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Universidad Carlos III, Dikinson. Madrid. 2000.
- Departamento Nacional de Estadística, DANE. *Clasificación de Municipios de Colombia – Informe metodológico*. Bogotá D.C., abril de 2010. En: http://www.dane.gov.co/estratificacion/images/a/ad/ClasificacionMunicipiosV12_.pdf Consultado el 20 de diciembre de 2014.
- GARGARELLA, ROBERTO. Full Representation, Deliberation, and Impartiality. En: ELSTER JON, *Deliberative Democracy*. Cambridge University Press. Cambridge. 1998.
- GAVIRIA CORREA, GUILLERMO. *La Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, La descentralización y la autonomía de las entidades territoriales*, pp. 65 y 66. En: <http://www.sogeocol.edu.co/documentos/3lalo.pdf>. Consultado el doce (12) de diciembre de 2013.
- HERNÁNDEZ BECERRA, AUGUSTO. *Ordenamiento y desarreglo territorial en Colombia*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2001.
- KELSEN, HANS. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*. En: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/31/tc.pdf> Consultado el veinte (20) de marzo de 2015.
- LEIVA RAMÍREZ, ERIC y FORTICH PACHECO, FERNÁN. El ordenamiento territorial según la constitución política de 1991: ¿república unitaria o estado región? *Estudios en Derecho y Gobierno*, junio de 2009: 2(1). En: http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/54_2946_edygv2n12009fortich-.pdf Consultado el 23 de febrero de 2015.
- LOZANO RODRÍGUEZ, ELEONORA. En defensa de la descentralización territorial desde la perspectiva de las finanzas públicas. En: ALVIAR GARCÍA, HELENA. *Manual de Derecho Administrativo*. Temis, Universidad de Los Andes. Bogotá D.C. 2009.
- MONROY CABRA, MARCO GERARDO. *Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional*. Universidad del Rosario. Bogotá D.C.
- PEREIRA MENAUT, ANTONIO-CARLOS y MARTÍNEZ ARRIBAS, FERNANDO. En: MENDOZA MARTELO, GABRIEL EDUARDO *et al.* *Una mirada a las regiones desde la justicia constitucional*. Corte Constitucional, Universidad del Rosario. Bogotá D.C. 2013.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, LIBARDO. *Derecho administrativo general y colombiano*. Decimocuarta edición. Temis. Bogotá D.C. 2013.

SANTAELLA LÓPEZ, MANUEL. *Montesquieu: El legislador y el arte de legislar*. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid. 1995.

TRÍAS MONGE, JOSÉ. *Teoría de la adjudicación*. Universidad de Puerto Rico. San Juan de Puerto Rico. 2000.

UPRIMNY YEPES, RODRIGO. Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia. En: DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA y GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Tomo I. Siglo del Hombre Editores, Universidad de Los Andes. Bogotá D.C. 2001.

VIDAL PERDOMO, JAIME. *Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas*. Novena edición. Legis. Bogotá D.C. 2005.

VIDAL PERDOMO, JAIME. *La región en la organización territorial del Estado*. Universidad del Rosario. Bogotá D.C. 2001.

WALUCHOW, WILFRID J. *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el common law: un árbol vivo*. Marcial Pons. 2009.

ZULUAGA GIL, RICARDO, ¿Autonomía o desconcentración?: el laberinto de las entidades territoriales en Colombia. En: GARCÍA RUIZ, J. LUIS y GIRON REGUERA, EMILIA, *Estudios sobre descentralización territorial: el caso particular de Colombia*. Agencia Andaluza de Cooperación Internacional, Universidad de Cádiz, Universidad Libre de Colombia. Cádiz. 2006.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional

Sentencia T-406 de 17 junio de 1992. M.P.: Ciro Angarita Barón.

Sentencia C-126 de 30 de marzo de 1993. M.P.: Antonio Barrera Carbonell

Sentencia C-295 de 6 de julio de 1995. M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia C-506 de 9 de noviembre de 1995. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia C-471 de 19 de octubre de 1995. M.P.: Hernando Herrera Vergara.

Sentencia C-535 de 16 de octubre de 1996. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Auto 383 de 10 de diciembre de 2010. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia C-317 de 3 de mayo de 2012. M.P.: María Victoria Calle Correa.

Sentencia C-489 de 27 de junio de 2012. M.P.: Adriana María Guillén Arango.

Sentencia C-538 de 11 de julio de 2012. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia C-709 de 12 septiembre de 2012. M.P.: Mauricio González Cuervo.

Congreso de la República de Colombia

Gaceta del Congreso n.º 651 de 16 de septiembre de 2010.

Gaceta del Congreso n.º 577 de 31 de agosto de 2010.

Gaceta del Congreso n.º 879 de 9 de noviembre de 2010.

Gaceta del Congreso n.º 117 de 21 de marzo de 2013.

Gaceta del Congreso n.º 514 de 28 de agosto de 2013.

Asamblea Nacional Constituyente

Gaceta Constitucional n.º 17 de 7 de marzo de 1991.

Gaceta Constitucional n.º 19 de 11 de marzo de 1991.

Gaceta Constitucional n.º 32 de 14 de abril de 1991.