

Garantías constitucionales de la autonomía territorial en Colombia

Yenny Marcela González Sánchez

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo
Bogotá, D.C.
2012

Garantías constitucionales de la autonomía territorial en Colombia

Yenny Marcela González Sánchez

Código: 699793

Trabajo presentado como requisito para optar al título de:
Magister en Derecho

Director:

Fernando Pardo Flórez

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo

Bogotá, D.C.

2012

Garantías constitucionales de la autonomía territorial en Colombia

Sumario

Primera Parte

Bases constitucionales de la ordenamiento territorial colombiana: la coexistencia del principio unitario y el principio de autonomía de los entes territoriales

Segunda Parte

La autonomía como garantía constitucional en los entes territoriales

Conclusiones

Resumen

A partir de la Constitución de 1991, se implantó un modelo de Estado unitario con autonomía política, administrativa y financiera para sus entidades territoriales buscando desaparecer el excesivo centralismo presente hasta ese momento. Es decir, las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses dentro de los límites de la Constitución y la ley.

Del estatus de ente autónomo se deriva la titularidad de determinados derechos: gobernarse por autoridades propias, establecer las competencias que les corresponden, administrar sus recursos y constituir los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, así mismo, participar en las rentas nacionales.

Por lo cual, los poderes generales del Estado no podrán ser ejercidos en su totalidad por la administración central, deberá existir una distribución del poder en la que participen las distintas entidades territoriales autónomas.

Así mismo, el constituyente dispuso que fuera la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (LOOT) la encargada de asignar las competencias normativas a las entidades territoriales, implantando de esta forma que el principio de autonomía territorial sea el garante del equilibrio entre las competencias de la Nación y las de los entes territoriales.

Por otra parte, el papel que ha jugado la jurisprudencia de la Corte Constitucional sin duda merece reconocimiento, pues si bien en muchas ocasiones se ha actuado en desmedro de la autonomía de los entes territoriales dando primacía al principio unitario, el alto tribunal también ha aportado elementos indispensables para continuar con el proceso de construcción del aparato territorial colombiano.

Palabras clave: Ordenamiento territorial, autonomía, unidad, entidades territoriales, descentralización.

Abstract

From the Constitution of 1991, introduced a unitary state model with political autonomy, administrative and financial support for its territorial entities looking this over-centralization disappear until then. That is, local authorities are free to manage their interests within the limits of the Constitution and the law. Therefore, the general powers of the State may not be exercised in full by the central government.

The status of a autonomous entity derives ownership of certain rights: governed by their own authorities, define the powers corresponding to them, manage their resources and form the taxes to carry out its functions, also, participate in national income.

Also, provided that the constituent was the Organic law of ordering territorial (LOOT) in charge of assigning regulatory powers to local authorities, thus implementing the principle of territorial autonomy is the guarantor of the balance

between the powers of the Nation and the territorial entities.

Moreover, it must be recognized the role that the jurisprudence of the Constitutional Court has played in the definition of the structure of the territorial system, even though in many times its decisions has decline the autonomy of the territorial entities in favor of the principle of unity.

Key words: Territorial ordering, territorial autonomy, unity, territorial entities, decentralization.

I. Introducción

El Estado colombiano ha pretendido consolidar una estructura territorial que se adecúe a las especificidades, momentos e idiosincrasias que viven y sufren cada una de las seis categorías en las que se divide por mandato constitucional el país. Así, desde las distintas disciplinas epistemológicas se ha pretendido que en cada departamento, distrito, municipio, región, territorios indígenas y provincias, se analice las formas o herramientas para atender estas peculiaridades en aras de instaurar una adecuada distribución de la riqueza y no sólo la revitalización del sistema democrático sino su reforzamiento.

Es decir, partiendo de la actual estructura territorial se pretende una mejora en la utilización y distribución de los recursos con que cuentan los **entes territoriales**, en últimas, se busca una eficiencia económica. En efecto, el artículo 339 de la Constitución Política, prevé para las entidades territoriales elaborar como carta programática y de manera concertada con el sector central, un *plan de desarrollo*, «con el objeto de asegurar el uso eficiente de sus recursos y el desempeño adecuado de las **funciones que les hayan sido asignadas** por la **Constitución y la ley**» (subrayado y negrilla propios)

Aunque la mayoría estaríamos de acuerdo con este pequeño y muy general análisis económico al coincidir que las entidades territoriales en Colombia busquen maximizar el beneficio de la comunidad y disminuir la desigualdad social, todo bajo unos delimitados parámetros competenciales asignados por ley. Lo problemático del asunto es que a pesar de contar con la reciente Ley 1454 de 2011 "*Por la cual se dictan normas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones*" está no define de manera específica los canales de acción para concretizar los mencionados objetivos.

En efecto, no ha bastado con el querer de la **Asamblea Nacional Constituyente** cuyos 70 miembros representativos de las distintas fuerzas políticas, y por lo mismo, de los diferentes territorios e idiosincrasias, hayan pretendido estructurar una

autonomía para las regiones,¹ consagrándola en la actual Constitución Política de 1991 y dejando en la voluntad del legislador, la delimitación competencial entre el sector central y el periférico, como esferas distintas, pero dependientes de la estructura del Estado colombiano, encargadas de atender las demandas sociales de la población.

Por ello, la Comisión tercera de la Asamblea Nacional Constituyente pretendiendo viabilizar la «autonomía regional» en Colombia, analizó los “*problemas y perspectivas, que [respondieran] a la necesidad latente en la visión de actores, líderes sociales, sociedad civil, la academia y en general de las Ciencias Sociales, [que admitiera] transformar el paradigma dominante (excluyente) y desarrollar modelos o estrategias que permitie[ran] la consolidación de un modelo de desarrollo regional y autónomo en el país*”². Introduciendo de esta manera en Colombia, un análisis sobre las repercusiones de estructurar territorialmente el Estado bajo un determinado ámbito competencial autónomo para sus entes territoriales.

Así, aunque es bastante prolífica la literatura nacional sobre la institución de la **autonomía territorial**³ y las relaciones surgidas entre el gobierno central y los gobiernos locales, en la práctica se suscitan tensiones debido a la interferencia de aquellos sobre estos en su autonomía, y sobre todo, de la inexistencia de una verdadera voluntad legislativa en la promulgación de leyes que permitan satisfacer con mayor autonomía los distintos intereses y necesidades propias de cada región.

Entonces, ¿basta con la reciente promulgación de la **Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial** para dotar de mayor autonomía a los entes territoriales en Colombia?, ¿de qué servirían y donde quedarían las construcciones teóricas y jurisprudenciales que han permitido amparar la autonomía de los municipios hasta antes de la expedición de la Ley 1454 de 2011?.

¹Después de la elección por voto popular de la Asamblea Nacional Constituyente, el 5 de febrero de 1991, sus 70 miembros electos se establecieron en 5 comisiones: 1. Principios, derechos y reforma constitucional. 2. Autonomía regional. 3. Reformas al gobierno y al congreso. 4. Administración de Justicia y Ministerio Público. 5. Temas económicos, sociales y ecológicos.

²Peralta Duque, B. (2008), Descentralización y Autonomía Municipal y Regional en la Política Pública Territorial en Colombia: Problemas y Perspectivas, *Revista Eleuthera. Universidad de Caldas*, vol.2, pág. 168.

³Utilizamos aquí la categoría general de Autonomía Territorial, cuyas subcategorías iremos desarrollando a lo largo de este trabajo.

Probablemente con la expedición de la mencionada ley orgánica se esclarecería el panorama competencial, evitando el surgimiento de más problemáticas competenciales.

Sin embargo, nuevamente resaltamos, que la anterior falta de legislación “*no ha permitido votar un adecuado régimen municipal o departamental que establezca, de acuerdo a las **exigencias** de la nueva Constitución, una clara distribución de competencias entre el centro y las localidades, lo que hace decir rápidamente a algunos expertos que el proceso de descentralización en Colombia, ha dado un paso atrás*”⁴.

Aunque se pueda considerar que la temática de la autonomía ya está bastante decantada, y que es clara la tensión entre los principios de Estado unitario y autonomía de sus entes territoriales (artículo 1,) el debate lo debemos ubicar en clave de la eficacia real que presentan estas instituciones, tanto sustanciales como procesales.

Por ello, se hace necesario estudiar las respuestas que la **justicia constitucional** en Colombia ha construido para contrarrestar esta falta de voluntad del legislador; que continúa restringiendo, unas veces por actuaciones del sector central, y en otras, al no evidenciarse mecanismos idóneos para el desarrollo de las instancias territoriales en Colombia.

Esta investigación tiene como propósito estudiar las garantías constitucionales con las cuales cuentan los entes territoriales para dar eficacia en una u otra medida a la defensa de la autonomía y servirán como: (i) Criterio de interpretación y aplicación de la Ley 1454 de 2011, cuyo marco referencial se sustentaría en la doctrina y la jurisprudencia, que no podría pasar por alto el interprete u operador jurídico; (ii) Seguir promoviendo la defensa de la autonomía territorial, y por último;(iii) Servir de soporte para la toma de decisiones públicas, en relación a las medidas tomadas por el sector central que puedan transgredir la autonomía territorial.

⁴Molina Betancur, C. M. (2005). La Descentralización en América Latina: ¿mito o realidad?, *Estudios Sobre Descentralización Territorial: El Caso Particular de Colombia*. Cádiz: Universidad de Cádiz, Junta de Andalucía-Universidad Libre de Colombia.

Por consiguiente, ¿cuáles son las herramientas adoptadas por la justicia constitucional en Colombia para la defensa de la autonomía territorial?, ¿existen mecanismos procesales en Colombia, para la defensa de la autonomía territorial?, ¿son eficaces estos mecanismos?.

Con el propósito de aproximarnos a estos cuestionamientos, esta investigación trata de armonizar el necesario enlace entre teoría y práctica. Es decir, como suelen verse en las construcciones teóricas, abstracciones que en algún momento pueden considerarse vanas, que en el momento de ponerlas a dialogar con la realidad se acomplejan; sería sensato mantener un equilibrio entre quienes propugnan que “*más vale un gramo de práctica que una tonelada de teoría*”, y los que piensan que la “*mejor práctica es una buena teoría*”. Y por ello, después de analizar las garantías constitucionales que la justicia constitucional ha desarrollado para la defensa de la autonomía territorial, señalaremos si la autonomía se encuadra en un mero principio programático, o por el contrario, tiene un significado jurídico exigible sustentado en la eficacia jurídica.

Ahora, la Corte Constitucional colombiana denomina la eficacia como un principio establecido en el Artículo 2, a través del cual el Estado tiene la obligación de garantizar la vigencia de los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución⁵. Igualmente, la Corte Constitucional en Sentencia T-406 de 1992, precisó que los principios constitucionales:

“(...) consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida (...) lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional (...) jamás pueden ser desconocidos (...) son normas que establecen un deber ser específico (...)”

De acuerdo con esto, se concibe la eficacia como principio constitucional y norma jurídica, imperativa, de aplicación inmediata que garantiza la vigencia de los

⁵Colombia, Constitución Política de 1991, Título I. *De los principios fundamentales*, “Artículo 2. *Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...)*”.

derechos constitucionales de manera real y oportuna⁶. Y más aún, asevera la Corte en dicha sentencia:

“Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. (...) En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial”.

Así, el itinerario que seguirá esta investigación cuya finalidad radica en las garantías constitucionales de la autonomía municipal, será en la primera parte, (i) Un marco teórico en aras de determinar las bases generales de la autonomía territorial, el origen y la definición de la garantía institucional, su tratamiento frente a los derechos fundamentales y su aplicación frente a la autonomía local en España. En un segundo momento, en aras de delimitar el tema, estudiaremos (ii) Las bases constitucionales que la Carta Fundamental de Colombia plantea respecto del principio unitario y el principio de autonomía de los entes territoriales, teniendo en cuenta que la doctrina coincide como punto de partida para analizar la institución de la autonomía territorial. En la tercera parte, y ya buscando las posibles garantías para la defensa de la autonomía territorial, analizaremos (iii) La teoría de la garantía institucional en la autonomía municipal desarrollado por la Corte Constitucional en Colombia.

⁶ Corte Constitucional A 186/2006, Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.

II. Marco Teórico

II. 1.1 Autonomía territorial

Al revisar el concepto de autonomía nos encontramos con una noción compleja con diferentes significados y estudiada desde varias disciplinas⁷. Por ello, resultó necesario estudiar la autonomía como un concepto determinado y circunscrito a un escenario concreto, es decir, centrado en el estudio de la autonomía de los entes territoriales, particularmente, en la autonomía municipal, y en el marco del ordenamiento territorial colombiano.

Así, la acotación de la noción de autonomía al ámbito territorial, básicamente significa la referencia a la idea de distribución del poder entre el Estado, entendido este como instancia central, y las entidades periféricas, es decir, las instancias territoriales que lo componen.

De acuerdo con esto, la autonomía territorial puede definirse con la capacidad que tienen los entes locales, por mandato constitucional, para gestionar sus respectivos intereses a través de sus propios órganos y bajo su propia responsabilidad. Se traduce en el derecho y correlativo deber de participar en todos los asuntos ya sean de índole nacional, regional, municipal o provincial, que por supuesto, involucre los intereses de las comunidades.

Es decir, contenido de la autonomía territorial está marcado por la naturaleza de las competencias ejercida por ésta. Ahora, en aras de catalogar dicho contenido, puede decirse que el núcleo esencial de la autonomía territorial está compuesto por tres

⁷En este apartado, aunque esgrimimos alguna doctrina extranjera, utilizaremos principalmente el estudio específico sobre autonomía territorial realizado por la profesora Paula Robledo Silva, en su obra *La autonomía municipal en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, principalmente, por su específico análisis que realiza sobre la materia para el caso colombiano.

tipos de autonomía: la autonomía política, la autonomía administrativa y la autonomía financiera.

La autonomía política, si bien es cierto que la doctrina tradicional la ha relacionado como la capacidad de que gozan los entes autónomos para dictar normas con rango de ley, definición que muchos respaldan, entre otras razones, con el objeto de diferenciar la autonomía política de la autonomía administrativa, ya que los titulares de ésta última carecerían de potestad legislativa; sin embargo, un importante sector de la doctrina se ha visto en la necesidad de reconocerles a los entes territoriales nuevas potestades y competencias que los conviertan en titulares de una auténtica autonomía que se pueda traducir en distintos contenidos, tanto políticos como administrativos.

Así, el hecho de que la autonomía territorial esté garantizada a nivel constitucional y que los entes territoriales sean un eje primordial dentro de la organización territorial, en donde las relaciones entre gobernantes y gobernados se puedan llevar a cabo de forma más directa y eficaz, se han promovido corrientes que reconocen un matiz político de la autonomía territorial.

De igual forma, los entes territoriales también son titulares de autonomía administrativa. En primer lugar, su potestad normativa secundaria se manifiesta a través de actos administrativos de diverso contenido. En segundo lugar, la autonomía administrativa está compuesta por todo el conjunto de potestades, que les permiten tomar y ejecutar decisiones en el plano administrativo de forma autónoma.

Y por último, la autonomía financiera se trata de un conjunto de competencias normativas y de potestades administrativas que permiten a los entes territoriales establecer y gestionar un sistema de ingresos y gastos con el objeto de atender los fines y las necesidades públicas en sus respectivas jurisdicciones.

II. 1.2 La autonomía local como garantía institucional

Una vez planteadas estas afirmaciones sobre los tipos de autonomía de las que son titulares los entes territoriales, pasamos a estudiar la configuración constitucional de la autonomía territorial en Colombia.

Para tal efecto, es preciso plasmar la noción de garantía institucional al igual que su origen en Alemania, su formulación y desarrollo, y por supuesto, su recepción en Colombia. Así, una vez se cuente con la herramienta conceptual acerca de las garantías institucionales, centramos la atención en el concepto de autonomía local.

Lo que se busca es realizar un estudio sobre la autonomía municipal en Colombia, por lo cual, para alcanzar este objetivo es preciso analizar la autonomía local como categoría jurídica, creada y desarrollada a partir de elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales.

Por último, en esta parte del trabajo se busca presentar las principales características de la garantía institucional de la autonomía local, tanto en Alemania, origen de la garantía institucional, como en España, donde se ha recibido esta categoría jurídica aplicándose al concepto de autonomía local.

II. 1.3 Origen y teoría de la garantía constitucional

El origen del concepto de garantía institucional suele imputarse a Carl Schmitt⁸ y se inicia con el sistema constitucional de Weimar. La constitución de esta República incluía un catálogo de derechos y libertades cuya eficacia jurídica, a excepción del principio de igualdad, quedaba postergada a una regulación legal posterior⁹. Otro tanto sucedía con una serie de instituciones de Derecho público (la autonomía local, el régimen estatutario de la función pública) o privado (instituciones como el matrimonio, la familia, la herencia) cuya existencia y mantenimiento se deducía de su fijación constitucional pero cuya regulación se remitía sin más indicación al legislador. Frente a esta situación, se negó el carácter normativo de estos preceptos constitucionales, al considerarlos vacíos y carentes de valor o transcendencia práctica, lo que suponía que, en un claro ejercicio de positivismo, tales derechos, libertades, instituciones e institutos quedaban a la libre disposición del legislador democrático.

⁸Parejo Alfonso, L. (1981). *Garantía institucional y autonomías locales*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

⁹Como lo explica PAREJO ALFONSO, L, “*Porque en la Constitución de Weimar, que regulaba sistemáticamente las libertades públicas en la parte organizativa de la misma (...), se colocaba las libertades públicas y las determinaciones organizativas básicas simplemente bajo la reserva de Ley (...), sin acompañar esta prescripción de medida cautelar o protectora alguna que asegurara la eficacia de los contenidos constitucionales frente a las disposiciones del legislador ordinario*”.

Carl Schmitt subrayaba que la garantía institucional es por esencia limitada, existe sólo dentro del Estado y se basa no en la idea de una libertad ilimitada en principio, sino que afecta a una institución jurídicamente reconocida, que es siempre cosa circunscrita y delimitada, al servicio de ciertas tareas y ciertos fines, aun cuando las tareas no estén especializadas en particular, y sea admisible una cierta universalidad del círculo de actuación.¹⁰

Por lo tanto, Carl Schmitt, adoptando una posición más próxima al iusnaturalismo dirigió sus esfuerzos contra la espléndida libertad de configuración que, probablemente por la deficiente formulación de los preceptos y sin una real intención constituyente, la Constitución reservaba al legislador intentando recortar el poder de este órgano.

El punto de partida es la inadmisibilidad del resultado a que conduce la interpretación y aplicación del texto constitucional a partir de sus propios términos, es decir, del vaciamiento de todo contenido constitucional a las libertades públicas y las determinaciones organizativas básicas. En tanto permanezca la confianza en el legislador y el Estado legislador, cabe la posibilidad de conformarse con la garantía genérica de la libertad, dejando lo restante en manos de la ley ordinaria. Pero en cuanto cesa esa confianza, aparecen nuevas garantías, que no tienen ya por objeto la salvaguardia de la libertad misma, sino de normas e instituciones protectoras dirigidas a la defensa de dicha libertad.¹¹

Estos elementos o mecanismos de garantía, una vez incorporados al texto constitucional y transformados técnicamente en instituciones organizadas, reconocibles y diferenciables, pasan a ser, así, los pilares básicos del entero sistema fundamental de la libertad, que, por ello mismo y con independencia de que den lugar a verdaderos derechos subjetivos o determinen tan sólo regulaciones objetivas, aparecen dotados de una específica eficacia constitucional frente a su eventual eliminación o modulación por el legislador ordinario, especialmente por lo que hace a los contenidos mínimos de las instituciones de que se trate.

¹⁰Schmitt, C. (1982). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza.

¹¹Parejo Alfonso. Ob. Cit., p. 21.

La doctrina de las garantías institucionales se apoya enteramente en la posibilidad de la distinción, en las regulaciones constitucionales relevantes para el orden de la libertad, entre el contenido normativo dirigido precisamente para asegurar este orden y el permisivo de excepciones al mismo (por entrega de éstas al legislador ordinario), así como en la diferenciación de rango y eficacia entre ambos contenidos.

De esta forma la autonomía municipal, logra – mediante su separación teórica- resolver la tensión interna inmanente al mismo entre el reconocimiento y la protección de la autonomía y su aparente disolución en la remisión de su conformación al legislador ordinario, otorgando un mayor valor y consistencia al primer extremo de esa tensión, que – por demás- es típica de todos los preceptos expresivos de garantías institucionales¹².

La garantía institucional se menciona en palabras de “*esfera nuclear*” de autonomía del municipio frente a todo menoscabo de la ley, pero no se ha terminado de concretar una definición clara y concisa de esa “*esfera nuclear*”, sin embargo, Stern la define como el elemento esencial de la institución, que no puede ser separado de la misma, sin que cambie su estructura y su tipo. Así pues, están protegidos los componentes determinados del tipo, que dan forma esencial y sustancial a la autonomía municipal. El mismo autor menciona que la garantía constitucional existe: “*Cuando las objetivaciones (organizaciones, instituciones, formas de organización y figuras jurídicas fundamentales) se encuentran formadas y delimitadas por complejos normativos y un actuar real y, en el precepto constitucional garantizador están configuradas de manera que, en virtud de sus raíces históricas y de su propio valor, deben conservar una especial estabilidad y continuidad para el futuro de la vida social*”¹³

Stern resume que tal garantía puede ser entendida en un triple sentido:

- a) Como una garantía del sujeto de derecho institucional de los municipios y asociaciones de municipios.

¹²Parejo Alfonso. Ob. Cit., p. 22.

¹³Stern, K. (1987). *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- b) Como una garantía de la institución jurídica objetiva del autogobierno municipal.
- c) Como una garantía de la posición jurídica subjetiva de los municipios y de las asociaciones de municipios contra las agresiones a la garantía de las instituciones jurídicas y del sujeto de derecho (garantía de acceso a los tribunales en defensa de su autonomía).

La garantía institucional persigue la protección del ente local más allá de los mecanismos y derechos reconocidos y asignados constitucionalmente y que pueden ser aplicables a su protección. Sin embargo, como estos mecanismos no siempre ofrecen una cobertura suficiente para la preservación de la institución,¹⁴ la garantía institucional tiende a proteger y asegurar su objeto y esencia no frente a cualquier alteración, sino únicamente contra medidas que impliquen su desaparición, anulación o destrucción, o una modificación que por sus efectos tenga consecuencias equivalentes.¹⁵

Por todo lo anterior, la garantía estará delimitada por la realidad social y la historia empírica y normativa, y no podrá ser estática, sino que se podrá modificar mediante un desarrollo evolutivo razonable y atento a la realidad histórica; de ahí que, la protección de la garantía deba ser flexible y no estática, para no correr el riesgo de su obsolescencia; y cuando dé lugar a un cambio, éste tiene que desarrollarse de forma que no pueda producir una ruptura con la realidad social y la institución protegida.

La finalidad de la garantía institucional es la de otorgar una específica protección constitucional frente al legislador ordinario a determinadas y típicas características de una institución, en la medida en que éstas han pasado a ser – como resultado de la evolución histórica de dicha institución – esenciales e identificativas de la misma.

Por lo tanto, la garantía institucional conlleva la prohibición a otros poderes de cometer excesos, inspirada en los principios de proporcionalidad y de interdicción de las arbitrariedades en las relaciones entre administraciones públicas.

¹⁴Parejo Alfonso. Ob. Cit., p. 37.

¹⁵García Morillo, J. (1998). *La configuración constitucional de la autonomía local, Seminario de régimen local*. Madrid: Marcial Pons. También en Rubio Llorente, F. (1993), *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

La conclusión alcanzada siguiendo las palabras de Parejo Alfonso, se perfila técnicamente en las siguientes consideraciones: i) Una garantía institucional presupone la existencia de una institución, entendida ésta como complejo normativo de carácter jurídico-público debidamente formado y organizado y, por tanto, delimitable y diferenciable; ii) La existencia de un sujeto de derecho titular de la institución (la Corporación Local es el portador de la autonomía local) facilita el reconocimiento y la determinación de esta última, pero no constituye requisito necesario de la garantía institucional; iii) El reconocimiento constitucional de derechos subjetivos (derechos fundamentales y libertades públicas), bien sea en favor del titular de una institución o simplemente del ciudadano individual, no pertenece a la esencia de la garantía institucional pero tampoco es incompatible con la misma. Ambas cosas pueden ir unidas, sin embargo, el reconocimiento de derechos subjetivos está siempre subordinado y en relación servicial con las garantías institucionales y; iv) La garantía institucional comporta una eficacia protectora superior a la que resulta de la simple condición de norma constitucional. Ese grado superior de eficacia radica en la identificación de la Constitución con la garantía, de modo que toda lesión de ésta es, sin más, un ataque a la Constitución misma.

II.1.4. La garantía institucional y los derechos fundamentales

Antes de entrar de lleno al tema de la autonomía local como garantía institucional es relevante referirse a las relaciones entre las garantías institucionales y derechos fundamentales. La razón es la polémica doctrinal que ha generado al respecto y la relevancia que genera el estudio de ambas figuras.

Para Schmitt, la Constitución de 1919 no hace sino reconocer y declarar los derechos fundamentales, al tratarse de derechos inherentes a su libertad y dignidad personal, previos al Estado y ordenamiento jurídico y absolutos. La reserva de ley que el texto de Weimar establecía al respecto no supone que su contenido resulte de la ley ni tampoco que se garanticen con arreglo a las leyes sino, por el contrario, que cualquier injerencia estatal tendrá carácter excepcional, limitado, mensurable y deberá hacerse por ley, esto es, con el consentimiento de la asamblea democrática. Según esto, la noción de derecho fundamental remitiría a una realidad previa al

orden constitucional sobre la que sólo excepcionalmente y limitadamente podría actuar el legislador de cuya libertad dispositiva se reserva constitucionalmente.

Sin embargo, en la Constitución de Weimar no sólo se establecieron derechos fundamentales de modo clásico, sino que ya se aprecia en ella la germinación del Estado Social. Aparecen los primeros derechos subjetivos prestacionales, inherentes como aquéllos al individuo social: esto es, presuponen una organización estatal y por ésta, desde su ordenamiento jurídico, aparecen limitados. Junto a ellos contempla la Constitución, un conjunto de instituciones y organizaciones que superan el marco subjetivo de los derechos fundamentales (de libertad) y sociales (de prestación), guarden o no relación directa con éstos, generen o no nuevos derechos subjetivos. Su introducción en la norma constitucional, no obstante de hallarse su regulación reservada a la ley, correspondía a la finalidad de hacer imposible su supresión por medio de la legislación ordinaria.

Admitía la inmovilización de los rasgos distintivos de la institución de modo que *“ciertos elementos típicos característicos y esenciales tal y como se han conformado en el transcurso del desarrollo histórico”* quedaran fuera de la discrecionalidad del legislador, es decir, no serán susceptibles de ser eliminados por éste. En esto consistía la “garantía institucional”

La garantía institucional sirve para deducir de la realidad ordinamental y de la tradición jurídica, unos rasgos esenciales distintivos de las instituciones garantizadas, para oponerlas al legislador, podría servir también para encontrar los límites constitucionales del contenido de los derechos; los rasgos de su reconocimiento, que son igualmente intangibles al legislador¹⁶.

La técnica de la garantía institucional se presentó como respuesta al problema de la fijación del extremo hasta dónde le era lícito al legislador negar una libertad natural (por la injerencia estatal sobre su desarrollo natural o espontáneo) o social (por omisión estatal de los medios legales o materiales para garantizarla dado que la organización estatal es presupuesto de partida de este orden de libertades o

¹⁶Cruz Villalón, P. (1981). *La protección extraordinaria del Estado, en la “Constitución española de 1978”* dirigido por A. Pedrieri y García de Enterría. Madrid: Civitas, págs. 689 a 700, “(...) Límites máximos de la intromisión pública, vinculación negativa, frente a los derechos (absolutos) de libertad; límites mínimos de su regulación legal, vinculación positiva, frente a los derechos (relativos) de prestación o sociales.”

derechos sociales). Extremo que sería el de su “contenido institucional”, el de su reconocimiento o identificación con el derecho declarado en la Constitución que se preserva de la acción legislativa. Y de ello resultaría que la “*garantía institucional*” de un derecho subjetivo y su “*contenido esencial*”, expresión que adopta la Ley Fundamental de Bonn y que vienen a ser lo mismo¹⁷.

Por otro lado, en relación a la distinción entre garantía institucional y derecho fundamental, nos encontramos que la garantía institucional nace como categoría contrapuesta al derecho fundamental, pero con el tiempo, ambas categorías se han ido aproximando, en el sentido de influencia de la primera sobre la segunda.

De una parte, el concepto de “*imagen maestra*” ha servido de pauta para articular una eficaz protección de los derechos constitucionalizados frente al legislador, que se ha traducido en la idea de “*contenido esencial*”. De otra parte, ha inspirado el enfoque institucional, al que, por encima de sus deficiencias, corresponde el mérito de haber cambiado la visión que tradicionalmente se tenía del papel del legislador de los derechos fundamentales: éste, lejos de ser el enemigo de la libertad, es un instrumento imprescindible para su realización efectiva¹⁸.

Por consiguiente, la garantía institucional y los derechos fundamentales no son categorías contrapuestas, pero tampoco son categorías idénticas. En rigor, la equiparación conceptual es, por un lado, la del binomio derecho fundamental-institución (o instituto) y, por otro lado, la del binomio garantía del contenido esencial-garantía institucional¹⁹:

Bajo este entendido, el tipo de protección constitucional que confiere la garantía institucional coincide con el propio de la garantía del contenido esencial del derecho fundamental: ambos preservan el objeto de protección frente a su supresión, desnaturalización o vaciamiento por el legislador (que es a quien compete básicamente la configuración del objeto protegido). “*Imagen maestra*” de la

¹⁷Ibíd., p.692.

¹⁸Cidoncha Martín, A. (2009). Garantía Institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: Balance Jurisprudencial, Teoría y Realidad Constitucional, 23, 182.

¹⁹Ibíd.

institución y “*contenido esencial*” del derecho fundamental tienen una misma función²⁰. La protección de la una y del otro corresponde al Tribunal Constitucional.

-El objeto sobre el que recae la protección constitucional (lo protegido) es distinto: en el primer caso (la garantía institucional) son *instituciones* (tanto públicas como privadas, tanto jurídicas como sociales o económicas), en el segundo caso (el derecho fundamental) son *derechos subjetivos*.

Por lo cual, la protección constitucional otorgada al derecho fundamental es una protección subjetiva: al derecho del ciudadano a determinadas posiciones jurídicas sigue un deber del legislador de no eliminarlas o desnaturalizarlas; se trata, pues, de un deber relacional. Por el contrario, la protección constitucional conferida a la institución es una protección objetiva: el deber del legislador de no suprimir o vaciar la imagen maestra del instituto es puramente unilateral, resultante de un mandato constitucional (implícito) de preservar esa imagen.²¹

La diferencia cualitativa entre institución y derecho fundamental se proyecta sobre el **modo de protección**: lo que la Constitución protege con la imagen maestra son los rasgos esenciales de la institución (o instituto); lo que protege con el contenido esencial son posiciones esenciales subjetivas, atribuidas al titular. La persona (cada persona) tiene derecho a defender esas posiciones ante los tribunales, cosa que no podría hacer si estamos ante una mera garantía institucional.

Los derechos fundamentales no son garantías institucionales, *“como tampoco son un totum revolutum en el que quepan derechos subjetivos y garantías institucionales. Son sólo (y nada menos) derechos subjetivos constitucionalizados. Cosa distinta es que su posición central en el orden jurídico-político traiga consecuencias jurídicas de*

²⁰Como menciona Cruz Villalón: “*Garantía institucional en su significado adjetivo es lo mismo que “contenido esencial”; un “contenido esencial” (...) porque entonces no existía como tal, y ello es así porque el contenido esencial, es precisamente una derivación de la “garantía institucional” en su significado adjetivo.*” Cruz Villalón, P. (1989). Formación y evolución de los derechos fundamentales, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 25, 61. En contra, De OTTO, “*En la garantía institucional la ausencia de garantía de un contenido esencial significa, por el contrario, que hay tan sólo constitucionalización de la institución abstractamente definida, pero no garantía de una concreta configuración. Mientras que la garantía del contenido esencial lleva de lo abstracto a lo concreto, de la definición simple a la articulación compleja, la sola garantía institucional ampara la existencia de las instituciones, no su configuración concreta.*”. Martín-Retortillo Baquer, L. De Otto y Pardo, I. (1988). *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas.

²¹Cidoncha Martín. Ob. Cit., p. 183.

primer nivel, las propias de su dimensión objetiva o institucional, concepto que no debe confundirse con el de garantía institucional”²²

Y en palabras de Solozábal Echevarría *“Los derechos fundamentales, finalmente, contienen un mandato al Estado para que respete determinado ámbito vital, lo que confiere a todos la facultad de reclamar la observancia de esa posición. En el caso de la garantía, lo que hay es un mandato al legislador para que, en su regulación de la institución, respete su contenido esencial, pero sólo surgen pretensiones de los particulares en la medida en que existe una amenaza generalizada que afecta a la propia institución en su conjunto”²³*

Frente a ello, no podemos dejar pasar por alto la distinción entre garantía institucional y la dimensión objetiva o institucional de los derechos fundamentales, puesto que ambas generan consecuencias jurídicas distintas para los poderes públicos. En esencia, y sin entrar en detalles, en razón a esta investigación, el derecho fundamental, en su dimensión subjetiva, impone –en su aspecto mínimo- un deber de respeto del ámbito de poder reservado al titular; que recae sobre todos los poderes públicos, incluso el legislador, que en el ejercicio de su potestad legislativa ha de respetar el contenido esencial del derecho; por su parte la dimensión objetiva, es un directriz de optimización o potencialización de los derechos fundamentales que recae sobre los poderes públicos, cuya extensión es indeterminada, pues depende de las posibilidades jurídicas y efectivas existentes, y que se traduce finalmente, en asegurar a todos los ciudadanos el ejercicio igual y efectivo de los derechos fundamentales.

Por consiguiente, esta funcionalidad ofensiva de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales impide identificarla con la noción de garantía institucional, que tiene una funcionalidad estrictamente defensiva.

²²Cidoncha Martín. Ob. Cit., p. 184.

²³Solozábal Echevarría, J.J. (1991). La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 33, 90. Y aún más explica *“La garantía institucional supone acordar protección jurídica de rango constitucional nada menos – a titulares no individuales: no se trata de derechos subjetivos ni de derechos colectivos, sino de determinados componentes del orden constitucional a preservar como características imprescindibles- no constitutivamente indefectibles, que ello sólo lo son los órganos constitucionales-. Nos encontramos entonces ante elementos objetivos diferentes de los derechos aunque obviamente relacionados con los mismos.* Solozábal Echevarría, J.J. (1999). El régimen constitucional del bilingüismo, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 55, 29.

Por consiguiente, los derechos fundamentales establecidos hoy en la Constitución, no son simples facultades de autodisposición individual o derechos subjetivos típicos, de libertad o prestación, sino que incluyen también, aspectos objetivos en los que es además fundamental la acción del legislador. La ampliación cualitativa del concepto de derecho fundamental hace que sobre la base de los derechos subjetivos liberales (a cuya “garantía institucional” equivalía la noción de “contenido esencial”) se haya elevado un entramado institucional u organizativo que guarda directa relación con él y que ocasionalmente puede también representar una garantía institucional no ya del derecho liberal que subyace, sino del derecho fundamental en sentido amplio²⁴.

En definitiva, la garantía institucional como técnica aplicable a los derechos fundamentales, es irrelevante en cuanto a la protección que otorga, pues esa función la cumple adecuadamente la noción de “*contenido esencial*”, y resulta notablemente perturbadora cuando se mezcla con la llamada dimensión objetiva o institucional, que responde a una finalidad distinta²⁵.

Para concluir dos indicaciones: i) La garantía institucional es una técnica que puede estar integrada en un derecho fundamental de cuyo contenido forma parte; ii) Hay otras garantías institucionales en la Constitución desvinculadas del contenido de derecho fundamental alguno; iii) La garantía constitucional con o sin conexión de los derechos fundamentales supone una inactividad del legislador a favor de la justicia constitucional en cuanto a la fuente primaria del Derecho y también vinculado a ello, conlleva una transformación de la estructura del ordenamiento, que pasa de ser un *ordenamiento de normas* a un *derecho de conceptos y principios*²⁶ en el que la actividad interpretativa adquiere, una importancia esencial.

Por último, entraremos a revisar la aplicación de la garantía institucional frente a la autonomía local en España.

²⁴Con esto se resalta que tras la expansión objetiva de los derechos fundamentales, la contraposición de la teoría de Schmitt derecho fundamental – garantía institucional carece de sentido. Lo tuvo cuando identificado el derecho fundamental con un mero derecho subjetivo concurría junto con la garantía institucional a limitar la discrecionalidad del legislador. La tiene, todavía, si se restringe subjetivamente el alcance del concepto de derecho fundamental. Sin embargo, esto no es posible a la luz del ordenamiento constitucional de hoy.

²⁵Cidoncha Martín. Ob. Cit., p. 185.

²⁶Jiménez Blanco, A. (1991). Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución, en AA. VV. *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, De los derechos y deberes fundamentales*, t. II., Madrid: Civitas.

II. 1.5 La garantía institucional de la autonomía local en España

Por último, entraremos a revisar la aplicación de la garantía institucional frente a la autonomía local en España por ser un país referente para estudiar esta institución y donde se ha estudiado con gran intensidad dicha materia. El constituyente de 1978 incluyó la autonomía local en la parte orgánica de la Constitución –Título VIII “*De la organización territorial del Estado*”-. El derecho a la autonomía, o mejor, la autonomía como derecho, se reconoce expresamente en el artículo 2 de la Constitución a “*las nacionalidades y regiones*” que integran la Nación española²⁷. Al garantizar la autonomía de municipios y provincias, la Constitución tampoco reconoce ningún derecho subjetivo individualizado al mantenimiento de la división municipal y provincial existente, ni protege a todo municipio o provincia frente a cualquier intento de supresión de su individualidad. Lo que se garantiza es la existencia de la institución municipal y provincial en términos de generalidad pero no un derecho sustantivo de cada municipio y cada provincia a seguir siendo tales.

En este sentido, la Constitución no reconoce ningún derecho preexistente de cada comunidad vecinal o local a dotarse de su propia organización autónoma, ya sea de ámbito municipal o infra o supramunicipal, por lo que las aspiraciones de las comunidades locales a contar con su organización propia y separada no pueden ampararse en el texto constitucional, así lo reconoció el Tribunal Constitucional en su STC 32/1981, de 28 de julio: “*La Constitución no intenta resucitar la teoría de los intereses naturales de los entes locales que, en razón de la creciente complejidad de la vida social, que ha difuminado la línea delimitadora de los intereses exclusivamente locales, abocaría a un extremado centralismo.*” Y a continuación, el Tribunal Constitucional alude a la autonomía local como derecho de las comunidades locales: “*Pero precisamente por ello la autonomía local ha de ser entendida como un derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación entre intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias.*” (STC 32/1981, FJ 4º)

²⁷Constitución Española, artículo 2: “*La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.*”

El concepto recogido por el Tribunal Constitucional es el mismo que contiene el artículo 3.1 de la Carta Europea de Autonomía Local: *“Por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las Entidades Locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes”*²⁸

La regulación constitucional de la autonomía local se caracteriza por su rasgo moderado, dejando a la ley la concreción, la delimitación de las competencias de los Entes Locales y el establecimiento del contenido y alcance de la autonomía local. Sin embargo, cabe preguntarse si la autonomía local no existe sin la interposición de unas normas que la desarrollen?. En aras de dar respuesta a dicho cuestionamiento, nos remitimos a los artículos 137, 140 y 141 de la Constitución Española (CE), normas constitucionales que establecen y garantizan la autonomía de los municipios y provincias *“para la gestión de sus respectivos intereses”*, y que sirven de sustento para que el Tribunal Constitucional y la doctrina constitucional española acojan la teoría de la garantía institucional, para establecer la naturaleza jurídica, el contenido y el alcance de la autonomía local constitucionalmente enunciada.

La garantía constitucional de la autonomía local obliga a atribuir como competencias propias el grado de participación en los asuntos que afecten directamente el círculo de sus intereses²⁹. Estos asuntos están delimitados en el artículo 25.2 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, como asuntos mínimos en los que se les debe dar a los entes locales algún nivel de competencia. Es decir, en todos aquellos ámbitos propios de la garantía institucional el legislador no podrá ocupar toda la materia, sino que deberá dejar una parte de la regulación a la potestad normativa local.

²⁸La ratificación española de la Carta supuso no sólo la incorporación de dicho texto en el Derecho Interno, de conformidad con el artículo 96 CE, sino también en el mismo deviene como parámetro interpretativo del reconocimiento constitucional del derecho de las Entidades Locales a la autonomía, tal como lo declara la misma *“se aplicará en todo el territorio del Estado en relación con las colectividades contempladas en la legislación español de régimen local y previstas en los artículos 140 y 141 de la Constitución”*

²⁹ En Sentencia 32 del 28 de julio de 1981 el Tribunal Constitucional rechazó expresamente la teoría de los intereses naturales de los entes locales y afirmó que la línea de separación entre intereses exclusivamente locales y otros intereses de la administración se estaba difuminando, debido a la creciente complejidad de la vida social; porque, de lo contrario el Estado se vería inmerso en un excesivo centralismo. Para el alto Tribunal la autonomía local debía ser entendida como un derecho de la comunidad local a la participación, a través de sus propios órganos, en el gobierno y administración de cuantos asuntos atañen. Esto nos lleva a decir que el Tribunal ata la noción de autonomía local a los intereses de la comunidad.

Bajo la perspectiva de la doctrina clásica de *pouvoir municipal* se entendía que los entes municipales poseían dos tipos de competencias: unas propias y otras delegadas. Las propias eran aquellas que respondían a intereses exclusivos del ente local, intereses que se diferenciaban y se separaban de los intereses de los otros niveles territoriales; y las delegadas eran las competencias que ejercían los entes municipales en su calidad de entes jerárquicamente subordinados a la administración del Estado según los principios del Estado unitario y centralizado.³⁰

No obstante, también se ha señalado que, hoy en día, la doctrina y el Derecho positivo de diversos Estados coinciden en mantener que los entes locales no tienen intereses diferenciados de los del resto de la administración y, por tanto, la exigencia del ejercicio de competencias propias por parte de los entes locales encuentra fundamento en su posición de autonomía respecto del Estado.

La teoría de la garantía constitucional se podría definir como un reducto en el que es posible la acción del legislador, pero éste a su vez, carece de una facultad de disposición total e inmediata. Esta teoría fue trasladada a España para las autonomías locales, a través de la doctrina³¹ y posteriormente acogida por la jurisprudencia constitucional³².

Sin embargo, la técnica de la garantía institucional si bien tiene una gran capacidad para garantizar la existencia del órgano asegurando y aún su contenido competencial mínimo, tiene un inconveniente que se traduce en que su perfil es particularmente negativo, por lo que no ofrece una herramienta para proyectar un contenido competencial mínimamente exigible. La garantía institucional es un instrumento de resistencia pasiva frente a la actividad legislativa que en ocasiones puede ser nociva para el órgano garantizado o limitadora de sus competencias, a tal punto que en la práctica, lo reduce a nada; pero carece de potencialidad para instar

³⁰García de Enterría, E. (2005). *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*. Madrid: Monografías Civitas.

³¹ La teoría de la garantía institucional aparece en España a partir de los trabajos: *Garantía institucional y autonomías locales* de Parejo Alfonso y *Autonomía municipal y constitución: aproximación al concepto y significado de la declaración constitucional de autonomía local* de Embid Irujo, trabajos que posiblemente influyeron en los lineamientos del Tribunal Constitucional respecto de la garantía institucional y del concepto de autonomía local en la sentencia del 28 de junio de 1981.

³² STC 32 de 1981.

una actividad legislativa positiva³³, es decir, para exigir al legislador una determinada actuación, como lo puede ser el reconocimiento de algunas determinadas competencias.

La garantía institucional es un mecanismo reactivo frente a la actuación legislativa, un parámetro para enjuiciar la constitucionalidad de un precepto legal, pero no se configura como un elemento garantizador de una posición determinada en el esquema institucional. Por ello, la configuración de la autonomía local como una garantía constitucional deja dicha autonomía evidentemente desvalida frente al legislador, la técnica de la garantía institucional conduce a que el legislador se convierta paradójicamente en garante de la garantía institucional de la autonomía local.³⁴

Y dicha posición al parecer está respaldada por el Tribunal Constitucional cuando afirma que: *“La garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas (...) Más allá de ese contenido mínimo que protege la garantía institucional, la autonomía local es un concepto jurídico de contenido legal que permite, por tanto, configuraciones legales diversas.”* (STC 32/1981, FJ 3º; y STC 170/1989, FJ 9º)

Sin embargo, la autonomía institucional trasciende de la mera garantía institucional pues la Constitución le da un reconocimiento que va mucho más allá, de la simple alusión a una institución y establecer una reserva de ley. La Constitución además de proteger los Entes Locales regula sus rasgos básicos, reitera su carácter autónomo y les concede valores superiores del ordenamiento constitucional.

De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar que la autonomía local es algo más que una mera garantía institucional; una regulación al tenor de lo que la Constitución vislumbra de la autonomía local es más bien propia de una auténtica garantía constitucional; esto es, de unos órganos que la Constitución no sólo quiere que

³³Ejemplo de ello es la inoperancia de esta figura jurídica al transponerla al ordenamiento jurídico colombiano en busca de una expedición de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, que determine las competencias del sector central y la periferia, y así, de alguna manera concretizar el principio de autonomía territorial señalada en la Constitución.

³⁴Casado Ollero, G. (2007). La financiación de las Corporaciones Locales: principios de autonomía y suficiencia financiera, en Quintana Carretero, J.P., (Coord.) *Globalización y Principio de Autonomía Local*, Manuales de Formación Continuada, No. 44, Madrid, (Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial).

existan, sino que desea que cumplan unas funciones determinadas. Desde esta perspectiva la Constitución no sólo garantizaría la existencia de la institución, sino que añadiría a esa garantía de existencia un plus, el del diseño de los rasgos constitutivos básicos de la institución garantizada, entre los cuales figuraría un cierto haz de competencias, configurable por el legislador pero partiendo siempre de esos mínimos que se correspondiesen con el diseño constitucional.

Algunos autores como García Morillo hacen referencia a la “*garantía constitucional de la autonomía local*”, a la denominación alemana “*garantía institucional*”, pues la Constitución no se limita a asegurar al municipio en su texto (como lo hace con la autonomía universitaria), sino que además le otorga otros atributos, como la elección de sus autoridades. Asimismo, la autonomía local se menciona en la Constitución en varios apartados (artículos 137, 140, 141-2), por lo que el texto constitucional al regular a los entes locales, respecto de sus características básicas, va más allá del simple establecimiento de una garantía institucional ya que la Constitución no sólo garantiza la continuidad de la institución, sino que le da una configuración, por lo menos básica de una institución garantizada³⁵.

Esta noción es un criterio interpretativo del contenido de la autonomía local en razón de los parámetros configuradores de instituciones, las que para su existencia y funcionalidad necesitan de un contenido indispensable para el cumplimiento de las competencias y funciones que la institución tiene constitucionalmente asignadas.

Se insiste en que la garantía institucional no positiviza sus límites y alcances. Se preocupa sólo de garantizar la existencia de la institución (ente local), situación que tiene que definirse y respetarse en un catálogo de atribuciones elementales señaladas en la Constitución, que permita a las autoridades locales comprender más claramente sus funciones.

Asimismo, en la doctrina se destaca Gallego Anabitarte³⁶ que reseña la garantía institucional como “*instituciones garantizadas constitucionalmente*”, y que consiste en que la Constitución delimitará y organizará las distintas instituciones mediante la

³⁵García Morillo, J. (1998). *La configuración constitucional de la autonomía local*, Seminario de régimen local. Madrid: Marcial Pons.

³⁶Gallego Anabitarte, A. (1994). *Derechos fundamentales y garantías institucionales: Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Madrid: Civitas.

positivización en ella. Y es aquí donde se resalta la importancia de la definición de las competencias en la Constitución, así mismo, sus mecanismos efectivos de protección en caso de que se les vulneren sus facultades, abogando siempre por un verdadero principio de subsidiariedad en el que los servicios sean prestados por quien más eficaz e inmediatamente pueda hacerlo, no siendo llamado al nivel superior, sino sólo cuando los inferiores se muestren incapaces de hacerlo³⁷.

La garantía institucional de las autonomías locales está frágilmente sustentada, pues mientras los derechos fundamentales se encuentran delimitados, fijados y protegidos en la Constitución, no sucede lo mismo con la garantía institucional de la autonomía local, al carecer la misma de un contenido aunque sea mínimo y elemental de derechos o competencias precisas que participen con igual rapidez del efecto protector que resulta de la aplicación directa de los preceptos constitucionales. En concreto, la autonomía local no ha sido susceptible en la Constitución Española de una delimitación sustantiva que le permita protegerse con claridad y rapidez.³⁸

Aunado a esto, la Constitución Española asegura la personalidad jurídica del municipio, pero sus competencias o funciones propias no son llevadas al texto constitucional, sino que la legislación ordinaria se las atribuye, como consecuencia de esto, el municipio español no cuenta con atribuciones definidas constitucionalmente.

Sin embargo, las prescripciones contenidas en la Carta Europea de Autonomía Local³⁹ (CEAL) en relación al concepto (art.3) y alcance de la autonomía local (art. 4), así como de los recursos financieros de las Entidades Locales (art. 9) y la protección de la autonomía local (art. 11), contribuyen a determinar el contenido constitucionalmente exigible de la autonomía local, y a su vez, vinculante para el legislador ordinario encargado de su desarrollo y concreción.

Finalmente, se podría decir que para llegar a la configuración de la autonomía local como una garantía institucional es necesario que los gobiernos locales ejecuten

³⁷Porras Martínez, J.M. (2000). *El conflicto en defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*. Madrid: Cuadernos Civitas.

³⁸García Roca, J. (2000). El concepto actual de autonomía local según el bloque de la constitucionalidad, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* 282, 37.

³⁹Extraído el día 24 de mayo de 2011 en: http://www.femp.es/files/566-353-archivo/carta_europea_autonomia_local.pdf

políticas públicas en sus respectivos territorios y, además, puesto que están democráticamente legitimados, puedan adoptar decisiones propias dentro de un marco normativo previo y diseñado con alcance general. Al mencionar unos ejemplos de Derecho comparando sobre la distribución competencial se han obtenido algunas herramientas conceptuales que permiten, a partir de este momento, centrar la atención en la tipología de las competencias municipales en nuestro ordenamiento jurídico.

III. Bases constitucionales del ordenamiento territorial colombiano: la coexistencia del principio unitario y el principio de autonomía de los entes territoriales

Al mencionar las bases constitucionales se hace referencia al sustento y fundamento del ordenamiento territorial en la Constitución Política de Colombia (CP), sin embargo, con ello no se pretende abarcar y profundizar en toda la regulación constitucional respecto de organización territorial, por tal razón, este estudio se circunscribirá a examinar los rasgos esenciales de los que se pueden considerar como los dos principios básicos de la organización territorial, a saber: el principio unitario y el principio de autonomía de los entes territoriales.

El artículo primero de la Constitución define a Colombia como *“un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”*⁴⁰, lo que se completa con lo establecido en el Título XI constitucional sobre la organización territorial, que consta de cuatro capítulos: el capítulo 1 *“De las Disposiciones Generales”* (artículos 285 al 296), el capítulo 2 *“Del Régimen Departamental”* (artículos 297 al 310), el capítulo 3 *“Del Régimen Municipal”* (artículos 311 al 321) y, finalmente, el capítulo 4 *“Del Régimen Especial”* (artículo 322 al 331) que trata de los Distritos Especiales, las Entidades Territoriales Indígenas.

Del articulado aprobado pueden extraerse como ideas principales relacionadas con nuestro tema de estudio, la atribución de autonomía a las entidades territoriales; el fortalecimiento económico de los entes territoriales; igualmente, la definición del municipio como eje fundamental del Estado; y por último, la consagración de un modelo de democracia participativa.

⁴⁰Los constituyentes optaron por la forma unitaria pero acompañada de autonomía territorial, y no cabe duda que esta nueva fórmula para la organización del Estado genera una serie de tensiones entre ambos principios.

Son entidades territoriales los departamentos – que es el nivel intermedio de la división política administrativa en el ordenamiento territorial colombiano-, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución Política y la ley (artículo 286 CP).

Las entidades territoriales anteriormente mencionadas gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley, tienen los siguientes derechos: gobernarse por autoridades propias, establecer las competencias que les corresponden, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y participar en las rentas nacionales (artículo 287 CP).

La jurisprudencia constitucional ha remarcado que el principio de autonomía tiene unos contenidos mínimos que comportan para los entes territoriales la facultad de gestionar sus asuntos propios, es decir, aquellos que sólo a ellos atañen.⁴¹ Para la Corte, *“el núcleo esencial de la autonomía está constituido en primer término, por aquellos elementos indispensables a la propia configuración del concepto, y especialmente por los poderes de acción de que gozan las entidades territoriales para poder satisfacer sus propios intereses. En segundo lugar encontramos, la inviolabilidad por parte del legislador, de la facultad de las entidades territoriales de gobernarse por autoridades propias. Debe protegerse el derecho de cada entidad territorial a autodirigirse en sus particularidades a través del respeto de la facultad de dirección política que ostentan”*⁴²

El equilibrio entre ambos principios se constituye a partir de unas definiciones constitucionales que establecen unos límites entre uno y otro, no disponibles por el legislador. Por otra parte, la Corte ha precisado que *“por un lado, el principio de autonomía debe desarrollarse dentro de los límites de la Constitución y la ley, con lo cual se reconoce la posición de superioridad del Estado unitario, y por el otro, el*

⁴¹Sentencia C-535/1996, demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 140 de 1994 (parcial), por la que se reglamenta la publicidad exterior visual en el territorio nacional. En este caso la Corte Constitucional entra a estudiar si la autonomía de las entidades territoriales ha sido vulnerada; y para ello, debía determinar si la ley en cuestión reguló o no materias pertenecientes a las competencias de los entes locales. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

⁴²Ibíd.

*principio unitario debe respetar un espacio esencial de autonomía cuyo límite lo constituye el ámbito en que se desarrolla esta última.*⁴³

Esta ha sido una posición no aceptada por algunos, toda vez que se trata de una perspectiva que en el fondo concibe un Estado unitario con descentralización administrativa pero no con una verdadera autonomía de los entes territoriales. “No es, pues, con el principio de jerarquía como deben examinarse las relaciones entre el centro y la periferia, básicamente por dos razones que encuentran sustento en la propia Constitución: la primera es el artículo 1º de la Carta, que en ningún momento superpone un principio a otro; y en segundo lugar, el artículo 288 que establece las reglas por seguir en la distribución de materias entre la Nación lo entes territoriales”⁴⁴

Bajo este entendido, para la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, el legislador deberá tener en cuenta que el contenido esencial de la autonomía se centra en la posibilidad de gestionar los propios intereses (artículo 287), una de cuyas manifestaciones más importantes es el derecho a actuar a través de órganos propios en la administración y el gobierno de los asuntos de interés regional o local.

En la Sentencia C-894/2003 la Corte Constitucional señaló que la autonomía actúa como un principio jurídico en materia de organización competencial, lo que significa que se debe realizar en la mayor medida posible, teniendo en cuenta la importancia de los bienes jurídicos que justifiquen su limitación en cada caso concreto. De tal modo, puntualizó la Corte, “lo que le está vedado al Congreso es sujetar por completo a las entidades que gozan de autonomía, a los imperativos y determinaciones adoptados desde el centro. Dentro de esa línea jurisprudencial se ha fijado el criterio conforme al cual las limitaciones a la autonomía de las entidades territoriales y regionales en materias en las cuales exista concurrencia de competencias de entidades de distinto orden, deben estar justificadas en la existencia de un interés superior, y que la sola invocación del carácter unitario del Estado no justifica que se le otorgue a una autoridad nacional, el conocimiento de uno de tales asuntos en ámbitos que no trasciendan el contexto local o regional,

⁴³Ibíd.

⁴⁴Robledo Silva, P. (2008). El panorama territorial colombiano, Revista Derecho del Estado, núm. 21, 185.

según sea el caso. Para la Corte, ello equivale a decir que las limitaciones a la autonomía resultan constitucionalmente aceptables, cuando son razonables y proporcionadas”.

Desde otra perspectiva, la Corte ha señalado que *“el núcleo esencial de la autonomía es indisponible por parte del Legislador y que su preservación es necesaria para el mantenimiento de la identidad misma de la Carta, dado que es expresión de dos principios constitucionales de la mayor significación, como son la consagración del municipio como la entidad fundamental del ordenamiento territorial y el ejercicio de las competencias asignadas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiaridad (CP arts 288 y 311).⁴⁵ Por esa razón, la jurisprudencia ha puntualizado que “la Constitución ha establecido una garantía institucional para la autonomía de las entidades territoriales por virtud de la cual se fija en la materia un núcleo o reducto indisponible por parte del legislador”.⁴⁶ Así, ha dicho la Corte, “... si bien la autonomía territorial puede estar regulada en cierto margen por la ley, que podrá establecer las condiciones básicas de la misma, en aras de salvaguardar el interés nacional y el principio unitario, la Constitución garantiza que el núcleo esencial de la autonomía será siempre respetado.”⁴⁷*

En este sentido, y con el fin de entender esta concepción del núcleo o reducto indisponible por parte del legislador, conviene sin duda tener en cuenta la postura de Solozábal Echavarría *“La protección que la Constitución confiere a la institución afectada por su reconocimiento puede establecerse en términos cuantitativos, y entonces la preservación del núcleo esencial se entiende como un resto al que no puede alcanzar la sustracción de los rasgos normales o previos de la institución por la regulación del legislador, a quien se le impide el vaciamiento de la misma, o, en términos cualitativos, de modo que lo que se veda al legislador es una normación desfiguradora o desvirtuadora de los rasgos típicos de la institución, con independencia del número de los elementos de la misma que resulten afectados”⁴⁸*

⁴⁵Sentencia C-535/1996.

⁴⁶Ibíd.

⁴⁷Ibíd.

⁴⁸Solozábal Echavarría, J.J. (1991).La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 32, 90.

Al señalar la importancia y trascendencia de la inserción del principio de autonomía territorial en el ordenamiento jurídico y sus consecuencias en la concepción de las relaciones entre el poder central y los poderes periféricos, se encuentra que a partir de la Constitución de 1991 estas relaciones no podían seguir examinándose exclusivamente bajo la óptica del principio de jerarquía, sino por el contrario bajo la idea de competencia.

Es cierto, como ya mencionamos previamente, que la autonomía territorial está reconocida en el texto constitucional en forma de principio fundamental. El artículo 1º de la Constitución Política establece los diferentes principios bajo los cuales estará organizado el Estado y es allí donde los entes municipales tienen el primer fundamento de su propia autonomía.

En el mencionado precepto constitucional se encuentra un juego de varios principios que van a construir un fundamento esencial para la organización del Estado y, en ese orden de ideas, el principio de autonomía hace parte de ese juego ejerciendo un rol principal en el campo de la distribución territorial del poder. De manera que los poderes generales del Estado no podrán ser ejercidos en su totalidad por la administración central, deberá existir una distribución del poder en la que participen las distintas entidades territoriales autónomas. Es decir, la Constitución Política consagró una serie de materias que serán competencia de las entidades territoriales y otras que serán competencia del Estado central; así mismo, dispuso que sería la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (LOOT) la encargada de asignar las competencias normativas a las entidades territoriales, es entonces el principio de autonomía territorial el **garante** del equilibrio entre las competencias de la Nación y las de los entes territoriales.

Ahora bien, es preciso mencionar algunos aspectos sobre los cuales gravita el ordenamiento territorial:

- a) En primer lugar, se encuentra la distribución de competencias y recursos entre la Nación y las entidades territoriales, Leyes 715 de 2001 *“Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad a la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”*, y

1176 de 2007 “*Por la cual se desarrollan los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*”.

- b) Por otra parte, está el ordenamiento espacial, Ley 338 de 1997 que desarrolla los Planes de Ordenamiento Territorial que deben adoptar los municipios y distritos, en busca de orientar y administrar el desarrollo material del territorio y la utilización del suelo.
- c) Finalmente, la división político – administrativa del territorio, conlleva una reconfiguración de la estructura territorial del Estado, pero condicionado a factores geográficos, ambientales, culturales, políticos y administrativos.

De acuerdo con lo anterior, el que más se aproxima a la descentralización (al entenderse está como el proceso de traspaso de competencias, funciones y recursos de un sector o nivel central, a otro sector o nivel que posee autonomía propia para asumir esas facultades) es la distribución de competencias mencionada anteriormente. Sin embargo, existen diversos subtipos de descentralización administrativa:

- 1) La denominada descentralización *funcional o por servicios* que opera para entregar funciones especializadas a entidades con personería jurídica, pero sin ninguna base territorial: el propósito es mejorar el desempeño y administración de servicios que desde el centro resultaría poco o nada eficaz y eficiente y se forman así los llamados “*sector central*” y “*sector descentralizado*”(establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, las sociedades públicas)
- 2) Igualmente, esta la descentralización *por colaboración* se presenta cuando un particular u organismo que no ostenta la calidad de público, asume funciones públicas (las cámaras de comercio en relación al registro mercantil, la notarías respecto de la Fe pública, las curadurías urbanas al aprobar licencias de construcción)
- 3) Por último, la descentralización *territorial*, cuando el ente que recibe ejerce las competencias dentro de un territorio y frente a la población que lo habita. Al

interior de la descentralización territorial pueden operar a su vez, los otros dos subtipos de descentralización administrativa. Por ejemplo, puede ser el caso de un municipio grande que tenga su sector descentralizado (descentralización funcional) y que además, descentralice en las curadurías urbanas determinados servicios (descentralización por colaboración).

Entonces, la descentralización territorial se realiza entre la Nación por un lado y las entidades territoriales, por el otro. La Constitución Política establece en su artículo 287 que las entidades territoriales gozan de autonomía para gestionar sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y las leyes. Por lo tanto, la autonomía territorial se concreta en los siguientes derechos: i) Gobernarse por autoridades propias (autonomía política); ii) Ejercer las competencias que les correspondan (competencial); iii) Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios (financiera); iv) Participar en las rentas nacionales.

Así las cosas, desde 1991 se ha venido desarrollando la descentralización territorial aunque no de manera coherente y sostenible. Las leyes 715 de 2001 y 1176 de 2007 establecen las competencias y las funciones que deben asumir departamentos y municipios, con los recursos de transferencia. La idea es que la descentralización esté en igual sintonía con el ordenamiento territorial: si se busca un Estado regional intermedio entre la fórmula unitaria y federal, se debe asegurar la autonomía de las entidades territoriales, y esto se garantiza a su vez con una efectiva entrega de competencias y funciones. En los últimos años se está asistiendo a una recentralización pues se siente con fuerza el papel del Estado centralista, y a la par, se ha recortado la participación de las entidades territoriales en los recursos presupuestales del nivel nacional⁴⁹.

En el modelo de ordenamiento territorial actual, las entidades territoriales se ocupan de las competencias y funciones que se les ha asignado mediante políticas públicas de carácter integral, diferencial y particular sobre el territorio. Lo incomprensible es que estos intereses, estas dinámicas y formas de intervención sobre el territorio se contrapongan, se anulen o se dupliquen al entrar en contacto con las políticas de

⁴⁹Jiménez Benítez, W.G. (2010). Ordenamiento territorial: problema bicentenario, Revista Diálogos de Saberes, investigaciones *en derecho y ciencias sociales* N° 33, 2010.

nivel nacional⁵⁰, causando crisis al interior del modelo y la pérdida de importantes recursos que podrían estar mejor coordinados y causar mayor impacto para el desarrollo.

Frente al ordenamiento territorial y la descentralización, el regionalismo logró establecer la idea de las entidades descentralizadas autónomas y el traspaso de competencias, recursos y funciones. Para cumplir sus objetivos, el municipio y el departamento, deben diseñar y ejecutar políticas públicas en los diferentes aspectos (agua potable, salud, educación básica, medio ambiente, obras públicas, etc), las cuales se aplican dentro de un territorio específico. La coordinación de las políticas al interior de cada nivel es un imperativo, pero en todo caso siguen una lógica territorial; es decir están diseñadas en función de las prioridades políticas, económicas y culturales establecidas para el desarrollo de la respectiva región.

Por consiguiente, el ordenamiento territorial y la descentralización se encuentran relacionados. La descentralización territorial le da contenido a la idea de la autonomía territorial, pues establece el traslado de competencias, servicios y recursos a cargo de las entidades territoriales.

Igualmente, el ordenamiento territorial requiere descentralización territorial y fortalecimiento de la autonomía regional y local, así como formas de organización y planificación del territorio al interior de las mismas entidades territoriales (descentralización intraterritorial). Al respecto, con la aprobación de la Ley 1454 de 2011 *“Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones”*, se fija la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales que serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley, de la siguiente manera:

“Artículo 28. Los departamentos y municipios tendrán autonomía para determinar su estructura interna y organización administrativa central y descentralizada; así como el establecimiento y distribución de sus

⁵⁰Como es el caso de la reducción de políticas públicas sobre el territorio de carácter eminentemente sectorial, siguiendo la lógica de la división de tareas y funciones por ramos de actividad especializada (salud, educación, medio ambiente, transporte, industria, obras públicas, etc)

funciones y recursos para el adecuado cumplimiento de sus deberes constitucionales.

(...)

Parágrafo. Los municipios son titulares de cualquier competencia que no esté atribuida expresamente a los departamentos o a la Nación.

Cuando el respectivo municipio no esté en capacidad de asumir dicha competencia solicitará la concurrencia del departamento y la Nación.

Parágrafo 2°. Los departamentos y municipios a pesar de su autonomía e independencia podrán asociarse entre ellos para procurar el bienestar y desarrollo de sus habitantes.

(...)

Competencias en materia de ordenamiento del territorio

Artículo 29. Distribución de competencias en materia de ordenamiento del territorio. Son competencias de la Nación y de las entidades territoriales en materia de ordenamiento del territorio, las siguientes:

1. De la Nación

a) Establecer la política general de ordenamiento del territorio en los asuntos de interés nacional: áreas de parques nacionales y áreas protegidas.

b) Localización de grandes proyectos de infraestructura.

c) Determinación de áreas limitadas en uso por seguridad y defensa.

d) Los lineamientos del proceso de urbanización y el sistema de ciudades.

e) Los lineamientos y criterios para garantizar la equitativa distribución de los servicios públicos e infraestructura social de forma equilibrada en las regiones.

f) *La conservación y protección de áreas de importancia histórica y cultural.*

g) *Definir los principios de economía y buen gobierno mínimos que deberán cumplir los departamentos, los Distritos, los municipios, las áreas metropolitanas, y cualquiera de las diferentes alternativas de asociación, contratos o convenios plan o delegaciones previstas en la presente ley.*

Parágrafo. Las competencias asignadas a la Nación en los literales anteriores se adelantarán en coordinación con los entes territoriales.

2. Del Departamento

a) *Establecer directrices y orientaciones para el ordenamiento de la totalidad o porciones específicas de su territorio, especialmente en áreas de conurbación con el fin de determinar los escenarios de uso y ocupación del espacio, de acuerdo con el potencial óptimo del ambiente y en función de los objetivos de desarrollo, potencialidades y limitantes biofísicos, económicos y culturales.*

b) *Definir las políticas de asentamientos poblacionales y centros urbanos, de tal manera que facilite el desarrollo de su territorio.*

c) *Orientar la localización de la infraestructura física-social de manera que se aprovechen las ventajas competitivas regionales y se promueva la equidad en el desarrollo municipal.*

d) *Integrar y orientar la proyección espacial de los planes sectoriales departamentales, los de sus municipios y entidades territoriales indígenas.*

e) *En desarrollo de sus competencias, los departamentos podrán articular sus políticas, directrices y estrategias de ordenamiento físico-territorial con los planes, programas, proyectos y actuaciones sobre el territorio, mediante la adopción de planes de ordenamiento para la totalidad o porciones específicas de su territorio.*

f) *La competencia para establecer las directrices y orientaciones específicas para el ordenamiento del territorio en los municipios que*

hacen parte de un Área Metropolitana correspondiente a estas, la cual será ejercida con observancia a los principios para el ejercicio de las competencias establecidos en la presente ley.

g) Los departamentos y las asociaciones que estos conformen podrán implementar programas de protección especial para la conservación y recuperación del medio ambiente.

3. De los Distritos Especiales

(...)

4. Del Municipio

a) Formular y adoptar los planes de ordenamiento del territorio.

b) Reglamentar de manera específica los usos del suelo, en las áreas urbanas, de expansión y rurales, de acuerdo con las leyes.

c) Optimizar los usos de las tierras disponibles y coordinar los planes sectoriales, en armonía con las políticas nacionales y los planes departamentales y metropolitanos.

Parágrafo 1°. La distribución de competencias que se establece en este artículo se adelantará bajo los principios de descentralización, concurrencia y complementariedad de las acciones establecidas por las entidades territoriales y en coordinación con lo dispuesto por sus autoridades respectivas en los instrumentos locales y regionales de planificación.

Parágrafo 2°. Al nivel metropolitano le corresponde la elaboración de planes integrales de desarrollo metropolitano con perspectiva de largo plazo, incluyendo el componente de ordenamiento físico territorial y el señalamiento de las normas obligatoriamente generales que definan los objetivos y criterios a los que deben acogerse los municipios al adoptar los planes de ordenamiento territorial en relación con las materias referidas a los hechos metropolitanos, de acuerdo con lo previsto en la Ley de Áreas Metropolitanas.

De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar que existe una tendencia a reservar al poder central los asuntos que están especialmente relacionados con el ejercicio de la soberanía o que implican directamente al conjunto de la comunidad política; como por ejemplo la conservación y protección de áreas de importancia histórica y cultural, la determinación de áreas limitadas en uso por seguridad y defensa, etc. Es decir, son temas que requieren ser atendidos desde una óptica general porque afectan los intereses de toda la Nación y porque de su efectivo ejercicio depende en buena medida la organización política, cualquiera que sea el modelo de Estado: federal, regional, autonómico o unitario.

Entonces, las competencias enunciadas anteriormente son a grandes rasgos las competencias que les corresponden al poder central, mientras que para las entidades territoriales como los departamentos y municipios la Constitución hace un reparto exhaustivo de competencias, aunadas a las competencias que les atribuye el legislador. Sin embargo, el artículo 286 de la Constitución señala que a las provincias y las regiones la ley les podrá dar el carácter de entidades territoriales, y a su vez, su respectivo régimen competencial, circunstancia que no se vislumbró en la Ley 1454 de 2011 en relación con el régimen competencial.

Es preciso resaltar que la Constitución por ser la Norma Suprema del ordenamiento jurídico no sólo atribuye competencias al poder central y a los entes territoriales sino que es el fundamento de todo el ordenamiento territorial, esto significa que el poder de las entidades territoriales no es anterior a la Constitución; por el contrario, aparece con ella, es su fuente.

Como se ha dicho, la distribución de competencias que se haga con base en los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, tiene el alcance de una garantía institucional de la autonomía de las entidades territoriales, de manera que medidas legislativas que tengan un alcance restrictivo de esa autonomía deben responder a un principio de razón suficiente. Para determinar la razonabilidad de una limitación de la autonomía de las entidades territoriales es necesario analizar específicamente las competencias o funciones que se restringen.

Ahora, la autonomía implantada en la Constitución Política también se manifiesta como atributo de los entes territoriales. Se trata de una cualidad que la Norma

Fundamental otorga a las entidades territoriales; es una posición jurídica de los entes territoriales que los convierte en autónomos respecto de otro sujeto, el Estado central.

De esta forma, la Constitución reconoce la autonomía de las entidades territoriales, y por esta razón ellas gozan de autonomía normativa, y se constituyen en titulares de esta potestad, a través de la cual ejercerán las respectivas competencias normativas. Es decir, la potestad normativa es la herramienta utilizada por las entidades territoriales para ejercer sus competencias normativas, para regular diversas materias mediante normas jurídicas.

Bajo este entendido, al desplazarse al campo de las competencias municipales, puede reiterarse que los municipios son entidades territoriales que gozan de autonomía y, además, son titulares de autonomía normativa, ejerciendo a través de sus órganos de gobierno y administración principales (Alcalde y Concejo municipal) una potestad normativa secundaria.

La autonomía territorial deber ser concebida *“como condición general de determinados sujetos. Esto es, la autonomía constituye un estatus: el ordenamiento jurídico al reconocer autonomía a este sujeto le está reconociendo un estatus determinado. Este estatus está integrado por la práctica totalidad de las potestades públicas superiores (...) y viene atribuido al ente para la gestión de los intereses propios de la comunidad por él representada”*⁵¹

Por lo tanto, además de ser la autonomía territorial un principio que encuentra fundamento en el artículo 1 de la CP, es un atributo o cualidad de los entes territoriales; tal como se estipula en el artículo 287 de la CP. El citado precepto dispone:

“Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

- 1. Gobernarse por autoridades propias.*
- 2. Ejercer las competencias que les correspondan.*

⁵¹Galán Galán, A. (2001). *Potestad normativa autónoma local*. Barcelona: Atelier.

3. *Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.*

4. *Participar en las rentas nacionales”*

En este artículo se observa una regla constitucional que viene a concretar el principio contenido en el artículo 1 de la CP. Esta norma igualmente contiene lo que podría llamarse consecuencias o efectos concretos de la autonomía, como atributo de las entidades territoriales.

En primer lugar, se evidencia la cláusula general que asocia el ejercicio de la autonomía a la gestión de determinados intereses. Se trata de intereses colectivos que corresponden a la comunidad de la respectiva entidad territorial, es decir, por ejemplo, los intereses propios o inherentes a la vida municipal y también aquellos que sean legítimamente adjudicados.

Desde esta óptica, se trata de un concepto cuyo contenido podrá llenarse a partir de otros preceptos constitucionales, distintos del artículo 287, y de la labor del órgano legislativo. El alcance de la autonomía dependerá de lo que la Constitución y la ley determinen en relación a los intereses de las entidades territoriales en las distintas materias o sectores de acción territorial. Por lo tanto, se deja un marco de definición muy reducido a las autoridades territoriales, esto sin duda constituye un obstáculo de gran importancia en el ejercicio de la autonomía territorial.

Del estatus de ente autónomo se deriva la titularidad de determinados derechos. El artículo 287 de la CP define el contenido de la autonomía territorial en Colombia y dicho contenido se concreta a través de la propia Constitución, que lo ha llamado derechos de las entidades territoriales. Por consiguiente, lo que la Constitución atribuye a las entidades territoriales en virtud de la autonomía que ella misma garantiza son ciertas potestades con base en las cuales dichos entes territoriales ejercerán sus respectivas competencias.

Por lo cual, la Corte Constitucional, como máximo guardián de la Constitución, tiene como obligación impedir la vulneración de la autonomía de los entes territoriales, y para lograr este cometido otorgó a los derechos contenidos en el artículo 287 el calificativo de núcleo esencial o reducto mínimo indisponible de la autonomía

territorial en Colombia. Es decir, el juez constitucional percibió la necesidad de determinar con claridad el contenido mínimo del principio de autonomía territorial, su núcleo esencial, aquella porción irreducible de autonomía que debe ser respetada por todos los poderes públicos en especial por el legislador, evitando que este suprima y vacíe su contenido.

Sin embargo, como es principalmente a través de la ley que debe desarrollarse el contenido de la autonomía municipal, se debe permitir al legislador una intervención en su justa medida, de manera que dé forma a la institución garantizada, sin dañar su esencia, pues de lo contrario el ordenamiento jurídico tendería a endurecerse.

Así, la posibilidad de una invasión del legislador al ámbito competencial de los entes territoriales es potencial; por ello, esta regla constitucional sirve para solucionar esas posibles controversias y, además, el operador jurídico puede hacer la “*proyección normativa*” del mencionado principio, es decir, del principio de autonomía territorial, para solucionar casos concretos, ya que la Corte Constitucional ha otorgado a los principios constitucionales un amplio poder vinculante⁵².

No obstante, es preciso recalcar que al lado de este principio de autonomía territorial el constituyente estableció el principio unitario. Este último se manifiesta como fundamento y límite de la autonomía territorial. Dicho de otro modo, el concepto de autonomía sólo es posible en el marco del Estado unitario.

Una vez plasmadas las anteriores aserciones sobre la autonomía municipal, ahora queda presentar algunas apreciaciones sobre cada uno de los derechos consagrados en el artículo 287 de la Constitución Política.

En primer lugar, los municipios en Colombia son titulares del derecho a gobernarse por autoridades propias. Así, el contenido democrático es ineludible al referirnos de autonomía municipal. Es decir, los miembros de un municipio deben darse su propio gobierno, un gobierno con rasgos de autoresponsabilidad y autoorganización, en donde exista una relación de identidad entre la administración y sus administrados, a través de un gobierno propio carente de controles jerárquicos provenientes de otros niveles territoriales.

⁵²Véase a Robledo Silva, P. Ob., cit.,p. 183.

Igualmente, es preciso mencionar que todo sistema político local debe garantizar un correcto desempeño de las tareas de gobierno y administración que les han sido confiadas a sus dirigentes; y debe asegurar la participación de las minorías políticas a través de mecanismos eficaces de control político; por último debe procurar que los sistemas de democracia representativa local se complementen con mecanismos de participación ciudadana.

Siguiendo con el contenido del artículo 287 de la CP, este precepto también estableció el derecho de los entes territoriales a ejercer las competencias que les correspondan, aunque no era necesario que la Constitución concediera expresamente este derecho a los entes territoriales, ya que es bastante obvio que si la Constitución y la ley le atribuyeran un régimen competencial a los municipios, éstos tengan derecho a ejercer dichas competencias; lo que se resalta de este apartado es que el constituyente no cerró el proceso de asignación de competencias a los entes territoriales; lo que realizó fue habilitar al legislador para participar en la atribución de competencias.

De esta forma, en materia municipal el fundamento substancial de su régimen competencial, a nivel constitucional, se encuentra en los artículos 311, 313 y 315⁵³, que consagran una reserva de ley ordinaria. Por el contrario, en los artículos 151 y 288⁵⁴ de la Constitución, que hacen referencia a la distribución de competencias entre las entidades territoriales, se establece una reserva de ley orgánica. Es importante tener en cuenta que ambos preceptos hacen referencia a la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial.

⁵³Colombia, Constitución Política de 1991, Título XI. *De la Organización Territorial, Artículo 311. Al municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes.*

Artículo 313 (funciones del Consejo Municipal) y; Artículo 315 (atribuciones al Alcalde)

⁵⁴Colombia, Constitución Política de 1991, Título VI. *De la Rama Legislativa, Artículo 151. El Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ellas se establecerán los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales (...), Título XI. De la Organización Territorial, Artículo 288. La ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales. Las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley.*

La Corte Constitucional al señalar que el artículo 287 de la Constitución contiene el núcleo esencial de la autonomía territorial, significa que los derechos de las entidades territoriales allí consagrados, constituyen aquella porción irreductible de la autonomía territorial que debe ser respetada por todos los poderes públicos, en especial por el legislador, quien está habilitado para desarrollar dicho precepto constitucional.

Por consiguiente, las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses y, dentro de los límites de la Constitución y la ley, tienen diferentes potestades, entre las que figura la de ejercer las competencias que les correspondan.

Entonces, el artículo 287 de la CP contiene una cláusula general de competencias para todas las entidades territoriales⁵⁵ que une la noción de autonomía con la gestión de determinados intereses. Pero trasladándonos al ámbito municipal, nos preguntamos ¿cuáles serán dichos intereses?.

Se ha dicho que por intereses respectivos debe entenderse aquellos intereses que corresponden a una determinada comunidad, ya sea porque son inherentes a dicha comunidad o porque son legítimamente delegados.

Entonces, siguiendo lo anterior, se podría entender que al hablar de intereses inherentes a la comunidad municipal se está aceptando la teoría clásica francesa, a la que hace referencia en líneas anteriores, sobre los intereses naturales de los municipios?

Se pensaría que la respuesta es negativa, pues si bien es cierto que ni la Constitución ni la ley definió cuales eran dichos intereses en el ámbito municipal, el artículo 311 de la CP y, como desarrollo de esta norma, el artículo 3º de la Ley 36 de 1994, asignan una serie de competencias materiales a los municipios en su calidad de entidades fundamentales de la división político-administrativa del Estado, que deben entenderse como competencias propias de los entes municipales.

⁵⁵En este sentido se pronunció la Corte Constitucional al analizar el contenido del principio constitucional de autonomía. Para la Corte el artículo 287 de la CP contiene una cláusula general de competencias a favor de las autoridades de las entidades territoriales para regular lo concerniente a sus propios intereses. Para la Corte este precepto constitucional está en clara sintonía con la cláusula general de competencias que se prevé en la Carta Europea de Autonomía Local a favor de las autoridades locales. Cfr. Sentencia C-478/1992 Magistrado Ponente: *Eduardo Cifuentes Muñoz*.

Sin embargo, estos dos preceptos poseen listados de competencias que, por su amplitud, como por mandato constitucional y legal, deben ejercerse en coordinación con los demás niveles territoriales⁵⁶; es decir, no es posible que se trate de materias atribuidas en su totalidad a los municipios.

En últimas, los municipios ejercerán sus competencias en dichas materias en lo que corresponda a los intereses y necesidades de sus respectivas comunidades, y serán las leyes sectoriales las que determinen el grado de participación de cada uno de los niveles territoriales. Y de esta manera, se podría afirmar que la noción de competencias propias del nivel municipal está ligada con la idea de participación de todos los niveles territoriales en dichas materias y con el principio de reserva de ley. Algunos ejemplos son los siguientes:

A los entes municipales corresponde la prestación de servicios públicos en su respectivo territorio y el fundamento constitucional de esta afirmación se encuentra en dos preceptos constitucionales, los artículos 311 y 365. Este último establece como una de las finalidades del Estado la atención y prestación de los servicios públicos en el territorio nacional; no obstante, al leer este artículo no se debe entender por Estado exclusivamente el nivel central de la administración; por el contrario, por Estado, para este caso, debe entenderse el conjunto de niveles territoriales.

Dentro de los servicios públicos que debe prestar el Estado y, por ende, el municipio, están la educación y la salud. Igualmente, la Constitución prevé (art. 300-10) que las Asambleas departamentales están llamadas a regular en concurrencia con los municipios, y en los términos que determine la ley, dichas materias.

Con relación a la educación se puede decir que la CP la reguló en forma dual: como un derecho de la persona y como un servicio público cuya dirección, financiación y administración están a cargo de la Nación y las entidades territoriales, en los términos de la CP y la ley⁵⁷

Por otra parte, el servicio público educativo no es una tarea única del Estado, así, la educación puede ser prestada tanto directamente por el Estado, de forma

⁵⁶Arts. 288 y 298 C.P., y Ley 136 de 1994, art. 2 y 4.

⁵⁷Art. 67 CP

descentralizada a través de instituciones educativas públicas, como por particulares, por medio de establecimientos educativos privados⁵⁸.

Ahora bien, respecto de la educación pública, es decir, aquella cuya prestación está en cabeza del Estado, se puede decir que se trata de una actividad compartida y coordinada entre la Nación y las entidades territoriales, pero que la Nación ejerce con un mayor grado de participación en su planeación, que el resto de niveles territoriales, a través del Ministerio de Educación⁵⁹

Con relación a la administración y regulación del servicio educativo se debe enfatizar que también corresponden tanto a la Nación como a los entes territoriales (art. 67 CP). Con relación a la participación municipal, en el tema de la regulación del servicio, la ley señala que los departamentos, los distritos y los municipios lo harán en sus respectivas jurisdicciones⁶⁰

Adicionalmente, la ley atribuye a los municipios un catálogo importante de funciones dentro de lo que ella define como la administración municipal de la educación. Así, le corresponde a los municipios “(...) *organizar, ejecutar, vigilar y evaluar el servicio educativo; nombrar, remover, trasladar, sancionar, estimular, dar licencias y permisos a los docentes, directivos y personal administrativo, orientar, asesorar y en general dirigir la educación en el municipio (...)*”

Ahora bien, es cierto que la Constitución y las leyes atribuyen competencias a los entes municipales, pero se debe precisar que para ello utilizan técnicas distintas. Mientras que la Constitución atribuye competencias a los municipios mediante listados abiertos, dejando en manos del legislador el desarrollo de las competencias constitucionales y la atribución de nuevas competencias; por el contrario, el sistema utilizado por el legislador para la atribución de competencias se basa en listados cerrados, es decir, las leyes establecen listados de competencias que no pueden quedar abiertos para que otras fuentes del Derecho sean el origen de nuevas competencias. De ser así, se estaría violando la reserva de ley establecida en la Constitución.

⁵⁸Art. 68 CP y art.3° de la Ley 115 de 1994 “*Por la que se expide la Ley General de Educación*”

⁵⁹Art. 148 de la Ley 115 de 1994

⁶⁰Art. 150 de la Ley 115 de 1994

En este orden de ideas, cabe precisar que si bien es cierto, que el proceso de concreción de las competencias locales o municipales depende del legislador, parece discutible, que éste deba actuar de forma que agote todos los supuestos constitucionales. Es decir, no es conveniente que el legislador regule de forma minuciosa y detallada por medio de la atribución de competencias todos los intereses locales, puesto que, en esta medida, el campo de decisión propia de los entes territoriales se podría ver sometido a un progresivo vaciamiento.

Por último, se hará referencia a tres derechos de los municipios: el derecho a administrar sus recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones; el derecho a participar en las rentas nacionales; y finalmente, el derecho a elaborar sus propios presupuestos, que si bien el constituyente no los incluyó en el artículo 287 de la CP, a juicio de la Corte Constitucional, también hace parte del núcleo esencial de la autonomía de las entidades territoriales.

La Constitución refleja o mejor aún explica los antecedentes, las circunstancias que acompañaron su promulgación, los valores, la organización institucional, los principios generales, y por supuesto, los derechos contemplados en ella, que definen los grandes rasgos de un autentico proyecto político cuya realización y materialización efectiva se reserva principalmente a la labor del legislador.

Cabe decir que la Constitución se caracteriza por la enunciación de objetivos y prioridades que por la designación de medios y modos para alcanzarlos, dicha concreción se reservaría de manera exclusiva al legislador. Tal y como ocurre al institucionalizar la figura de la autonomía de los entes territoriales (artículo 1). En tal caso, la Constitución funciona como norma básica, de objetivos, cuyo desarrollo es de competencia del órgano legislativo con una discrecionalidad inestable, en cuanto a la oportunidad y al contenido, en relación a la voluntad constitucional directamente dependiente de la naturaleza del valor, derecho o aspecto cuya regulación legal ha de concretarse.

Por ende, la voluntad constitucional insta al legislador a tomar posición sobre determinados asuntos, encontrando que el constituyente, pensando en concretar y desarrollar el principio de autonomía territorial, ha dejado en la voluntad legislativa dicha labor.

Si bien es cierto, la Constitución de Colombia no desarrolla todos los detalles, procedimientos, mecanismos, recursos, instituciones que se establecen en las normas constitucionales, en algunos casos si se prevén normas particularmente minuciosas en donde se encuentran todas las especialidades para desarrollar, los principios e instituciones enunciados. Sin embargo, en la mayoría de los casos, por muy extensa que pretenda ser la Constitución, ésta no puede desarrollarlo todo normativamente, razón por la cual se encomienda al legislador que provea los mecanismos, instituciones y recursos que posibiliten el cumplimiento del precepto constitucional⁶¹.

Además, como lo demuestra la Sentencia C-149 de 2010⁶², la posibilidad de una invasión de competencias por parte del poder central respecto de los entes territoriales es latente; no obstante, las herramientas para solucionar estos posibles conflictos están al alcance de la jurisdicción constitucional.

⁶¹ La política pública en lo atinente al ordenamiento territorial en Colombia tiene unos lineamientos generales centralizadores que la Constitución contiene y que la clase dirigente en el ejercicio de sus funciones y el marco normativo interno ha desarrollado con acciones tendientes al cumplimiento de este propósito general y específico que les compete en su **propio beneficio** (no de la ciudadanía en general como debe ser) y del entorno geográfico y político de su competencia. A partir de la Constitución de 1991, se establece un nuevo ordenamiento territorial en Colombia, manteniendo los departamentos y municipios como entidades territoriales, pero consagrando nuevas figuras como las regiones (unión de departamentos) y las provincias (unión de municipios), con mayor autonomía que las áreas metropolitanas y asociaciones de municipios. Además, establece las entidades territoriales indígenas con su respectiva normatividad específica. El grave problema para la creación de regiones en Colombia es la ambivalencia existente en la Carta Política (artículo 306) que consagra regiones no con autonomía plena porque son de carácter económico y de planeación y en el artículo 307 que menciona que las anteriores regiones administrativas pueden transformarse en regiones en sentido político. Es decir, con la posibilidad de tener estatutos propios que equivalen a normas propias o cierto tipo de 'leyes' que se adecuen a su propia identidad sociocultural; sin embargo, lo anterior tiene un gran obstáculo que obedece, entre otras cosas, a la naturaleza propia de nuestra clase política que no se arriesga a sacrificar sus feudos electorales (departamentos) que podrían articularse a una macro región en la cual seguramente sus electorados cautivos no van a jugar un papel preponderante pudiendo llegar a extinguirse por tanto los privilegios adquiridos.

⁶²Sentencia C-149/2010, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. En esta sentencia la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del artículo 79 de la Ley 1151 de 2007 "*Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010*"- Plan de Gobierno- , al considerar que se desplazo las competencias asignadas a los concejos municipales o distritales, según sea el caso, en materia de adopción, elaboración, revisión y ejecución de los planes de ordenamientos territoriales –POTs- al considerarlos seguidamente, asuntos de alto impacto para el desarrollo de los municipios o distritos.

III. 1.1. La incursión de normas orgánicas en el ordenamiento territorial: Ley 1454 de 2011.

Siguiendo a la Corte Constitucional es admisible que la ley orgánica se limite a establecer los principios generales de distribución de competencias entre el poder central y las entidades territoriales. Así, con base en esa norma orgánica, la ley ordinaria puede asignar competencias específicas. Sin embargo, lo que no es plausible es que la ley ordinaria distribuya o asigne competencias entre la Nación y las entidades territoriales sin que una ley orgánica previa, o la propia Constitución, hayan establecido los principios generales de esa distribución⁶³; situación que no se da en el actual panorama para el ejercicio de las competencias, pues el artículo 27 de la Ley 1454 fija los principios rectores del ejercicio de competencias, sumados a los establecidos en el artículo 209 de la Constitución.

Con la clara falta de consenso durante el debate constituyente respecto a las reformas territoriales que debían implementarse con la expedición de la Carta Política; los constituyentes decidieron que el poder legislativo, a través de una ley especial, fuera encargado de concretar el modelo territorial y regular aquellos aspectos de mayor importancia que la Constitución dejaba pendientes. Así la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial se define como la norma a través de la cual el legislador desarrolló los principios y las instituciones que van a regir la organización territorial colombiana.

En sentencia C-579 de 2001⁶⁴ la Corte Constitucional afirmó que materias son propias del ordenamiento territorial que deben regularse mediante ley orgánica:

- La distribución y asignación de competencias entre la Nación y las entidades territoriales (artículo 288 C.P.)
- Aquellos eventos excepcionales en los cuales la Constitución concede a la LOOT el tratamiento de ciertos asuntos específicos, sin que exista un criterio

⁶³Sentencia C-600A/1995, Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 60 de 1993. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. En este caso la Corte debía juzgar si la ley acusada había violado el principio de reserva de Ley Orgánica.

⁶⁴Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 617 de 2000 (parcial). Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. En este caso la Corte debía juzgar si la ley acusada había violado el principio de reserva de Ley Orgánica y de unidad material.

general y uniforme que haya orientado al constituyente para exigir la regulación de estas distintas materias a través de ley especial, tales como: el establecimiento de los requisitos para la formación de nuevos departamentos (artículo 297); la regulación de la región⁶⁵ (artículo 307); el régimen de las áreas metropolitanas⁶⁶ (artículo 319); y por último, la fijación de las condiciones para la conformación de las entidades territoriales indígenas (artículo 329).

Sin embargo, es preciso resaltar que la Corte Constitucional es varias oportunidades se ha pronunciado sobre este tema, manteniendo dos tesis distintas respecto del alcance de la reserva de ley orgánica.

En primer lugar, fija la reserva de ley desde una perspectiva restringida. En decisiones como C-894/1999⁶⁷, C-432/2000⁶⁸, C-540/2001⁶⁹, entre otras, la Corte Constitucional ha sostenido que en caso de duda respecto de si una determinada materia tiene reserva de ley orgánica o no, siempre debe resolverse a favor del legislador ordinario, básicamente por dos razones: por la existencia de una cláusula general de competencia a favor del legislador ordinario; y porque las limitaciones propias de la leyes orgánicas constituyen un límite al proceso democrático. Por lo que para la Corte aquellas materias que no hayan sido objeto de un expreso

⁶⁵ En relación a la determinación de los principios para la adopción del estatuto especial de la región, así como las condiciones para su conversión en entidad territorial, sus atribuciones, órganos de administración, sus recursos y su participación en el manejo de los ingresos provenientes del Fondo Nacional de Regalías.

⁶⁶ La Ley de Ordenamiento Territorial en desarrollo de lo previsto en el artículo 319, insta para que el régimen fiscal especial para las áreas metropolitanas precise las fuentes de los aportes de las entidades territoriales que formarán parte de la misma, así como los porcentajes de tales aportes.

⁶⁷ Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 117, 122, 123, 128 y 134 de la Ley 488 de 1998, por la que se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones fiscales de las entidades territoriales. En este caso la Corte se pregunta si una norma que autoriza a las entidades territoriales para establecer un determinado impuesto y, en consecuencia, las faculta para definir algunos de los elementos de la renta, se encuentra sometida a la reserva de ley orgánica. Para la Corte las normas demandadas no aparejan un verdadero reparto de competencias, se limitan a reglamentar el ejercicio de competencias adscritas directamente por la Constitución a los departamentos, distritos y municipios. Se trata de disposiciones fundamentalmente tributarias expedidas en ejercicio de las facultades conferidas al legislador ordinario por la propia Constitución (artículos 150, 151, 150-12). Por lo tanto, afirmar que las mencionadas normas tienen necesariamente reserva de ley orgánica implicaría adicionar el catálogo taxativo del artículo 151 de la Carta Política, razón por la cual, la Corte considero que la reserva de ley orgánica no había sido vulnerada.

⁶⁸ Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 21 (parcial) de la Ley 344 de 1996, “*Por la que se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones*”. La Corte Constitucional se pronuncia sobre el concepto y naturaleza de las leyes orgánicas.

⁶⁹ Sentencia C-540/1997, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 74 y 77 de la Ley 42 de 1993, que reglamenta la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen.

señalamiento por parte del constituyente, en el sentido de que deban tramitarse como leyes orgánicas, deberán entenderse sujetas a la competencia del legislador ordinario.

No obstante, en otras decisiones (C-600A/1995⁷⁰, C-281/1997⁷¹ y C- 795/2000⁷² la Corte ha concebido la reserva de ley orgánica en materia territorial, desde lo que podría llamarse una perspectiva amplia y flexible. Con esta tesis la Corte ha sostenido que la Constitución no trata de manera clara en un solo artículo o capítulo el contenido general de la legislación orgánica territorial, sino que varias disposiciones situadas en diferentes títulos de la Constitución aluden a ella. En últimas, para la Corte la Constitución no es sistemática en la definición del contenido del ordenamiento orgánico territorial, puesto que los temas son bastante diversos.

Considera la Corte que no resulta viable realizar una interpretación literal y restrictiva del texto constitucional, según la cual sólo correspondería a este tipo de legislación orgánica aquello expresamente señalado por estos artículos de la Carta, puesto esto conduciría a ciertas ambigüedades e inconsistencias, pues el criterio puramente literal no es suficiente ni adecuado para delimitar el contenido general de la legislación orgánica territorial, por cuanto hay contenidos que la Constitución tácitamente ha diferido a este tipo de estatuto, aun cuando los artículos

⁷⁰ Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 6 de 1993. En este caso la Corte juzga si la ley acusada ha violado el principio de reserva de Ley Orgánica.

⁷¹ Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 185 a 224 de la Ley 223 de 1995, por la que se expiden normas sobre racionalización tributaria y se dictan otras disposiciones. El demandante considera que las normas demandadas violan varios preceptos de la Constitución, entre ellos el artículo 151; pues, a su juicio, las normas demandadas equivalen a disposiciones relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales, razón por la cual las regulaciones en ellas contenidas debieron dictarse a través de una ley orgánica. La Corte señala que los supuestos contenidos en las normas acusadas no violaron la reserva de ley orgánica, puesto que perfectamente podían ser regulados mediante leyes ordinarias.

⁷² Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 7.2 (parcial) de la Ley 388 de 1997, “*Por la que se modifica la Ley 9ª de 1989 y la Ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones*”. El demandante considera que la norma acusada viola el Preámbulo y los artículos 1ª, 2ª, 7ª, 9ª inciso primero, 13, 93, 286, 287, 288, 329, 330 y 333 inciso quinto, de la Constitución Política, porque no se debe involucrar a los pueblos indígenas en un proceso de ordenamiento territorial y urbano y, dejarlos bajo las directrices de los departamentos sin que previamente se encuentren conformadas y definidas sus entidades territoriales, a través de una ley orgánica que establezca las competencias entre las comunidades indígenas y las demás entidades territoriales. La Corte declara la inexequibilidad de la norma acusada, pero se manifiesta a favor de una interpretación no restrictiva del principio de reserva de ley orgánica. Es preciso resaltar que la sentencia cuenta con un salvamento de voto de los magistrados Alfredo Beltrán Sierra y Vladimiro Naranjo Mesa, quienes sostienen que una interpretación tan amplia de la reserva de ley orgánica podría terminar por vaciar el contenido de las competencias del legislador ordinario y en esa medida restringir el principio democrático que orienta el Estado de Derecho que hoy nos rige.

constitucionales respectivos no hayan utilizado, de manera literal, la expresión “ley orgánica territorial”

Es decir, la finalidad de la legislación orgánica territorial explica que ciertos temas deban ser regulados por este tipo de leyes, como las condiciones y requisitos de existencia de las entidades territoriales y de ciertas divisiones administrativas del territorio, así como su régimen jurídico básico. Igualmente, ciertos mecanismos de participación relacionados con el ordenamiento territorial, como por ejemplo aquellos que decidan la incorporación y pertenencia a una división o a una entidad territorial, asignar las competencias normativas y no normativas a las entidades territoriales, y establecer la distribución de competencias entre la Nación y estas entidades, como es el caso de la Ley 1454 de 2011.

La Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial le da vida al contenido del artículo 288 de la CP que determina un régimen general de competencias, no de materias específicas. Pues bien, como los departamentos y municipios gozan de un régimen constitucional de competencias detallado, la distribución de competencias que hace la LOOT, tiene dos objetivos a saber: i) establece las competencias básicas de las demás entidades territoriales, es decir, unos mínimos competenciales; ii) determina mediante reglas generales, las competencias de la Nación, ya que en la Constitución se encuentran dispersas en diversos preceptos. Y no cabe duda que esta técnica constitucional utilizada hasta antes de la promulgación de la Ley 1454 de 2011 no contribuyó de manera acertada con los posibles contenidos del régimen competencial de las entidades territoriales.

Sin embargo, la LOOT al regular con mayor detalle la autonomía de los entes territoriales, creando nuevas competencias normativas para los departamentos y municipios, distintas a las que ya han sido establecidas en la Constitución; podría verse disminuida dicha autonomía en la medida en que todo su campo de acción quedaría regulado por la ley, pues la CP estableció un amplio menú de materias para que tanto los departamentos como municipios ejerzan sus potestades normativas.

En este orden de ideas, la LOOT es una norma de carácter instrumental toda vez que regula la actividad legislativa del Congreso de la República a través de la

creación de la Comisión de Ordenamiento Territorial (COT) y las Comisiones Regionales de Ordenamiento Territorial (Comisiones Departamentales, Comisiones Municipales).

El artículo 288 de la CP establece que la distribución de competencias entre la Nación y la entidades territoriales se llevará a cabo mediante ley orgánica, sin embargo, los constituyentes no elaboraron un listado de temas específicos o concretos sobre los cuales versaría el reparto competencial. Por el contrario, la CP se limita a indicar que mediante ley orgánica, es decir, una ley que sirve de parámetro para adoptar otras futuras leyes, se regule tales relaciones.

Así las cosas, la LOOT regula lo referente a la actividad legislativa que debe desarrollar el Congreso de la República con el fin de determinar las relaciones entre la Nación y las entidades territoriales, sin regular directamente ningún tema. Es decir, la LOOT establece de manera general, las pautas para que el legislador ordinario desarrolle a futuro determinados temas, razón por la cual dicha Ley no se caracteriza por detallar y precisar temas específicos, pues de lo contrario estaría petrificando el ejercicio de la actividad legislativa, y a su vez, vaciando de competencias al legislador ordinario.

No obstante, la LOOT consagra que los municipios son titulares de cualquier competencia que no esté atribuida expresamente a los departamentos o a la Nación, esta afirmación es importante desde el punto de vista de la transparencia y comprensión del sistema delimitación de competencias entre la Nación y los entes municipales. Pone el relieve la necesidad y preocupación por proteger el ámbito de actuación de los municipios e, incluso, por limitar el ámbito de actuación tan extensivo de sector central, quienes sólo actuarán dentro de los límites de las competencias que les atribuyen la Constitución y la Ley 1454 de 2011.

De manera gráfica, se puede decir que los departamentos y la Nación sólo pueden hacer lo que les permite expresamente la CP y la LOOT, mientras que los municipios pueden hacer todo lo que la CP y la LOOT no les asignen a los departamentos y la Nación.

Igualmente, la LOOT desarrollo preceptos constitucionales con relación a las demás entidades territoriales (distritos, provincias y regiones), estableciendo un régimen mínimo de competencias normativas propio para dichas entidades, evento que se podría calificar de favorable pues estas entidades territoriales adolecen de competencias normativas de carácter constitucional.

Sin embargo, para el caso de las entidades territoriales indígenas en virtud de lo establecido en el artículo 329 de la Constitución Política el Gobierno Nacional presentará al Congreso de la República, dentro de los diez (10) meses siguientes a la vigencia de la presente ley, el proyecto de ley especial que reglamente lo relativo a la conformación de las Entidades Territoriales Indígenas, acogiendo los principios de participación democrática, autonomía, territorio, en estricto cumplimiento de los mecanismos especiales de consulta previa, con la participación de los representantes de las comunidades indígenas y de las comunidades afectadas o beneficiadas en dicho proceso.

Por otra parte, la LOOT le da el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y la ley, consagrándose así una “regionalización” apoyada en los principios rectores de la LOOT y en su contenido. Así mismo, se iniciará el establecimiento de Regiones de Planeación y Gestión (RPG), Regiones Administrativas y de Planeación y la proyección de Regiones Territoriales como marcos de relaciones geográficas, económicas, culturales y funcionales, a partir de ecosistemas bióticos y biofísicos, de identidades culturales locales, de equipamientos e infraestructuras económicas y productivas y de las relaciones entre las formas de vida rural y urbana.

Igualmente, se resalta la conformación de asociaciones de entidades territoriales como la asociación política y administrativa de dos o más departamentos para organizar conjuntamente la prestación de servicios públicos, la ejecución de obras en el ámbito regional y el cumplimiento de funciones administrativas propias, mediante convenio o contrato-plan suscrito por los gobernadores respectivos, previamente autorizados por las asambleas departamentales y para el ejercicio de competencias concertadas entre sí en un marco de acción que integre sus respectivos planes de desarrollo en modelo de planificación integral conjunto.

Así las cosas, la creación y el desarrollo de Regiones de Planeación y Gestión, Regiones Administrativas y de Planificación, la regionalización de competencias y recursos públicos se enmarcan en una visión del desarrollo hacia la complementariedad, con el fin de fortalecer la unidad nacional.

El artículo 17 de la LOOT señala que la naturaleza y funcionamiento de los esquemas asociativos es de entidades administrativas de derecho público, con personería jurídica y patrimonio propio e independiente de los entes que la conforman. Sin embargo, al considerar que al establecer a reglón seguido que en ningún caso las entidades territoriales que se asocien podrán generar gastos de funcionamiento adicionales con cargo a su presupuesto o al presupuesto general de la Nación, ni incrementar la carga burocrática de las respectivas entidades que las conformen, generará una barrera en el funcionamiento de los mencionados esquemas asociativos, toda vez que para el mismo se necesita de recursos y de personal.

Por consiguiente, sólo con los años y una vez en marcha la LOOT se confirmará si fue un paso efectivo en la regionalización o sólo un intento fallido, pues la regionalización tiene como finalidades orientar el desarrollo regional, la inversión y la competitividad en los términos previstos en el artículo 306 de la Constitución Política y en el marco de los principios consagrados de la LOOT, acentuando en la gradualidad, flexibilidad y responsabilidad fiscal.

No es posible finalizar este apartado sin mencionar que no es razonable creer que la LOOT posea un potencial de cambio en donde los mandatos constitucionales parecen haber fracasado. En otras palabras, lo que quedó faltando en la Constitución de 1991 en materia de ordenamiento territorial no es cuestión de simple detalle; y por tanto, las decisiones políticas que la Asamblea Nacional Constituyente no tomó no podrán ser adoptadas por el legislador. Así las cosas, poco puede esperarse de la LOOT pues, *“al estar necesariamente subordinada a la Constitución, inevitablemente la reproduce y amplifica, tanto en lo favorable como en lo desfavorable”*⁷³

⁷³Hernández Becerra (2000), en este mismo sentido, cfr. *“La Ley orgánica de ordenamiento territorial no conduce a ninguna parte*. Ponencia en el Foro Regional de Ordenamiento Territorial *“Para una Ley Orgánica de*

Por consiguiente, una herramienta que se torne eficaz para la defensa de la autonomía y que a su vez permite materializar dicho principio, es lo que continuación estudiaremos, es una figura desarrollada por la doctrina y la justicia constitucional denominada la garantía institucional.

Ordenamiento Territorial”, Bogotá, Senado de la República. Y “La Ley Orgánica y futuro de la descentralización territorial”, *Revista Centro de Estudios Políticos del Ministerio del Interior y de Justicia*, N° I, julio- diciembre, 2009.

IV. La garantía constitucional como herramienta de defensa de la autonomía territorial en Colombia

La teoría de las garantías institucionales se adoptó en Colombia a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional; hasta el día de hoy no se conoce ningún estudio doctrinal sobre el tema publicado en Colombia. Por lo cual, ha sido entonces la Corte Constitucional la encargada de introducir esta categoría jurídica en el ordenamiento.

La Corte Constitucional desde sus primeras sentencias utilizó la expresión garantía institucional para referirse a la autonomía que la Constitución le otorgó a las entidades territoriales, salvo la sentencia C-263/1996⁷⁴ que intento aclarar este concepto, sin embargo, las referencias al concepto de garantía institucional únicamente aparecen en el salvamento de voto del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.

Según lo consignado por el magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz en su salvamento de voto, en la Constitución existen varias instituciones (autonomía local, autonomía universitaria y opinión pública libre) cuya garantía es necesaria para la preservación del carácter democrático y pluralista del orden público –político y de los valores y principios constitucionales.

No obstante, la Constitución no conforma esas instituciones, pues esta tarea la deja en manos del legislador ordinario quien en todo caso, al regularlas no puede desconocer su núcleo básico.

Por otra parte, ese mismo año en la sentencia T-322/96⁷⁵ la Corte Constitucional sostiene que la figura de garantía institucional obedece a un concepto que ha sido utilizado en la teoría constitucional desde el siglo pasado y cuyo origen se le atribuye a Carl Schmitt. Para la Corte la garantía institucional se caracteriza por brindar

⁷⁴Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 154 (parcial) y 159 (parcial) de la Ley 142 de 1994, por la que se establece el régimen de servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonel.

⁷⁵Acción de tutela presentada por el Secretario de Gobierno del Departamento de Antioquia, contra dos senadores en ejercicio e investidos de funciones públicas en el momento en que, según el peticionario, le fueron violados los siguientes derechos fundamentales: a la dignidad humana, a la intimidad, al buen nombre, a la honra, a la información, a la propiedad y la libertad y a la vida e integridad personal. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

protección a determinadas instituciones de rango constitucional, que resultan necesarias en la organización político-administrativa del Estado.

Siguiendo estos postulados, la Corte Constitucional afirma que la garantía institucional es un *“límite inclusive para el propio legislador”*, puesto que busca asegurar que no se elimine ni se vacíe ni se desfigure la *“imagen maestra”* de dichas instituciones, en otras palabras, su núcleo esencial.

En la aclaración de voto de la sentencia C-1174/2004⁷⁶, el magistrado Humberto Sierra Porto afirma que la garantía institucional es una prohibición dirigida al legislador, en el sentido de no eliminar o modificar fundamentalmente determinadas instituciones jurídicas de Derecho privado- aunque parte de la doctrina también la extiende a ciertas instituciones de Derecho público- consagradas en el texto constitucional. Pues, dichas instituciones constituyen límites a la libertad de configuración del legislador ordinario, el cual no puede vaciarlas de contenido o suprimirlas.

De lo anterior, resulta claro que la Corte Constitucional adopta lo que la doctrina internacional, ha denominado vertiente negativa de la garantía institucional, que a su vez, corresponde básicamente a la noción formulada por Schmitt. Es decir, para la Corte Constitucional la garantía institucional únicamente cumple una función de protección de determinadas instituciones.

Además, la Corte Constitucional afirma que las garantías institucionales constituyen límites incluso para el legislador ordinario, lo que podría llevar a concluir que dichos límites no sólo deben actuar respecto del legislador sino, también, de todos los poderes públicos.

Se debe señalar que si bien el tema de esta investigación es la autonomía de los entes territoriales, resulta pertinente mencionar los demás usos que la Corte Constitucional ha hecho de la teoría de las garantías institucionales, para verificar algunas incongruencias entre la propia definición adoptada por la Corte y la aplicación de la figura jurídica. Así, aparte del tema de la autonomía de las entidades

⁷⁶Demanda de inconstitucionalidad contra las expresiones *“senadores”* y *“representantes”* contenidas en el *parágrafo 1.º del artículo 7º* de la Ley 678 de 2001, por la que reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través de la acción de repetición o del llamamiento en garantía con fines de repetición. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

territoriales, la Corte Constitucional ha utilizado la teoría de las garantías institucionales en dos situaciones, a saber:

- La Corte definió la inviolabilidad parlamentaria como garantía institucional. La inviolabilidad de las opiniones de los congresistas, en el ejercicio de sus funciones, es una garantía institucional cuyo núcleo esencial está configurado por el ejercicio del control político⁷⁷. Posteriormente, en la sentencia SU-047/1999⁷⁸, la Corte define la inviolabilidad parlamentaria como una *“prerrogativa parlamentaria que es primariamente una garantía institucional a favor del Congreso y la democracia”*

En este punto, es preciso seguir los planteamientos esgrimidos por el magistrado Sierra Porto en la aclaración de voto de la sentencia C-1174/2004, que antes se mencionó, en relación a que la Corte confunde las garantías institucionales con las prerrogativas parlamentarias, pues dichas prerrogativas nos son instituciones fundamentales del orden jurídico-político del Estado sino privilegios consagrados a favor de los miembros de las cámaras legislativas con el propósito de garantizar la libertad e independencia de los parlamentos.

- Para la Corte también es una garantía institucional la autonomía social de las organizaciones deportivas⁷⁹. Igualmente, define como garantía institucional el principio de publicidad dentro del procedimiento legislativo⁸⁰. Por consiguiente, la Corte Constitucional confunde figuras jurídicas, y para estos eventos particularmente resulta claro que no es posible hablar de instituciones esenciales al Estado.

Sin embargo, la Corte al aplicar la teoría de las garantías institucionales en el tema de la autonomía de las entidades territoriales, ha acertado, tal como lo evidencia en

⁷⁷Sentencia T-322/1996. Ver referencia en la nota al pie n° 23.

⁷⁸Sentencia de Unificación. Magistrados Ponentes: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

⁷⁹Sentencia C-226/1997. Demanda de inconstitucionalidad contra los literales d), e), f), h) e i), del artículo 49 de la Ley 49 de 1993, por la que se establece el régimen disciplinario del deporte. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸⁰Sentencias C-222/1997 (Acción de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo n° 001 del 15 de enero de 1996, por el que se modifican los artículos 299 y 300 de la Constitución. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo) y C-760/2001.

una de sus primeras decisiones, como lo es la sentencia C-517/1992⁸¹, donde la Corte establece el alcance que tiene la autonomía dentro de la República Unitaria. Para el Alto Tribunal la autonomía ha sido consagrada en nuestra Constitución como una característica esencial no sólo de las entidades territoriales que componen el Estado sino también de varios organismos estatales, y sobre la autonomía territorial, afirma que se trata de una garantía constitucional que tiene un contenido básico material, que se deduce de la Constitución, y sirve de límite y guía a la acción del legislador, y además consiste en los derechos consagrados en el artículo 287 de la CP.

Esta noción de autonomía municipal, fue reiterada en otras sentencias posteriores, en donde se hace un uso indiferenciado de las expresiones garantía institucional y garantía constitucional por parte de la Corte Constitucional. En este sentido se encuentran las siguientes sentencias: C-004/1993⁸², C-541/1993⁸³, C-520/1994⁸⁴, C-600A/1995⁸⁵, C-263/1996⁸⁶ y C-795/2000⁸⁷.

Posteriormente, la sentencia C-535/1996⁸⁸ muestra una evidente evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional con relación a la garantía institucional; principalmente, porque señala que la autonomía municipal como garantía

⁸¹Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3° (parcial), 4° (parcial), 5° (parcial), 7°, 8° (parcial), 9° y 12° (parcial) de la Ley 86 de 1989, por la que se dictan normas sobre el sistema de servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros y se proveen recursos para su funcionamiento. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

⁸²Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 86 de 1989 (parcial). Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón. La Corte entró a revisar la constitucionalidad de la ley acusada que reguló materias fiscales de competencia de las entidades territoriales, violando así la autonomía que la Constitución les garantiza.

⁸³Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 46 (parcial) de la Ley 1° de 1992, por la que se provee a la organización y funcionamiento de las juntas administradoras locales en el Distrito Capital. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

⁸⁴Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 21 (parcial) y 22 (parcial) de la Ley 60 de 1993, por la que se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

⁸⁵Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 60 de 1993. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. En este caso la Corte debía juzgar si la ley acusada había violado el principio de reserva de Ley Orgánica.

⁸⁶Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 154 (parcial) y 159 (parcial) de la Ley 142 de 1994, por la que se establece el régimen de servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonel, particularmente, el salvamento de voto del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸⁷Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 7.2 (parcial), de la Ley 388 de 1997, por la que se modifica la Ley 9ª de 1989 y la Ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones. La Corte Constitucional debía pronunciarse, entre otros temas, sobre la posible violación por parte de la norma acusada de la reserva de Ley Orgánica. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸⁸Cfr., la referencia en la nota al pie n° 9.

institucional tiene otros fundamentos constitucionales aparte del artículo 287. En primera instancia, el artículo 311, consagra lo fundamental de la institución municipal; en segunda instancia, todo el régimen de competencias municipales que se deben ejercer con base en los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, consagrados en el artículo 288 de la CP.

Con la mencionada sentencia se considera que la Corte Constitucional da un paso adelante en la utilización de la teoría de las garantías institucionales en materia de autonomía municipal, porque abandonó la vertiente negativa de esta figura, es decir, la concepción de la garantía institucional solamente como una herramienta de protección frente a posibles abusos del legislador, para adoptar, una vertiente positiva, es decir, que la garantía institucional además de su función tradicional debe buscar asegurar un contenido competencial mínimo para los entes locales⁸⁹.

Se debe proteger a la autoridad local o municipal cuando actué en cumplimiento de los **intereses** de los entes locales, a través de la técnica aplicable “*contenido esencial*” respecto de la autonomía de los entes territoriales como garantía constitucional, al ser relevante en cuanto a la protección que otorga. Además, lo que la Constitución protege desde el ángulo de la garantía institucional, no es básicamente distinto de lo protegido por el derecho fundamental, que es el contenido esencial.

La garantía institucional son prohibiciones dirigidas al legislador que se destacan por ser jurídicamente eficaces en la protección de la autonomía municipal. Dichas prohibiciones no permiten rebasar en la conformación de este instituto aquellos límites extremos, es decir, más allá de los cuales el instituto como tal quedaría aniquilado o desnaturalizado. Pero más claramente aún, la Constitución busca dotar incondicionalmente de fuerza constitucional al instituto mismo, en otras palabras, a un mínimo de aquello que constituye su esencia.

Una vez identificado un **instituto** es posible conceptualmente aislar la imagen del mismo sustraída a la disponibilidad del legislador. La garantía constitucional consiente así lo que no parecía posible para los derechos: fijar los límites de la

⁸⁹Robledo Silva, P., La autonomía municipal en Colombia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

intervención del legislador en la configuración de los derechos, aunado a la fijación de directrices de actuación.

Por consiguiente, la autonomía local trasciende de la mera garantía institucional, puesto que la norma fundamental hace mucho más que simplemente mencionar una institución y erigir una reserva de ley, le reconoce a las entidades territoriales gozar de autonomía para la gestión de sus intereses, derechos como gobernarse por autoridades propias, establecer las competencias que les corresponden, administrar los recursos, establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y participar en las rentas nacionales.

Igualmente, la garantía no es rígida ni fija, la extensión temporal supone la posibilidad de evolución, una evolución influida por los cambios políticos, económicos, sociales o culturales, con el único límite que los cambios no desemboquen en una ruptura diáfana con esa imagen comúnmente aceptada de la institución.

Ahora, la garantía institucional surgió en un contexto histórico y normativo bien distinto del que contemplan las actuales constituciones democráticas, además se considera que es una calificación intuitiva más que una verdadera categoría que haya llegado a ser precisada con la deseable nitidez.

En tal contexto, se cree que la garantía puede ser débil para la protección de los asuntos propios de la comunidad; mientras no haya un núcleo intocable para el legislador, que al día hoy viene siendo definido y concretado por la justicia constitucional que de forma efectiva ha permitido desarrollar los intereses de los entes municipales, dotándolos de un real protagonismo dentro del ordenamiento territorial colombiano.

Finalmente, somos conscientes de que es difícil establecer una lista rígida y delimitada de las competencias y asuntos propios de los entes territoriales, pero consideramos que al menos debe existir una esfera o núcleo enumerado, delimitado y elemental de las comunidades respetadas por el legislador para que los municipios no pierdan su esencia.

V. Conclusiones

Del análisis de la garantía constitucional resaltamos la importancia que tiene esta institución para los entes territoriales y su protagonismo dentro del ordenamiento territorial colombiano, gracias al tratamiento que la justicia constitucional le ha dado a esta figura y su materialización en la actuación de los entes municipales.

Como se ha mencionado, para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado, es necesario articular las competencias de los distintos órganos que lo integran, para lo cual la Constitución fijó un marco general y dispuso que le corresponde al Congreso de la República, a través de una Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, establecer la distribución de competencias entre los distintos niveles de la Administración. La jurisprudencia constitucional ha fijado, a partir del marco constitucional, los criterios que permiten dilucidar la garantía constitucional y su implicación en la autonomía municipal.

Ahora bien, para determinar cómo se encuentra en el ordenamiento jurídico colombiano consagrada la autonomía municipal, con base en la teoría de las garantías institucionales, es preciso establecer cómo debe ser la intervención del legislador en esta materia. Es decir, según la teoría de las garantías institucionales, el legislador está llamado a desarrollar las instituciones garantizadas, pero siempre respetando su núcleo o contenido esencial. ¿Esto está previsto en el ordenamiento jurídico colombiano?, la respuesta es afirmativa.

En efecto, las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, siempre dentro de los límites de la Constitución y la ley, y en virtud de dicha autonomía serán titulares de una serie de derechos. Asimismo, le ordena al legislador fijar las competencias de los entes territoriales, de sus órganos de gobierno y administración.

Sin embargo, el núcleo o contenido esencial de la autonomía territorial, que está determinado en la Constitución (artículo 287), se convierte en un instrumento de doble funcionalidad, por una parte, en defensa de la institución para evitar que el poder legislativo la suprima y vacíe su contenido, y por otra, en garantía de un contenido competencial mínimo para los entes locales. No obstante, como es

principalmente a través de la LOOT que debe desarrollarse el contenido de la autonomía municipal, se debe permitir al legislador una intervención en su justa medida, de manera que dé forma a la institución garantizada.

En este orden de ideas, cabe precisar que si bien es cierto, que el proceso de concreción de las competencias locales o municipales depende del legislador, no es conveniente que el legislador regule de forma minuciosa y detallada por medio de la atribución de competencias todos los intereses locales, puesto que, en esta medida, el campo de decisión propia de los entes territoriales se podría ver sometido a un progresivo vaciamiento.

Igualmente, se destaca tres derechos de los municipios: el derecho a administrar sus recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones; el derecho a participar en las rentas nacionales; y finalmente, el derecho a elaborar sus propios presupuestos, que si bien el constituyente no los incluyó en el artículo 287 de la Constitución Política, a juicio de la Corte Constitucional, también hace parte del núcleo esencial de la autonomía de las entidades territoriales.

Para continuar con el análisis acerca de la razón de estudio de la garantía constitucional, hemos confrontado los tres objetivos principales de esta investigación. En primer lugar, de llegar a existir voluntad legislativa mediante la expedición de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, la garantía constitucional será el marco referencial para que las disposiciones normativas respeten el núcleo esencial de la autonomía municipal.

De esta forma, el núcleo esencial no puede ser entendido como una mera entelequia doctrinal, por el contrario, debe ser entendido como lo ha plasmado la justicia constitucional, quien al examinar las actuaciones del nivel central, encuentra violación o intromisión por parte de este, respecto de: (i) La forma de gobernarse los municipios; (ii) En las actuaciones de los municipios al desarrollar políticas públicas que atiendan sus problemáticas; (iii) En la administración de sus recursos.

Por otra parte, la autonomía de los entes municipales como principio constitucional significa, entre otras cosas, que dicha autonomía debe servir como parámetro en la

labor interpretativa que realizan todos los operadores jurídicos, especialmente en la interpretación política que realiza el legislador y la interpretación jurídica del juez.

Asimismo, elogiamos el acertado enfoque de la Corte Constitucional en la sentencia C-535/96 en la utilización de la teoría de las garantías institucionales en materia de autonomía municipal, porque abandonó la vertiente negativa de esta figura, es decir, la concepción de la garantía institucional solamente como una herramienta de protección frente a posibles abusos del legislador, para adoptar, una vertiente positiva, es decir, que la garantía institucional además de su función tradicional debe buscar asegurar un contenido competencial mínimo para los entes locales.

Se debe proteger a la autoridad local o municipal cuando actué en cumplimiento de los **intereses** de los entes locales, a través de la técnica aplicable “*contenido esencial*” respecto de la autonomía de los entes territoriales como garantía constitucional, al ser relevante en cuanto a la protección que otorga. Además, lo que la Constitución protege desde el ángulo de la garantía institucional, no es básicamente distinto de lo protegido por el derecho fundamental, que es el contenido esencial.

Igualmente, la garantía no es rígida ni fija, la extensión temporal supone la posibilidad de evolución, una evolución influida por los cambios políticos, económicos, sociales o culturales, con el único límite que los cambios no desemboquen en una ruptura diáfana con esa imagen comúnmente aceptada de la institución.

En tal contexto, se cree que la garantía puede ser débil para la protección de los asuntos propios de la comunidad; mientras no haya un núcleo intocable para el legislador, que al día hoy viene siendo definido y concretado por la justicia constitucional que de forma efectiva ha permitido desarrollar los intereses de los entes municipales, dotándolos de un real protagonismo dentro del ordenamiento territorial colombiano.

Somos conscientes de que es difícil establecer una lista rígida y delimitada de las competencias y asuntos propios de los entes territoriales, pero consideramos que al menos debe existir una esfera o núcleo enumerado, delimitado y elemental de las

comunidades respetadas por el legislador para que los municipios no pierdan su esencia.

Finalmente, la Constitución Política contiene una serie de valores, fines, principios y garantías del Estado, que se encuentran conectados con un conjunto de instituciones, como lo es la autonomía municipal, cuya finalidad es desempeñar un papel fundamental dentro de todo el sistema jurídico contenido en la Norma Fundamental, y como ha de entenderse la garantía constitucional de la autonomía municipal en Colombia, buscando aún más su desarrollo.

VI. Bibliografía

Caamaño Domínguez, Francisco (2004). Autonomía Local y Constitución, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 70, 162 y 163.

Carta Europea de Autonomía Local, extraída el día 24 de mayo de 2011 en: http://www.femp.es/files/566-353-archivo/carta_europea_autonomia_local.pdf

Casado Ollero, Gabriel (2007). La financiación de las Corporaciones Locales: principios de autonomía y suficiencia financiera, en Quintana Carretero, Juan Pedro, (Coord.) *Globalización y Principio de Autonomía Local*, Manuales de Formación Continuada, No. 44, Madrid, (Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial).

Cidoncha Martín, Antonio (2009). Garantía Institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: Balance Jurisprudencial, *Teoría y Realidad Constitucional*, 23, 182.

Cruz Villalón, Pedro (1981). *La protección extraordinaria del Estado, en la "Constitución española de 1978"* dirigido por A. Pedrieri y García de Enterría. Madrid: Civitas.

_____ (1989). Formación y evolución de los derechos fundamentales, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 25, 61.

Fanlo Loras, Antonio (1990). *Fundamentos constitucionales de la autonomía local. El control sobre las corporaciones locales: el funcionamiento del modelo constitucional de autonomía local*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Galán Galán, Alfredo (2001). *Potestad normativa autónoma local*. Barcelona: Atelier.

Gallego Anabitarte, Alfredo (1994). *Derechos fundamentales y garantías institucionales: Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Madrid: Civitas.

García de Enterría, E. (2006). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Thomson.

_____ (2005). *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*. Madrid: Monografías Civitas.

García Morillo, Joaquín (1998). *La configuración constitucional de la autonomía local*. Madrid: Marcial Pons.

García Roca, Javier. (2000). El concepto actual de autonomía local según el bloque de la constitucionalidad, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 282, 37.

Hernández Becerra, Augusto (2000). Foro Regional de Ordenamiento Territorial “Para una Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial”, Bogotá, Senado de la República.

_____ (2009). La Ley Orgánica y futuro de la descentralización territorial. *Revista Centro de Estudios Políticos del Ministerio del Interior y de Justicia*, N° I, julio- diciembre, 2009.

Jiménez Benítez, William Guillermo (2010). Ordenamiento territorial: problema bicentenario, *Revista Diálogos de Saberes, investigaciones en derecho y ciencias sociales* N° 33, 2010

Jiménez Blanco, Antonio (1991). Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución, en AA. VV. *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, De los derechos y deberes fundamentales*, t. II., Madrid: Civitas.

Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, De Otto y Pardo, Ignacio (1988). *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas.

Molina Betancur, Carlos Mario (2005). La Descentralización en América Latina: ¿mito o realidad?, *Estudios Sobre Descentralización Territorial: El Caso Particular de Colombia*. Cádiz: Universidad de Cádiz, Junta de Andalucía-Universidad Libre de Colombia.

Parejo Alfonso, Luciano (1981). *Garantía institucional y autonomías locales*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

_____ (1998) *La potestad normativa local*, Madrid: Marcial Pons.

Peralta Duque, Beatriz (2008). Descentralización y Autonomía Municipal y Regional en la Política Pública Territorial en Colombia: Problemas y Perspectivas, *Revista Eleuthera. Universidad de Caldas*, vol.2, 168.

Porras Martínez, José María (2000). *El conflicto en defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*. Madrid: Cuadernos Civitas.

Robledo Silva, Paula (2008). El panorama territorial colombiano, *Revista Derecho del Estado*, 21, 185.

_____ (2010). *La autonomía municipal en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Rubio Llorente, Francisco (1993). *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Sainz Moreno, Fernando (1976). *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas.

Schmitt, Carl (1982). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza.

Solozábal Echevarría, Juan José (1991). La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 32, 90.

_____ (1999). El régimen constitucional del bilingüismo, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 55, 29.

Stern, Klaus (1987). *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

LEYES Y DECRETOS

Ley 1454 de 2011 “*Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones*”

Decreto 3680 de 2011 “*Por el cual se reglamenta la Ley 1454 de 2011*”

JURISPRUDENCIA

- Corte Constitucional

Sentencia T-406 de 1992, Magistrado Ponente: Ciro Angarita Pabón.

Sentencia C-478 de 1992, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-004 de 1993, Magistrado Ponente: Ciro Angarita Pabón.

Sentencia C-541/1993, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

Sentencia C-520/1994, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

Sentencia C-600A/1995, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-263/1996, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia C-322/1996, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-535/1996, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-222 de 1997, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia C-226 de 1997, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-281/1997, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia C-540/1997, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

Sentencia C-517 de 1999, Magistrado Ponente: Ciro Angarita Pabón.

Sentencia C-894/1999, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia SU-047/1999, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-432 de 2000, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra

Sentencia C-795 de 2000, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-579 de 2001, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

Sentencia C-1174/2004, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia A 186/2006, Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.

Sentencia C-149/2010, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

- Tribunal Constitucional

Sentencia 32 de 1981. Ponentes: Don Francisco Rubio Llorente, Don Rafael Gómez-Ferrer Morant y Don Angel Escudero del Corral.

Sentencia 170 de 1989. Ponente: Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo- Ferrer.

TABLA DE MATERIAS

I. Introducción	5
II. Marco Teórico	10
1.1 Autonomía territorial	10
1.2 La Autonomía local como garantía institucional	11
1.3 Origen y teoría de la garantía institucional	12
1.4 La garantía institucional y los derechos fundamentales	16
1.5 La garantía institucional de la autonomía local en España	21
III. Bases constitucionales de la organización territorial colombiana: la coexistencia del principio unitario y el principio de autonomía de los entes territoriales	29
1.1 La incursión de normas orgánicas en el ordenamiento territorial: Ley 1454 de 2011.	49
IV. La garantía constitucional como herramienta de defensa de la autonomía territorial en Colombia	57
V. Conclusiones	63
VI. Bibliografía	67