

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA
Consejero Ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02257-00 (Acumulado)

Accionante: Ramses Alberto Ruíz Sánchez

Accionado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Primera-Subsección A.

Radicados acumulados:

| Radicado Número | Accionante |
|-------------------------------|----------------------------|
| 11001-03-15-000-2015-02301-00 | Ana Forero Barrera |
| 11001-03-15-000-2015-02314-00 | Daniela Gómez Cortez |
| 11001-03-15-000-2015-02328-00 | Luis Caballero Duarte |
| 11001-03-15-000-2015-02250-00 | Rodrigo Urrego Bautista |
| 11001-03-15-000-2015-02238-00 | Campo Moreno León |
| 11001-03-15-000-2015-02264-00 | Ivonne Wittinghan Martínez |
| 11001-03-15-000-2015-02239-00 | David Humberto Martínez |
| 11001-03-15-000-2015-02251-00 | Gregorio Garzón F. |
| 11001-03-15-000-2015-02266-00 | Diana Marcela Sánchez |
| 11001-03-15-000-2015-02288-00 | Wilson Segura Álvarez |
| 11001-03-15-000-2015-02297-00 | Cesar Andrés Martínez |
| 11001-03-15-000-2015-02311-00 | Segundo Guillermo Rojas |
| 11001-03-15-000-2015-02325-00 | María Emma Pintor |
| 11001-03-15-000-2015-02340-00 | José Luis Robayo Fonseca |
| 11001-03-15-000-2015-02353-00 | Gloria Patricia Parra |
| 11001-03-15-000-2015-02365-00 | Carlos Enrique Castro |

Acción: Fallo de tutela en primera instancia

La Sala decide las acciones de tutela acumuladas, contra el fallo que dictó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Primera– Subsección “A”, el 20 de agosto de 2015, en el marco del procedimiento de la consulta popular que se adelanta por iniciativa del Alcalde Mayor de Bogotá para preguntar a los ciudadanos del Distrito capital si están de acuerdo o no con la realización de corridas de toros y novilladas en el ámbito territorial.

I. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud

El señor Ramses Alberto Ruíz Sánchez presentó acción de tutela en contra de la sentencia proferida por el 20 de agosto de 2015 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Primera- Subsección “A”, por considerar que su contenido vulnera el derecho fundamental al debido proceso.

1.2. Fundamento de la solicitud

El ciudadano Ruíz Sánchez argumenta que la providencia que profirió el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el en el marco del procedimiento de la consulta popular por iniciativa del Alcalde Mayor de Bogotá, incurrió en una violación directa de la Constitución Política por cuanto en sus considerandos la Corporación accionada desconoció: i) el precedente jurisprudencial desarrollado en las sentencias A-025 de 2015, T-296 de 2013, C-889 de 2012 y C-666 de 2010 sobre la protección de la tauromaquia como expresión artística y cultural de la nación; ii) el artículo 7º de la Ley 84 de 1989 y la Ley 916 de 2004 que autorizan y regulan las actividades taurinas en todo el territorio nacional dentro del respeto de los derechos, deberes, principios y valores superiores, con las restricciones impuestas por la Corte Constitucional; iii) los derechos fundamentales de las personas involucradas en las actividades taurinas, desde distintos roles, como parte del desarrollo legítimo de sus proyectos personales de vida; y iv) el derecho de los grupos minoritarios a ejercer y mantener sus tradiciones, como el de cada persona que integra estos grupos a acceder a la cultura sin discriminaciones ni interferencias del poder público o de los grupos sociales mayoritarios.

1.3. Hechos

- El 19 de mayo de 2015, el Alcalde Mayor de Bogotá presentó ante el Concejo Distrital solicitud de concepto de conveniencia para adelantar una consulta popular a instancia de algunos actores sociales, en la que se preguntaría: “¿Está de acuerdo, SI o NO, con que se realicen corridas de toros en Bogotá Distrito Capital?”

- El 10 de julio de 2015, el Concejo de Bogotá, solicitó al Alcalde adecuar la solicitud al nuevo requisito previsto en la recién promulgada Ley 1757 de 2015, consistente en que esta debía estar suscrita por todos los secretarios de Despacho del gabinete distrital.
- El 13 de julio el Alcalde radicó nuevamente la solicitud de concepto sobre la consulta popular de iniciativa gubernamental.
- El 28 de julio de 2015, el Concejo Distrital, por veintinueve (29) votos contra seis (6), rindió concepto favorable.
- El 30 de julio, el Alcalde remitió el expediente administrativo correspondiente a la consulta popular para que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se pronunciara sobre su constitucionalidad.
- El 20 de agosto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró exequible la pregunta que se va a someter a la votación de la ciudadanía bogotana.

1.4. Trámite de la acción de tutela

El Consejero Ponente, a través del auto del 28 de agosto de 2015, admitió la acción de tutela instaurada por Ramses Alberto Ruiz Sánchez y ordenó la vinculación de la Alcaldía Mayor y del Concejo distrital de Bogotá.

El diez (10) de septiembre de 2015, se profirió un auto en el que se ordenó la acumulación de los expedientes No. 11001-03-15-000-2015-02301-00, 11001-03-15-000-2015-02314-00, 11001-03-15-000-2015-02328-00, 11001-03-15-000-2015-02250-00, 11001-03-15-000-2015-02238-00 y 11001-03-15-000-2015-02264-00, remitidos por el Consejero Jorge Octavio Ramírez Ramírez, teniendo en cuenta que, en aplicación de las normas procedimentales, cuando se presenten varias acciones con identidad de objeto y de partes, en este caso –la pasiva-, estas se acumularán al primer proceso en que se hubiese dictado auto admisorio.

En dicha providencia, a su vez, se vinculó al proceso a la Registraduría Nacional del Estado Civil y a la Corporación Taurina de Bogotá, como terceros con interés

directos en la decisión, y se invitó a las Universidades Nacional de Colombia, Externado de Colombia, De los Andes y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario para que rindieran concepto sobre el amparo solicitado.

El catorce (14) de septiembre de 2015, dictó dos nuevos autos: Uno por medio del cual negó las medidas provisionales solicitadas en los expedientes No. 11001-03-15-000-2015-02328-00, 11001-03-15-000-2015-02301-00, 11001-03-15-000-2015-02314-00 y 11001-03-15-000-2015-02264-00. Y otro, por medio del cual ordenó acumular los expedientes No. 11001-03-15-000-2015-02239-00, 11001-03-15-000-2015-02251-00, 11001-03-15-000-2015-02266-00, 11001-03-15-000-2015-02288-00, 11001-03-15-000-2015-02297-00, 11001-03-15-000-2015-02311-00, 11001-03-15-000-2015-02325-00, 11001-03-15-000-2015-02340-00, 11001-03-15-000-2015-02353-00 y 11001-03-15-000-2015-02365-00, remitidos por el Consejero Carmelo Perdomo Cuéter.

En los expedientes 11001-03-15-000-2015-02288-00 Wilson Segura Álvarez, 1001-03-15-000-2015-02297-00 Cesar Martínez Villareal; 11001-03-15-000-2015-02325-00 María Pintor Cortes; 11001-03-15-000-2015-02340-00 José Robayo Fonseca y 11001-03-15-000-2015-02365-00 Carlos Castro Hernández, fue solicitada la suspensión provisional de la consulta. Medida esta que como no se resolvió en su momento, se decidirá sobre ella en este fallo.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer la presente acción de tutela de conformidad con lo establecido en el Decreto 2591 de 1991 y el Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena de esta Corporación.

2.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala analizar si en la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Primera- Subsección "A", se configuró una violación del precedente constitucional.

Para tal efecto, le corresponde a la Sala resolver el interrogante de si el objeto de la consulta, es decir, si el contenido de la pregunta que se pretende someter a votación i) se ajusta a las decisiones de constitucionalidad y tutela que ha proferido la Corte Constitucional y ii) si resulta admisible desde los postulados constitucionales de la Carta de 1991 someter determinados asuntos a la decisión popular.

2.3. Cuestión previa de procedibilidad: la acción de tutela contra providencia judicial

Esta Sección, mayoritariamente¹, venía considerando que la acción de tutela contra providencia judicial era improcedente por dirigirse contra una decisión judicial. Solo en casos excepcionales se admitía su procedencia, eventos éstos que estaban relacionados con un vicio procesal ostensible y desproporcionado que lesionara el derecho de acceso a la administración de justicia en forma individual o en conexidad con el derecho de defensa y contradicción.

Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012² **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema³.

Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales⁴.

Señaló la Sala Plena en el fallo en mención:

¹ Sobre el particular, el Consejero Ponente mantuvo una tesis diferente sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial que se puede consultar en los salvamentos y aclaraciones de voto que se hicieron en todas las acciones de tutela que conoció la Sección. Ver, por ejemplo, salvamento a la sentencia Consejera Ponente: Dra. Susana Buitrago Valencia. Radicación: 11001031500020110054601. Accionante: Oscar Enrique Forero Nontien. Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, y otro.

² Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

³ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

⁴ Se dijo en la mencionada sentencia: “**DECLÁRASE** la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expuesto a folios 2 a 50 de esta providencia.

*“De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, **de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente.**”⁵ (Negrilla fuera de texto)*

A partir de esa decisión de la Sala Plena, la Corporación debe modificar su criterio sobre la procedencia y, en consecuencia, **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente** como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Sin embargo, fue importante precisar bajo qué parámetros procedería ese estudio, pues la sentencia de unificación simplemente se refirió a los **“fijados hasta el momento jurisprudencialmente”**.

Al efecto, en virtud de reciente sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014⁶, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decidió adoptar los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 Constitucional y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

A partir de esa decisión, se dejó en claro que la acción de tutela se puede interponer contra decisiones de las Altas Cortes, específicamente, las del Consejo de Estado, autos o sentencias, que desconozcan derechos fundamentales, asunto que en cada caso deberá probarse y, en donde el actor tendrá la carga de argumentar las razones de la violación.

⁵ Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Acción de tutela-Importancia jurídica. Actor: Alpina Productos Alimenticios. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

En ese sentido, si bien la Corte Constitucional se ha referido en forma amplia⁷ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, no ha distinguido con claridad cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -improcedencia sustantiva- y cuáles impiden analizar el fondo del asunto -improcedencia adjetiva-.

Por tanto, la Sección verificará que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad. Estos requisitos son: i) que no se trate de tutela contra tutela; ii) inmediatez; iii) subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la decisión a tomar será declarar **improcedente** el amparo solicitado y no se analizará el fondo del asunto.

Cumplidos esos parámetros, corresponderá adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la prosperidad o **negación** del amparo impetrado, se requerirá principalmente: **i)** que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y **ii)** que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una “*tercera instancia*” que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

Así las cosas, la Sala considera que en el presente caso están satisfechos tales requisitos para la procedencia de la acción de tutela contra el fallo emitido el 20 de agosto de 2015 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Primera-Subsección A, por cuanto: i) no está dirigida contra una sentencia de tutela, sino contra un fallo que resuelve sobre la constitucionalidad de una Consulta Popular de iniciativa gubernamental y carácter distrital; ii) la acción fue interpuesta el día

⁷ Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.

veintisiete (27) de Agosto de dos mil quince (2015), es decir, tan solo 7 días después de proferido el fallo contra el cual se dirige; y iii) no existen otro medio de defensa judicial para controvertir la decisión contenida en su parte resolutive ni su *ratio decidendi* por tratarse de una decisión de única instancia.

Adicionalmente, es oportuno especificar la naturaleza y alcance jurídico del pronunciamiento que le corresponde emitir a los Tribunales Contencioso-Administrativo sobre la constitucionalidad *del texto* de las consultas populares a nivel territorial por cuanto las Leyes 134 de 1994 y 1757 de 2015 lo definen en términos distintos que podrían dar lugar a confusión. En efecto, la primera de ellas lo regula, en su artículo 53, bajo el encabezado genérico de: “*Concepto previo para la realización de una consulta popular*”, que incluye también el pronunciamiento que le corresponde emitir a las Asambleas, Concejos o Juntas administradoras locales sobre la conveniencia de aquel.

Por su parte, la segunda de estas leyes, lo regula en su artículo 21 bajo el encabezado específico de “**Revisión previa de constitucionalidad**” en el que señala que “**no se podrá promover mecanismos de participación democrática sobre iniciativas inconstitucionales**”, para lo cual “**Los tribunales de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo competentes se pronunciarán sobre la constitucionalidad del mecanismo de participación democrática a realizarse**” en el ámbito territorial de su jurisdicción, señalando a renglón seguido que: “**Todo proceso de revisión previa de constitucionalidad de convocatorias a mecanismos de participación democrática deberá permitir un período de fijación en lista de diez días, para que cualquier ciudadano impugne o coadyuve la constitucionalidad de la propuesta y el Ministerio Público rinda su concepto**”.

A partir de la lectura exegética y sistemática de ambas disposiciones, y teniendo en cuenta que la segunda es posterior y específica respecto de la de la primera, es forzoso concluir, sin hesitación alguna, que el pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección primera- Subsección “A” es una *sentencia*, en su calidad de acto jurisdiccional que emana de una autoridad judicial, poniendo fin al proceso de revisión previa de constitucionalidad del texto de la consulta popular de iniciativa de la Alcaldía Mayor de Bogotá, la cual en nombre de la República y por autoridad de la Ley se impone no solo a la Administración Distrital

sino a todos los demás órganos del poder público, en ejercicio del control de legalidad sobre los actos administrativos.

De esta manera, bien puede sostenerse que la estructura de la jurisdicción constitucional, como fue contemplada en el 43 de la Ley 270 de 1996, integrada por: i) la Corte Constitucional, en ejercicio de las competencias del artículo 241 Superior; ii) el Consejo de Estado, cuando conoce de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno nacional; y iii) los jueces y corporaciones judiciales, cuando conocen y resuelven de las acciones de tutela o recursos para la aplicación de los derechos constitucionales. Ahora también incluye, por mandato de la Ley Estatutaria 1757 de 2015, a: iv) los Tribunales Contencioso-Administrativos, cuando conocen de los mecanismos de participación democrática que deben realizarse dentro de su jurisdicción.

En este punto es importante advertir que en la sentencia **C-150 de 2015**, fallo en el que la Corte Constitucional hizo el control previo de constitucionalidad de la que posteriormente sería la Ley 1757 de 2015, por medio de la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática, la Corte hizo el siguiente pronunciamiento:

“No resulta posible acudir a la acción de tutela con el propósito de invalidar la ejecución de una consulta popular distrital cuando **se han surtido todos los procedimientos previstos para ello y, adicionalmente, la votación ya se ha cumplido**”.

En este sentido, se señala que dicha regla surgió en la sentencia T-1182 de 2001, en la que la Corte conoció de una tutela contra la consulta que se efectuó en el Distrito Capital para introducir el día sin carro. En ese caso, la acción de tutela se presentó con posterioridad a la votación que terminó con la aprobación de la medida.

En esa oportunidad, la Corte señaló que el juez de tutela no podía “... *alterar la democracia y la participación ciudadana, señalando mediante esta acción de tutela que dicha consulta no debía haberse realizado, pues efectivamente, como se sabe ya se realizó y el pueblo voto a su favor aprobando la medida.*” Sin embargo, a reglón seguido se pronunció sobre la viabilidad de la medida.

Por tanto, **es claro que no procede la acción de tutela** cuando el mecanismo de participación democrática ya se ha efectuado, es decir, cuando se ha ejercido el derecho votando afirmativa o negativamente la pregunta redactada con el propósito de conocer y hacer obligatoria la voluntad de los consultados, pero no cuando aquella no se ha verificado, como ocurre en el caso de la referencia.

Huelga señalar que, en casos como que ahora analiza la Sala, la tutela se dirige contra el pronunciamiento que debe emitir el Tribunal Contencioso Administrativo en el marco del proceso que impuso el legislador estatutario para llamar o convocar a la consulta, pronunciamiento que si bien se hace desde la óptica del control constitucional difuso, no impide que pueda resultar objeto de tutela, dado que ese juicio no se puede equiparar al que realiza el órgano de cierre en materia constitucional, es decir, la Corte Constitucional.

En ese sentido, aceptar que contra la decisión que profieren los Tribunales Administrativos en los casos de los mecanismos de participación no procede la tutela, sería admitir que fuera de los pronunciamientos que emite la Corte Constitucional en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, existen decisiones de jueces de inferior rango a esta que, pese a desconocer principios axiales al Estado de Derecho, pueden mantenerse incólumes pese a sus defectos.

Se pregunta la Sala, qué pasaría en aquellos eventos en que los Tribunales Administrativos en ejercicio de sus competencias en esta materia, desconocen por ejemplo, la prohibición expresa de afectar derechos fundamentales, o avalen la consulta sobre materias que excedan o rebasen el ámbito territorial o que no sean de competencia de las autoridades locales, como por ejemplo el tema de las licencias ambientales, analizado en la sentencia T-123 de 2009, o materias no susceptibles de este mecanismo, como la revocatoria del mandato de un alcalde, sentencia T-470 de 1992.

No admitir la procedencia de la acción de tutela en estas circunstancias, es subvertir el sistema de cierre en materia constitucional y asentir que estas decisiones son carentes de control, pese a que ellas, en sí mismas, representen un riesgo para la democracia y el sistema de valores en que se funda nuestro ordenamiento constitucional.

Por tanto, es claro que, salvo en aquellas situaciones en donde la consulta popular ya se ha efectuado, la tutela se erige como un mecanismo de protección y garantía de los derechos constitucionales que puedan resultar en juego ante la implementación o uso indebido de un mecanismo de participación ciudadana.

En el caso en estudio, ese mecanismo se hace procedente contra la providencia que analizó la viabilidad constitucional de someter a consulta un tema que desde la perspectiva de quienes interpusieron la acción de tutela, desconoce una serie de derechos y principios constitucionales, como pasará a analizarse en otro acápite de esta decisión.

Sin embargo, conviene analizar, antes de entrar a estudiar el fondo del asunto, el tema de la legitimidad para la interposición de la presente acción.

2.4. Legitimidad en la causa

La Sala advierte que por la naturaleza y objeto de la acción constitucional de tutela, la legitimidad en la causa está determinada por la lesión, afectación o peligro de uno o varios derechos fundamentales de quien es su titular.

Los artículos 86 de la Constitución y el 10 del Decreto 2591 de 1991, establecen con claridad que esta acción la puede interponer cualquier persona que considere lesionados o puestos en peligro sus derechos fundamentales. En ese sentido, solo el titular del derecho tiene el interés directo para solicitar la protección de los mismos.

En consecuencia, solo el titular del derecho o quien tenga su representación, puede presentar el amparo. Excepcionalmente, se admite la agencia oficiosa o intervención del Defensor del Pueblo o los personeros municipales, en aquellos casos en donde el titular del derecho esté en la imposibilidad jurídica o física de ejercer la defensa de los mismos.

En el caso de la referencia, los diferentes actores –recuérdese que son acciones acumuladas con la misma pretensión y dirigida frente a la misma autoridad-

solicitan, entre otros, la protección del derecho a la defensa por violación del precedente judicial por el fallo dictado por el Tribunal Contencioso Administrativo.

En ese sentido, se considera que estos están legitimados en la causa, en cuanto la providencia contra la que se dirige el amparo decidió sobre la viabilidad de efectuar una consulta a los habitantes del Distrito Capital. Esta sola circunstancia habilita a cualquier ciudadano habitante en la jurisdicción del Distrito a impetrar esta acción, por cuanto válidamente pueden considerar que la decisión judicial no se ajustó a los presupuestos constitucionales o legales para ser convocados a votar afirmativa o negativamente la pregunta propuesta.

En ese orden de ideas, la Sala constató que, en efecto, algunos accionantes son residentes del Distrito Capital y adicionalmente hacen parte del censo electoral distrital⁸, lo que significa que eventualmente podrían votar o abastecerse de hacerlo en la pretendida consulta. En consecuencia, estaban habilitados para presentar la acción de la referencia.

En ese sentido es necesario precisar que se negará la presente acción por falta de legitimación en la causa por activa en las solicitudes de tutela presentadas por Daniela Gómez Cortez, quien no se registra en el censo; Wilson Segura Álvarez, está en censo de Villapinzón; Cesar Andrés Martínez, el número de la cédula aportado aparece dado de baja por muerte; Gloria Patricia Parra, se registra en el censo de Soacha y Carlos Enrique Castro, su número de identificación está dado de baja por pérdida o suspensión de derechos políticos.

2.5. Cuestiones de fondo

En atención a los presupuestos conceptuales del caso objeto de estudio, entra la Sala estudiar: i) el Estado Democrático y el Pluralismo; ii) el Pluralismo y la regla mayoritaria; iii) el Estado unitario y la autonomía de las autoridades territoriales; y iv) la Constitución cultural y la libertad de creación y expresión artística.

⁸ La consulta se efectuó la página web de la Registraduría Nacional de Estado Civil, Archivo Nacional de Identificación o censo Electoral que actualmente se encuentra en actualización, razón por la que el censo que se reporta es el de las últimas elecciones.

2.5.1. El Estado Democrático y el Pluralismo: hacia el reconocimiento recíproco y la integración social

Con las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII, la noción de súbdito, propia del antiguo régimen, da paso a la noción de ciudadano como sujeto moral digno y, por ende, titular de derechos, que ya no se entienden como privilegios de unos pocos, asociados al estatus, sino como prerrogativas iguales para todos y, en esa medida, universales, imprescriptibles e inalienables, sentando la base para la construcción de un modelo de sociedad donde cada persona es dueña de sí misma y de las decisiones sobre su plan de vida.

Por ende, el Estado adquiere bajo este nuevo modelo de ciudadanía un deber de neutralidad ante las identidades culturales existentes en su población, lo cual plantea una tensión con el cumplimiento de sus fines sustantivos, como bien lo describe Hans Küng:

“Debería ser evidente que aquí nos encontramos con un problema fundamental de la democracia occidental, al que no cabe aplicar una moralización autosuficiente, sino más bien una reflexión autocrítica. En oposición al Estado medieval-clerical o al moderno-totalitario, el Estado libre-democrático debería ser, por su propia naturaleza, neutral en cuanto a la concepción del mundo. Esto significa que debe tolerar la diversidad de religiones y confesiones, filosofías e ideologías. (...) El Estado democrático, de acuerdo con su constitución, ha de respetar, proteger y fomentar la libertad de conciencia y religión, la libertad de prensa y reunión, y todo lo concerniente a los modernos derechos humanos. Sin embargo, este Estado no debería imponer un sentido o estilo de vida, ni prescribir legalmente ninguna clase de valores supremos o normas últimas, si quiere conservar intacta su neutralidad de cosmovisión. He aquí el dilema de todo Estado moderno (en Europa, América, India o Japón): estar orientado a algo que él no puede prescribir legalmente.”⁹

A finales del siglo XVII, predominaban los modelos de sociedad cerrada donde el multiculturalismo permanecía oculto o era reprimido por el Estado que veía en la diversidad un peligro para su existencia. De esta manera, asumía como una obligación homogenizar su demos en procura de alcanzar la unanimidad, pero con el advenimiento de la civilización liberal-democrática esta tendencia se invierte y, entonces, la diversidad y el disenso pasan a ser los valores política y socialmente acogidos, su deber ahora era reconocerlos y protegerlos. Al respecto, aclara Giovanni Sartori:

⁹ KÜNG, Hans. Proyecto de una ética Mundial. Editorial Trotta: Madrid, Séptima edición: 2006, p. 46

“Los imperios de la antigüedad, las autocracias, los despotismos son portadores de (y se apoyan en) una visión monocromática de la realidad, mientras que la democracia es multicolor. Pero es la democracia liberal, no la democracia de los antiguos, la que se funda sobre el disenso y la diversidad. Somos nosotros, no los griegos de la época de Pericles, los que hemos inventado un sistema político de “concordia discors”, de consenso enriquecido y alimentado por el disenso, por la discrepancia”¹⁰

En este contexto, nace y se desarrolla el principio del pluralismo que se funda en la tolerancia, entendida como respeto por la diferencia, por los valores ajenos, de modo que en la práctica opera como su condición de posibilidad. Sobre su alcance, aclara el autor en cita:

“Tolerancia no es indiferencia. Si somos indiferentes, no estamos interesados: fin del discurso. Tampoco es verdad, como se suele mantener, que la tolerancia suponga un relativismo. Ciertamente es que, si somos relativistas, estamos abiertos a una multiplicidad de puntos de vista. Pero la tolerancia es tolerancia (su nombre lo indica) precisamente porque no presupone una visión relativista. Quien tolera tiene creencias y principios propios, los considera verdaderos, y, sin embargo, concede que los otros tengan derecho a cultivar creencias equivocadas.”¹¹

Así las cosas, el Estado debe combatir la intolerancia a nivel social por configurar una forma de reivindicación de la pretendida superioridad moral de un grupo sobre otros a los que intenta imponer su propia cosmovisión o hacer desaparecer. Esto como medio necesario para garantizar la vigencia efectiva del pluralismo que se traduce en el trato igualitario en términos de reconocimiento a todas las identidades y prácticas culturales con el propósito de prevenir las hostilidades entre ellas.

“En cualquier caso, en el terreno de las creencias, esta amplitud de significado se concreta así: que una cultura pluralista es tanto más genuina cuanto más se afianza en sus antecedentes históricos y, por tanto, en el principio de tolerancia. Que la variedad y no la uniformidad, el discrepar y no la unanimidad, el cambiar y no el inmovilismo, sean “cosas buenas”, estas son las creencias de valor que emergen con la tolerancia, que se adscriben al contexto cultural del pluralismo y que tiene que expresar una cultura pluralista que haga honor a su nombre. Y estas son las premisas a partir de las que debemos valorar el llamado multiculturalismo de nuestros días.”¹²

Esta concepción doctrinal que pretende la convivencia armónica entre diferentes cosmovisiones particulares dentro del territorio del Estado como expresión del principio pluralista en defensa de la dignidad humana fue recogida por la Corte

¹⁰ SARTORI, Giovanni. La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros. Taurus: Madrid, 2001, p. 21.

¹¹ *Ibíd.*, p. 41.

¹² *Ibíd.*, 32.

Constitucional colombiana en su jurisprudencia sobre el contenido y alcance de los artículos 1º y 7º de la Constitución de 1991, en la que reiteradamente estableció que:

“Este principio no significa la supresión o negación de las distintas nociones ideológicas que perviven en la sociedad, o la imposición arbitraria e injustificada de un tipo de moral o ética mayoritaria sobre las demás sino que pretende la coexistencia, el respeto, la tolerancia y la promoción de las distintas formas de desarrollar cierto proyecto personal o social, cuyo único límite debe ser el respeto del orden jurídico existente.”

“Por eso se ha dicho que mientras el lema de un Estado autoritario podría ser: no a la igualdad y no (paradójicamente) a la diferencia, el del Estado democrático sería: sí a la igualdad que implica el derecho a la diferencia.”¹³

Con base en estos presupuestos, se destacó la vocación del Constituyente de 1991 de consolidar tales postulados como guía de la actividad de las autoridades y los particulares para prevenir y reprimir cualquier forma de discriminación, marginación o sometimiento de las personas o grupos culturales con base en sus creencias y convicciones íntimas, y se especificaron sus dimensiones esenciales en los siguientes términos:

“Uno de los rasgos distintivos del Estado es, por tanto, su apertura al pluralismo. Tal apertura se conecta al menos con tres dimensiones: ser el reflejo de una sociedad que (i) admite y promueve de manera expresa el hecho de la diversidad (artículo 7º Superior); (ii) aprecia de modo positivo las distintas aspiraciones y valoraciones existentes hasta el punto de proteger de modo especial la libertad religiosa, de conciencia y pensamiento así como la libertad de expresión y (iii) establece los cauces jurídicos, políticos y sociales que servirán para dirimir los posibles conflictos que se presenten en virtud de la diferencias vigentes en un momento determinado.”¹⁴

En síntesis, el principio pluralista es el pilar sobre el cual se construye una sociedad abierta por voluntad del Constituyente colombiano, en la que se considera la **heterogeneidad cultural** como un valor que enriquece a la comunidad y a los individuos que la integran y en donde, por consiguiente, los diferentes y sus diversidades se deben respetar recíprocamente y hacer concesiones mutuas para obtener el mínimo de cohesión e integración social necesario a fin de, siguiendo la clásica fórmula Kantiana, alcanzar la pacífica convivencia de las libertades de todos.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T-1023 del 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹⁴ Ibídem

2.5.2. El Pluralismo y la regla mayoritaria: Hacia la protección de las minorías y la emancipación del individuo

Un segundo tema a considerar, estrechamente vinculado con el anterior, es la relación entre pluralismo y regla mayoritaria, siendo el primero un límite material de la segunda, tal como lo explica Sartori:

“Si el mando mayoritario se entiende como lo hicieron Madison, Tocqueville y John Stuart Mill, o sea, como la amenaza de una tiranía de la mayoría, de una determinada mayoría numérica que “manda” en el sentido literal del término, entonces el pluralismo rechaza la tiranía de la mayoría. Lo que no quiere decir que el pluralismo rechace el principio (ojo, el principio) mayoritario como principio regulador, o lo que es lo mismo, como criterio de toma de decisiones. Es obvio que no. Así también el pluralismo se plantea como la mejor defensa y legitimación del principio mayoritario limitado, del principio de que la mayoría debe respetar los derechos de la minoría, y, por consiguiente, del principio de que la mayoría debe ejercer su poder con moderación en los límites planteados por el respeto del principio pluralista.”¹⁵

En el mismo sentido se manifestó la Corte Constitucional, al analizar la tensión entre estos dos principios superiores del ordenamiento jurídico, afirmando que:

“La noción de pueblo que acompaña la concepción de democracia liberal constitucional no puede ser ajena a la noción de pluralismo e implica la coexistencia de diferentes ideas, razas, géneros, orígenes, religiones, instituciones o grupos sociales. El pueblo de tan heterogénea composición al escoger un modelo de democracia constitucional acepta que todo poder debe tener límites y, por lo tanto, como pueblo soberano acuerda constituirse y autolimitarse de conformidad con ese modelo democrático e instituye cauces a través de los cuales pueda expresarse con todo y su diversidad. Por ello, en los Estados contemporáneos la voz del pueblo no puede ser apropiada por un solo grupo de ciudadanos, así sea mayoritario, sino que surge de los procedimientos que garantizan una manifestación de esa pluralidad.”¹⁶

Al respecto, siguiendo la obra clásica de Sartori¹⁷, se hace indispensable distinguir entre tres proyecciones autónomas del principio mayoritario para determinar su alcance jurídico frente al principio pluralista:

La primera, en el ámbito electoral, específicamente en las votaciones para la elección de representantes. En este contexto, la aplicación de este principio define a los ganadores del juego político eliminando, nivel a nivel, a las minorías que se quedan fuera de la mayoría gubernamental, de lo que se sigue que la expresión

¹⁵ SARTORI, Giovanni. Op.Cit., p. 38.

¹⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-141 de 2010, M.P. Humberto Sierra Porto.

¹⁷ SARTORI, Giovanni. Teoría de la Democracia. Alianza Editorial: Madrid, 1987, cap. VI

“tiranía de la mayoría” carece de sentido aquí, siempre y cuando se: i) respete la participación en condiciones de igualdad de todas las partes que integran la pugna electoral; ii) promueva la formación de coaliciones y alianzas estables y duraderas entre ellas para alcanzar y ejercer el poder público desde la deliberación y la diversidad; y iii) brinden garantías para ejercer la oposición política a los perdedores.

La segunda, en el ámbito constitucional, se traduce en un mandato de protección de las minorías como límite a la voluntad general para efectos de condicionar su efectividad al respeto y garantía de la igualdad y libertad de todas las personas y de los demás derechos inherentes a su dignidad. Bajo esta concepción, el principio mayoritario no puede ser absoluto porque está limitado externamente por los postulados básicos del Estado Social de Derecho.

De esta manera, condiciones como el establecimiento de reglas procedimentales para la toma de decisiones; la separación entre la legislación y la ejecución de la Ley; el control de las actuaciones de las autoridades -incluyendo el judicial- y la garantía de los derechos fundamentales, entre otras, no solo legitiman el ejercicio del poder público, sino que además lo vinculan y restringen el alcance del principio mayoritario para configurar un régimen democrático moderado y equilibrado en torno de la protección de la sociedad multicultural en que rige. Al respecto, manifiesta Ernst Wolfgang:

“Las vinculaciones y limitaciones del poder del Estado procedentes del Estado de Derecho están ya contenidas en parte en el principio democrático, en la medida en que los derechos de libertad e igualdad democráticos son condiciones constitutivas de la democracia misma. Pero, más allá de esto, estos derechos representan auténticas limitaciones para el poder político que ejerce el dominio constituido democráticamente. (...) La voluntad de configuración política, a pesar de su legitimación democrática, encuentra en ellos su límite y medida- Y esto vale en todo caso en tanto los derechos fundamentales y las garantías análogas a estos se entienden y se aplican primariamente, o incluso como mandatos del Estado de Derecho, con el significado de derechos de defensa que cumplen una función delimitadora frente a las injerencias del poder del Estado.”¹⁸

A dicha línea, se adscribió recientemente Luigi Ferrajoli quien la amplía al formular su teoría sobre la *esfera de lo no decidible o lo indecidible*¹⁹ que está integrada por

¹⁸ WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, ERNST. Estudios sobre Estado de Derecho y la Democracia. Editorial Trotta: Madrid, 2000, p. 96.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Editorial Trotta: Madrid, 2014, cap. I.

aquellos derechos fundamentales que consisten en expectativas negativas e imponen al Estado *prohibiciones de lesión* -derechos de libertad- y además por aquellos que consisten en expectativas positivas y le imponen *obligaciones de prestación* -derechos sociales-. Así, únicamente lo que está por fuera de estos dos grupos de prerrogativas puede entrar en la órbita de la autonomía civil y política, o *esfera de lo decidible*, bajo las reglas democráticas de la mayoría y de representación.

Esta es la base dogmática que ha servido a la Corte Constitucional para reconocer y proteger los derechos de las minorías frente a los eventuales abusos de la regla mayoritaria, bajo una línea jurisprudencial que bien sintetiza en esta sentencia sobre el tema:

“Con todo, el poder de las mayorías alerta también sobre sus posibles abusos. La facultad de tomar decisiones que puedan afectar a toda la población, incluso a quienes se opusieron originalmente a ella, avizora la posibilidad de adoptar posturas que vulneren los derechos de las minorías. Por ello, el poder de las mayorías tiene límites que se concretan en las garantías constitucionales y legales que se deben brindar a las minorías, no sólo para que sean escuchadas en el debate público, sino para que las decisiones de las mayorías no puedan desconocer sus derechos.”²⁰

La tercera, en el ámbito social, que es la mejor se corresponde con los autores liberales clásicos cuando advertían sobre el riesgo de que la democracia se convirtiera en una tiranía social de la mayoría, legitimada procedimentalmente.

Al respecto, por su pertinencia y relevancia actual, conviene traer a colación una cita de Stuart Mill de 1859 que describe con precisión esta cuestión:

“Cuando la misma sociedad es el tirano –la sociedad colectivamente sobre los individuos que la componen...practica una tiranía social más rigurosa que muchas clases de opresión política, puesto que (...) deja menos escapatoria, penetrando más profundamente en los detalles de la vida, y esclavizando el mismo espíritu. Por lo tanto, la protección contra la tiranía del magistrado no es bastante; se necesita protección también contra la tiranía de la opinión y del sentimiento dominantes, contra la tendencia social de imponer (...) sus propias ideas y prácticas como códigos de conducta sobre aquellos que disienten de ellos (...) y obligan a todos los caracteres a modelarse con arreglo a sus propias pautas”²¹

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia SU-221 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortíz Delgado.

²¹ STUART MILL, John. On liberty (A Norton critical edition). Edited by David Spitz. Norton & company: New York, 1975, p. 6

Aquí, el énfasis se concentra en la incidencia dañina que puede tener el principio bajo estudio en la libertad y autonomía de las personas, al ser usado como instrumento de alienación a la cosmovisión predominante en la sociedad, dando una aplicación ilimitada de la regla mayoritaria dentro del proceso democrático de toma de decisiones políticas, la cual en este orden termina por legitimar una dictadura social que oprime las voluntades disidentes y suprime las diferencias culturales. Como sentenciara Hart Ely:

“(...) el deber de representación que reside en el núcleo de nuestro sistema requiere más que voz y voto. Con independencia de lo abierto que sea el proceso, quienes tienen la mayor parte de los votos están en condiciones de votar para sí ventajas a costa de otros, o negarse de otras maneras a tener en cuenta sus intereses. “Una persona, un voto”, bajo estas circunstancias, hace del principio de igualdad una parodia.”²² (p. 167)

En consecuencia, el principio mayoritario en este ámbito debe ir estrechamente vinculado al relativismo cultural –diversidad-, de manera que pierde su eficacia cuando un grupo pretende usarlo a fin de imponer su propia concepción moral a los demás como un valor ideológico absoluto, sin reconocer y respetar la diferencia –tolerancia-, ni brindar igualdad de trato y oportunidades a todos las personas y grupos sociales como actores políticos –pluralismo-. Al respecto, Wolfgang menciona, dentro de los límites del proceso democrático, que:

“Entre ellos se incluye el de que nadie pueda pretender que su propia concepción y objetivos sean los únicos válidos, y el de que no se rehúse conceder a la concepción del oponente político la dignidad de la discusión o incluso su derecho a la vida democrática. Esto no impide que otras concepciones y objetivos puedan considerarse como falsas, peligrosas y dignas de ser combatidas. Solo implica la renuncia a atribuir a las propias concepciones políticas y a las propias propuestas de solución una pretensión de validez objetiva que excluya la discusión y el compromiso.”²³

Así las cosas, de las proyecciones del principio mayoritario en los tres ámbitos expuestos, se concluye que la prioridad del proceso político en sí mismo debe ser la liberación del sujeto, lo que quiere decir que el objetivo real de la acción democrática no es tanto construir una sociedad justa según un paradigma predeterminado, sino extender los espacios de libertad y responsabilidad de las personas para que, en un contexto multicultural, puedan tomar decisiones libres sobre sus proyectos de vida sin interferencias indebidas, consolidando una sociedad

²² HART ELY, John. Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional. Siglo del Hombre Editores: Bogotá, 1997.

²³ WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Op. cit., p. 97

abierta que proscriba la marginación, el sometimiento y la discriminación de las minorías y de los diferentes. En palabras de Alain Touraine:

“El debate debe conducir al reconocimiento del otro y sobre todo de lo que constituye su subjetivación, es decir, la recomposición por él y para él de la acción instrumental y la identidad cultural. Un proceso democrático no desemboca en la formación de una voluntad general sino en el reconocimiento del área de acción libre de cada uno. (...) La democracia es la afirmación absoluta, no de la soberanía popular, indiscernible del poder absoluto del Estado, sino del derecho de cada uno a la individuación, por lo tanto a la subjetivación.”²⁴

En consecuencia, la libertad del sujeto es el principio y fin sobre el cual se apoya la democracia y la acción política, cuya defensa debe ser activa en favor de asegurar la igualdad de oportunidades, crear las condiciones para el reconocimiento mutuo y facilitar también el surgimiento de la conciencia de pertenencia a una sociedad libre, previniendo la fragmentación total de la sociedad o, dicho de otra manera, al agravamiento de las desigualdades y la segregación.

2.5.3. El principio de unidad del Estado y el derecho a la autonomía: Hacia un régimen territorial bajo la dirección del poder central

El Constituyente de 1991 adoptó su decisión políticamente conformadora sobre la estructura del Estado combinando el establecimiento de un principio: el de unidad, con un derecho; el de autonomía, siendo el primero a la vez presupuesto del reconocimiento abstracto y resultado del ejercicio concreto del segundo. Por ende, en ningún caso el ejercicio del derecho a la autonomía puede oponerse al principio de unidad, sino que es precisamente dentro de este donde alcanza su verdadero sentido como expresión del artículo 1º Superior.

Asimismo, el contenido y alcance de uno y otro, se enmarcan en la soberanía popular, la cual en los términos del artículo 3º de la Constitución reside exclusivamente en el pueblo, unidad política única e indivisible que constituye la fuente de legitimación primaria del poder público. Bajo este modelo, entonces, no es posible predicar dicho atributo de ninguna persona distinta de la Nación colombiana, sin quebrantar la base de su existencia.

²⁴ TOURAINE, Alain. ¿Podremos vivir juntos? La discusión pendiente: El destino del hombre en la aldea global. Fondo de Cultura Económica de México: Bogotá, 2000, p. 255.

Del principio de Estado Unitario, la Corte Constitucional ha explicado que comprende la forma de organización bajo un solo centro de impulsión política, en la que:

“la soberanía se ejerce directa y continuamente sobre todo el conglomerado social asentado sobre un mismo territorio. De esta suerte, la totalidad de los atributos y funciones del poder político emanan de un titular único, que es la persona jurídica de derecho público suprema, el Estado. Todos los individuos convocados bajo la soberanía de éste obedecen a una misma autoridad nacional, viven bajo un mismo régimen constitucional y son regidos por unas mismas leyes.”²⁵

Por su parte, del principio de autonomía de las entidades territoriales la misma Corporación ha dicho que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 287 superior, debe entenderse como la prerrogativa de que gozan las entidades territoriales para autogobernarse, gestionando sus propios intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley, según los siguientes atributos principales: (i) capacidad de gobernarse por autoridades propias; (ii) potestad de ejercer las competencias que les correspondan; (iii) facultad de administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones; y (iv) derecho a participar en las rentas nacionales.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional sobre la materia aclara que mientras, por un lado, el Constituyente afirma y protege los intereses locales otorgando poder de dirección administrativa a sus autoridades, por el otro, reconoce *“(...) la supremacía de un ordenamiento superior, con lo cual la autonomía de las entidades territoriales no se configura como poder soberano sino que se explica en un contexto unitario”*,²⁶ de modo que ambas categorías logren el necesario equilibrio entre sí.

Ciertamente, entre unidad y autonomía existe una relación de permanente tensión cuya dinámica interna crea y mantiene la estructura y funcionamiento del Estado en aplicación de los principios complementarios de coordinación, concurrencia, subsidiariedad y complementariedad que sirven para integrarlas, previniendo que entren en contradicción, y garantizando que en sus distintas manifestaciones se reafirmen mutuamente.

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-216 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero

Ahora bien, en lo que respecta a la función legislativa en general, hay que empezar por señalar que en nuestro modelo constitucional no existe ninguna actividad en donde se involucre la descentralización de la función legislativa, atribución que reposa de manera exclusiva en el Congreso de la República, aunque con un matiz que introduce el artículo 151 Superior al contemplar la posibilidad de que los entes territoriales asuman competencias normativas en virtud de una ley orgánica. Al respecto, la Corte Constitucional señaló que:

“La naturaleza del Estado unitario presupone la centralización política, lo cual, por un lado, exige unidad en todos los ramos de la legislación, exigencia que se traduce en la existencia de parámetros uniformes del orden nacional y de unas competencias subordinadas a la ley en el nivel territorial y, por otro, la existencia de competencias centralizadas para la formulación de decisiones de política que tengan vigencia para todo el territorio nacional. Del principio unitario también se desprende la posibilidad de intervenciones puntuales, que desplacen, incluso, a las entidades territoriales en asuntos que de ordinario se desenvuelven en la órbita de sus competencias, pero en relación con los cuales existe un interés nacional de superior entidad.”²⁷

Así, la propia Constitución delimita el derecho a la autonomía a partir de la reserva que hace a favor del legislador para la regulación de ciertas materias que se consideran vitales para los intereses del pueblo y no sólo de una o más comunidades locales, en relación con situaciones generales que deben ser reglamentadas de manera uniforme para evitar la fragmentación del Estado y la dispersión del interés general en intereses locales.

De lo anterior se deduce que, si bien la Carta Política estructuró la autonomía de las entidades territoriales dentro del modelo de la descentralización, en ningún momento se alejó del concepto de unidad que armoniza los intereses nacionales con los territoriales, sino que lo reivindicó para efectos de asegurar la vigencia de **los derechos fundamentales** que la Constitución consagra y las leyes desarrollan, cuyo contenido y alcance corresponde fijar al poder central desde donde se articulan competencias de los entes territoriales para que su eficacia no quede condicionada a los asuntos locales. Es por tales características que la doctrina constitucional ha indicado que la Constitución:

“no definió el grado de autonomía que le atribuyó a las entidades territoriales, delegando en el legislador tal competencia. Así las cosas, el grado de autonomía que tienen los entes territoriales en el Estado Colombiano, lo califica directamente

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

la ley. Dicho en otros términos, la autonomía territorial es relativa, puesto que se concibe dentro de un estado unitario”²⁸

Finalmente procede especificar que, en este marco jurídico, la facultad de expedir normas policivas es privativa del Congreso de la República, como ha tenido oportunidad de reiterarlo enfáticamente la Corte Constitucional, principalmente en las sentencias C-024 de 1994, C-110 de 2000 y C-511 de 2003, en las que analizó con profundidad la aplicación de esa reserva legal, a partir de la distinción entre poder, función y actividad policía administrativa.

Por su relevancia y claridad sobre el tema conveniente citar lo explicado por dicha Corporación al respecto:

*“d) En lo que atañe con la distribución general de las competencias en materia de poder, función y actividad de policía entre las diferentes autoridades, se considera que, en principio, sólo el Congreso de la República puede establecer límites o restricciones a las libertades y derechos ciudadanos dentro del marco de los principios y valores consagrados por la Constitución. Sin embargo, se advierte en la sentencia C-024/94 que ‘La Constitución no establece una reserva legislativa frente a todos los derechos constitucionales ni frente a todos los aspectos relacionados con la regulación de los derechos. Esto significa que existen ámbitos de los derechos constitucionales en los cuales algunas autoridades pueden ejercer un poder de policía subsidiario’. Pero se precisa, que en atención a que dicho poder implica la restricción de los derechos y libertades de las personas, el ejercicio del poder subsidiario de policía. V.gr. asambleas, concejos municipales, Presidente de la República, **la cual en principio es potestad del Congreso, requiere de una habilitación constitucional expresa.**”²⁹ (Negrilla fuera de texto)*

El poder de policía, entonces, entendido como la facultad de crear la norma de policía, que regula la libertad y el comportamiento ciudadano; que limita los derechos fundamentales para conservar la moralidad y el orden público, está en cabeza del Congreso de la República, no obstante lo cual es menester precisar que existe un poder de policía *subsidiario*, en cabeza de otras autoridades como el Presidente, las asambleas departamentales y los consejos municipales, cuyo ejercicio requiere de una habilitación constitucional expresa:

“(…) En consecuencia, sólo la ley, y en subsidio el reglamento -entendido como acto administrativo de contenido general-, ostentan el poder de policía. Sin embargo, precisa la Corte, el poder de policía que pueden ejercer subsidiariamente el Presidente y las Asambleas no puede invadir esferas en las cuáles la Constitución haya establecido una reserva legal, por lo cual un gran número de derechos y libertades sólo pueden ser reglamentados por el Congreso, lo cual deriva de la naturaleza misma del Estado colombiano como república unitaria (CP Art. 1º). Así

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-889 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-110 del 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

*las cosas, en la Carta de 1991 ya no es de recibo la tesis de la competencia subsidiaria del reglamento para limitar la libertad allí donde la ley no lo ha hecho y existe reserva legal, la cual había sido sostenida bajo el antiguo régimen por el Consejo de Estado(3) y la Corte Suprema de Justicia (4)*³⁰

2.5.4 La Constitución cultural y el derecho a la cultura: Hacia la tutela judicial efectiva de las libertades culturales

Se atribuye a Tylor, en 1871, la primera definición documentada del término cultura, desde una perspectiva antropológica, al describirla como *“aquel todo complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho, las costumbres y cualesquiera otros hábitos y capacidades adquiridos por el hombre en cuanto miembro de la sociedad”*³¹.

Este concepto, encasillado en la escuela evolucionista, sería retomado y ampliado por otros representantes de aquella como lo fueron Morgan y Spencer, reflejando una concepción marcadamente acumulativa y universalista de la cultura, la cual fue posteriormente complementada por la escuela estructuralista, siguiendo la obra de Levi-Strauss³², quien matizó que la historia social del hombre no reside tanto en el movimiento progresivo que va desde la animalidad a la cultura, que se corresponde más bien con la idea de civilización, sino en la historia de las diferencias de las culturas heterogéneas y del estilo propio de las sociedades, al entender las culturas básicamente como sistemas de especificación y diferenciación social.

Al margen de estas y otras definiciones presentes en las distintas corrientes del saber antropológico, la idea esencial común a todas ellas radica en que la cultura no es otra cosa que la memoria hereditaria, no genética, de la sociedad y las múltiples comunidades que la integran, idea que implica dos proposiciones centrales: que en su proceso de hominización, el hombre se encuentra determinado no solo por la herencia biológica y genética, sino por otra clase de herencia: la

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-024 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

(3) Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia dic. 13 de 1979.

(4) Corte Suprema de Justicia. Sentencia de enero 27 de 1977.

³¹ E.B. TAYLOR. La ciencia de la cultura, publicado originalmente en 1871 en la obra compilada por KAHN, J.S. El concepto de cultura: Textos fundamentales. Anagrama: Barcelona, 1975, p. 29, así como su traducción al castellano. Cultura primitiva. Ayuso: Madrid, 1976.

³² LEVI-STRAUSS C. Las estructuras mentales del parentesco. Paidós: Buenos Aires, 1969.

cultural, que no es generada por los individuos aislados, sino por los grupos humanos en que se reúne y desarrolla.

Esta es la construcción teórica predominante al respecto con base en los acontecimientos socio-políticos de finales del siglo XVII en Europa, cuando el pensamiento ilustrado permite identificar la característica esencial de la existencia colectiva de las personas en la cultura, a partir de la cual se diferencian de los demás animales por la posibilidad de transmitir a las siguientes generaciones la herencia social. Es tal la importancia de este descubrimiento, que la ilustración sustituye el ideal formativo cristiano por el humano y la idea de reino de Dios por el de la cultura.

A nivel constitucional, en cambio, la aparición en las Cartas Magnas occidentales de la preocupación por la cultura vino tardíamente, en la primera mitad del siglo XX, cuando la cultura empieza a ser incluida dentro del conjunto de bienes jurídicos superiores. Fue la Constitución mexicana de 1917, la primera en positivizarla, tal como lo hizo con los derechos sociales. Le siguieron la alemana de Weimar de 1919, la española de 1931 y la soviética de 1936, siendo la española la que lo hizo con más fuerza tanto a nivel semántico, al usarla como rótulo de su capítulo II, título III sobre: Familia, economía cultura, como conceptual, al instaurarla en su artículo 11 como uno de los requisitos para configurar la noción de región, y sus alusiones al “servicio de la cultura” y la “expansión cultural” del Estado.

Ya en la postguerra, prácticamente ninguna de las Constituciones europeas deja por fuera de su articulado la mención a la cultura, aunque en sentidos y grado muy abstractos, como en el caso de la italiana de 1947, la alemana de 1949, la francesa de 1946, y las del área socialista, adquiriendo mayor concreción en las Cartas políticas promulgadas en la década de los setenta: la griega de 1975, la española de 1978 y la portuguesa de 1976.

Sin embargo, en su corta vida constitucional, la voz cultura no ha pasado de ser un neologismo falto de eficacia. Prueba de ello es el tono vago de las manifestaciones jurídicas que sobre ella suelen encontrarse en la jurisprudencia bajo la forma de frases evasivas, tautológicas o ambiguas. Es justo destacar que ha existido un desarrollo importante en algunas instituciones culturales como el derecho a la educación y la enseñanza, el patrimonio histórico o artístico, y la libertad de prensa,

pero sin que tales avances se traduzcan en una teorización de la categorización jurídica de la cultura.

Puesto que aquí tratamos de ver la cultura desde el derecho y no viceversa, es preciso adoptar una concepción más restringida de su contenido y alcance que la de los antropólogos, sin ignorar la polisemia de que es portadora en las ciencias sociales y humanas en general, pues hacen falta voces críticas que expliquen qué es y cómo funciona la cultura como categoría normativa, es decir, que coadyuven a construir una teoría jurídica de ella.

Aún en el incipiente estado actual en que se encuentra tal proceso, hay que destacar que el lenguaje constitucional presenta suficientes indicios de estar avanzando en este propósito para no convertir en excesivamente especulativa su determinación en el Derecho vigente, teniendo en cuenta que la Constitución Política es sin duda la herramienta idónea para llevarla a cabo desde su coherencia sistémica y su capacidad de condensación, como se analiza a continuación.

El Constituyente de 1991 consagró la igualdad como valor, principio y derecho dentro del ordenamiento Superior colombiano, en sus artículos 2° que establece como uno de los fines esenciales del Estado facilitar la participación de todos en la vida cultural de la Nación; 7° que señala la obligación del Estado de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación; 70 que reconoce la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país y precisa el deber del Estado de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades; 71 que estipula la obligación del Estado de incluir medidas para el fomento de la cultura en los planes de desarrollo económico y social, así como de crear incentivos a favor de personas e instituciones que desarrollen y fomenten distintas manifestaciones culturales; y 72 que distingue tres conceptos que fueron desarrollados por la Ley 393 de 1997, a saber: i) patrimonio cultural de la Nación, ii) patrimonio arqueológico, iii) bienes culturales que conforman la identidad nacional

Este grupo heterogéneo de regulaciones delimita el alcance que tiene la cultura, como categoría jurídico-Superior en el país, siendo la base de lo que la jurisprudencia ha denominado la Constitución cultural, a partir de la sentencia C-746 de 2006, en interpretación armonía con las normas que integran el bloque de

constitucionalidad sobre la materia, las cuales están dadas principalmente por los instrumentos que contienen compromisos internacionales del Estado, principalmente los enlistados por la Corte Constitucional, a saber:

“Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales -incorporado al ordenamiento colombiano por medio de la Ley 75 de 1968- reconoce el derecho de todas las personas a participar en la vida cultural y dispone la obligación del Estado de adoptar medidas para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, entre ellas, medidas dirigidas a la conservación, desarrollo y difusión de la cultura.

El artículo 14 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales—incorporado a ordenamiento mediante la Ley 319 de 1996—: derecho a participar en la vida cultural y artística de la comunidad, y reitera la obligación del Estado de adoptar medidas para el desarrollo y difusión de la cultura.

Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Unesco, incorporada al ordenamiento colombiano mediante la Ley 1037 de 2006: obligación del Estado de salvaguardar y respetar el patrimonio cultural inmaterial de las comunidades e individuos del país, entendido como “los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural.” La convención reconoce que el patrimonio cultural inmaterial es dinámico; pues es recreado constantemente por las comunidades en función de su entorno, interacción con la naturaleza e historia.

*Declaración Universal sobre Diversidad Cultural, adoptada en la Conferencia General de la Unesco el 2 de noviembre de 2000: reconoce que la cultura adquiere formas diversas a través del tiempo y del espacio, y que esa diversidad cultural es patrimonio común de la humanidad. Esta declaración también recuerda que los **derechos culturales hacen parte de los derechos humanos, que son universales, indisociables e interdependientes.***

Resolución 10/23 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, adoptada el 26 de marzo de 2009 “(...) el respeto de la diversidad cultural y de los derechos culturales de todos, hace que aumente el pluralismo cultural, contribuye a un intercambio más amplio de conocimientos y a la comprensión del acervo cultural, promueve la aplicación y el disfrute de los derechos humanos en todo el mundo y fomenta relaciones de amistad estables entre los pueblos y las naciones de todo el mundo.”

Observación General No. 21 del Comité DESC sobre el derecho de todas las personas a tomar parte en la vida cultural –elaborada en la sesión No. 43 de noviembre de 2009: promoción y respeto de los derechos culturales es esencial para el mantenimiento de la dignidad humana y para la interacción social entre individuos y comunidades en un mundo diverso y multicultural. Del derecho a participar en la vida cultural –artículo 15 del PIDESC- se derivan las siguientes obligaciones del Estado: (i) no obstruir la participación, (ii) asegurar las condiciones para la participación, (iii) facilitar tal participación, y (iv) promover la vida cultural, el acceso y la protección de los bienes culturales. A esto agrega que el derecho a participar

en la vida cultural comprende (a) el derecho a participar en la vida cultural³³, (b) el derecho a acceder a ella³⁴, y (c) el derecho a contribuir a su desarrollo. Para terminar, el Comité indica varias condiciones necesarias para la realización del derecho de manera equitativa y sin discriminación: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, adaptabilidad e idoneidad (cultural).”

Este es, entonces, el marco normativo que delimita el contenido y alcance de la cultura como bien jurídico constitucional, el cual se sigue construyendo en el contexto del proceso de expansión de los derechos fundamentales y de fortalecimiento de la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho que le sirve de motor, de modo tal que su desarrollo autónomo sigue a la zaga de su protección a través de una interpretación amplia de las libertades clásicas que se nutren de ella.

Esto se explica, negativamente, por una inseguridad del legislador ante la noción de cultura como derecho, quizás por temor a que se derive de ella una incontrolable demanda social de prestaciones, y quizás también porque puede esconder restos de alguna pudorosa reticencia ante la cultura como de desafío crítico al poder del Estado. Quizás no exista una frase que exprese mejor este temor que aquella incluida en la obra *Schlageter* de Hans Johst: *“Wenn ich Kultur hore... entsichere ich meinen Browjing! -Cuando oigo la palabra cultura... ¡Le quito el seguro a mi Browning!-,* representada por primera vez en abril de 1933 por el cumpleaños de Hitler.

Por otra parte, se explica positivamente por cuanto la cultura afirma ante el poder público la necesidad de una libertad radical que nace de una nueva implicación entre sí misma y el libre desarrollo de la personalidad para la que no resulta garantía suficiente la genérica libertad de expresión proclamada por el Estado liberal de Derecho. Por tanto, una comprensión profunda de las múltiples y complejas

³³ De acuerdo con la Observación General No. 21, el concepto de *participación* comprende el derecho de todos, individualmente o en asociación con otros miembros de la comunidad, a (i) escoger libremente la propia identidad, (ii) identificarse o no con alguna comunidad o a cambiar la elección al respecto, (iii) tomar parte en la vida política de la comunidad, (iv) involucrarse en las prácticas culturales propias, (v) expresarse en el lenguaje elegido, (vi) buscar y desarrollar conocimiento y expresiones culturales y compartirlos con otras personas, y (vii) tomar parte en actividades creativas (ver consideración 15-a).

³⁴ La observación indica que el concepto de *acceso* comprende el derecho de todos, individualmente o en asociación con otros miembros de la comunidad, a (i) conocer y entender su propia cultura y la de otros a través de la educación y la información, (ii) recibir educación y entrenamiento de calidad y con consideración por la propia identidad cultural, (iii) aprender sobre formas de expresión y su diseminación por medios técnicos de información y comunicación, (iv) seguir el propio proyecto de vida asociada con el uso de bienes culturales y recursos como la tierra, agua, biodiversidad, lengua o instituciones específicas, y (v) beneficiarse de la herencia cultural y de las creaciones de otros individuos y comunidades (ver consideración 15-b).

dinámicas a través de las cuales se manifiesta el desenvolvimiento espontáneo de la cultura reclama un tratamiento específico para las identidades culturales y sus manifestaciones.

Así las cosas, aunque las expresiones derecho a la cultura y derechos culturales son tomadas en los textos normativos, generalmente, como una categoría tipológica para la clasificación de los derechos fundamentales -suelen aparecer más en los rótulos de las divisiones de los textos normativos que en su propio articulado-, el Constituyente colombiano le ha dado alcance concreto como derechos públicos subjetivos y orden objetivo de valores, siguiendo los modelos español y portugués.

En este sentido, aunque es frecuente en el Derecho comparado no considerar parte del derecho a la cultura más que la libertad de creación cultural, desde una visión coherente e integral de la vida en sociedad, es necesario agrupar también otras libertades bajo el ámbito de protección de dicha prerrogativa, de modo que, en aras de una visión sistemática del binomio cultura-libertad, la Sala propone ordenar la multiplicidad de libertades intangibles que la Constitución cultural de 1991 reconoce, en las siguientes, sin que ello excluya otras.

i) **creación cultural**: literaria, artística, científica y técnica y los derechos de autor; ii) **comunicación cultural**: libre transmisión de la cultura creada, que presenta manifestaciones diversas según el medio a través del cual se realice (libertad de representación escénica, libertad de edición, libertad de cátedra, etc.); iii) **emprendimiento e institucionalización cultural**: creación, y gestión de organizaciones que persiguen finalidades de creación, transmisión, y conservación de la cultura (libertades de asociación, fundación, económica y de empresa) para garantizar la pluralidad de iniciativas sociales de los individuos y grupos en relación con la cultura e impedir monopolios; y iv) **el libre desarrollo de la propia identidad cultural**, a nivel subjetivo y colectivo, como sustrato y corolario de las anteriores³⁵.

Este listado debe operar con la fuerza normativa necesaria para permitir la protección efectiva del derecho a la cultura, que se traduce en el doble deber estatal de respetarla, **al no imponer formas de vida o subjetividades culturales**, y

³⁵ Cfr. PIETRO DE PEDRO, Jesús. Cultura, culturas y Constitución. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2004

garantizarla, promoviendo y tutelando el acceso a la cultura de todas las personas en condiciones de igualdad.

En este orden de ideas, el derecho a la cultura se constituye en uno de los centros de gravedad del Estado colombiano. En efecto, su constitucionalización como un derecho fundamental supone un paso adelante hacia una visión plena y articulada de los diversos fenómenos que encierra lo cultural, comprendidos en su noción antropológica como la facultad de acceder a los bienes del espíritu humano en sus distintas expresiones como prácticas sociales.

Así, la Constitución de 1991, debe entenderse que actúa sobre el derecho a la cultura, promoviéndola y garantizando las esferas de libertad que hacen parte de su núcleo esencial, sino también sobre sus concretas manifestaciones socio-históricas para efectos de que esos *trozos de humanidad*, como la concebía Levi-Strauss, puedan expresar fehacientemente el modo de ser de una determinada comunidad, pueblo o nación y, por ende, sus integrantes puedan desarrollar su diferente e irrepetible singularidad humana autónoma y no heterónomamente, es decir, sin que nadie les pueda imponer desde afuera una determinada forma de ser.

2.6. Análisis del caso concreto

Señalan los accionantes que el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, al declarar ajustado a la Constitución Política, la iniciativa gubernamental de consulta popular promovida por el Alcalde Mayor para preguntar a la ciudadanía de Bogotá: “Está de acuerdo, SI o NO, con que se realicen corridas de toros y novilladas en Bogotá Distrito Capital?”, incurrió en un desconocimiento del debido proceso por violación del precedente judicial desarrollado en las sentencias A-025 de 2015, T-296 de 2013, C-889 de 2012 y C-666 de 2010.

En criterio de la Sala, el contenido de la decisión del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, al avalar la consulta, efectivamente lesionó el debido proceso por desconocimiento del precedente en tanto desconoció que: i) el Alcalde de Bogotá se extralimitó en el ejercicio de su competencia de dirigir administrativamente los intereses distritales, invadiendo la esfera reservada al

Congreso de la República para ejercer el poder de policía en su calidad de máximo órgano de deliberación política en el marco de un Estado Unitario; y ii) porque la consulta popular no pueden servir de instrumento para imponer una determinada cosmovisión sobre un asunto que hace parte del acervo patrimonial de la nación.

2.6.1. La providencia impugnada vulneró el principio de legalidad y la distribución de competencias entre la entidad central y los entes territoriales en relación con el poder y la función de policía contenidos en el precedente constitucional

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Primera- Subsección "A" -en adelante, el Tribunal- después analizar la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre la materia concluye, contrario a esa misma línea, que las entidades territoriales **tienen competencia para prohibir las actividades taurinas en su jurisdicción**, en virtud del principio del rigor subsidiario, el cual, en su criterio, concilia el principio unitario en que se apoya el Legislador para crear las excepciones a la prohibición del maltrato animal con el derecho de autonomía en que se apoya el Distrito para establecer medidas más restrictivas que las nacionales a favor de la protección de los animales.

Sin embargo, esta Sala considera necesario precisar que la Corte Constitucional analizó, en las sentencias C-666 de 2010 y C-889 de 2012, el alcance específico de la competencia de los entes territoriales, dentro del modelo de Estado unitario, para prohibir las corridas de toros en el ámbito de su jurisdicción y llegó a una conclusión diferente a la que arribó el Tribunal. Veamos.

En la sentencia **C-666 de 2010**, se refiere al carácter cultural de las corridas de toros, analizada desde la perspectiva del Estatuto de Protección Animal –Ley 84 de 1989-, para indicar que las excepciones consagradas en su artículo 7³⁶ pueden

³⁶ **Artículo 7.** Quedan exceptuados de los expuestos en el inciso 1o. y en los literales a), d), e), f) y g) del artículo anterior, el rejoneo, coleo, las corridas de toros, novilladas, corralejas, becerradas y tientas, así como las riñas de gallos y los procedimientos utilizados en estos espectáculos. Estos literales hacen referencia a: a) Herir o lesionar a un animal por golpe, quemadura, cortada o punzada o con arma de fuego; d) Causar la muerte inevitable o necesaria a un animal con procedimientos que originen sufrimiento o que prolonguen su agonía. Es muerte inevitable o necesaria la descrita en los artículos 17 y 18 del capítulo quinto de esta Ley; e) Enfrentar animales para que se acometan y hacer de las peleas así provocadas un espectáculo público o privado; f) Convertir en espectáculo público o privado, el maltrato, la tortura o la muerte de animales adiestrados o sin adiestrar; g) Usar animales vivos para entrenamiento o para probar o incrementar la agresividad o la pericia de otros animales.

llegar a generar un déficit de protección frente al bienestar animal, desde un entendimiento amplio del deber estatal de salvaguardar el ambiente como un concepto complejo y no circunscrito exclusivamente a aquellos elementos necesarios para el desarrollo de la vida de los seres humanos, por cuanto este involucra también la protección de la flora y **la fauna** en sí mismas consideradas.

En consecuencia, la Corte admitió como válidas las excepciones consagradas en dicho estatuto siempre y cuando se trate de expresiones artísticas que cumplan los requisitos de *arraigo social, localización, oportunidad y excepcionalidad en un determinado ente territorial*, de modo que corresponde al legislador, en aplicación del principio democrático, determinar cuáles de ellas constituyen manifestaciones culturales que hacen parte del acervo del patrimonio cultural de la nación.

“Por lo tanto, el resultado acorde con un ejercicio de armonización de los valores y principios constitucionales involucrados conduce a concluir que la excepción del artículo 7º de la ley 84 de 1989 se encuentra acorde con las normas constitucionales únicamente en aquellos casos en donde la realización de dichas actividades constituye una tradición regular, periódica e ininterrumpida de un determinado municipio o distrito dentro del territorio colombiano.

(...) Es importe indicar que la oportunidad a la que se refiere el fallo hace referencia a que la actividad solo se efectúe en el tiempo en que siempre se ha llevado a cabo su práctica, es decir, que no es válida su realización en épocas o temporadas en las que usual, común o de forma tradicional estas no se han efectuado.”³⁷

En este sentido, indicó que el legislador debe expedir una regulación en la que se garantice que, en las prácticas artísticas que involucren animales, se minimicen los dolores o sufrimientos que se les puedan llegar a causar, condicionando también la exequibilidad del artículo 7º de la Ley 84 de 1989, a la morigeración o eliminación de conductas especialmente crueles contra ellos en un proceso de adecuación entre expresiones culturales y deberes de protección de la fauna.

En consecuencia, señaló expresamente que a futuro **el legislador podría prohibir las manifestaciones culturales que implican maltrato animal si los cambios en la sociedad así lo determinan.**

Asimismo, insinuó en el marco del tema que venía analizando, que las entidades territoriales podrían determinar si permitían o no tales prácticas de maltrato animal en su territorio, en aras de proteger la autonomía de estas.

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-666 de 2010. M.P. Humberto Sierra Porto.

*“(...) la disposición acusada permite excepcionalmente el maltrato animal en el desarrollo de ciertas manifestaciones culturales, no obstante, se trata de una disposición excepcional de alcance restringido como se ha sostenido a la largo de esta providencia, de manera tal que no limita la potestad reguladora en cabeza de las autoridades administrativas municipales. **Por lo tanto, estas pueden determinar si permiten o no el desarrollo de las mismas en el territorio en el cual ejercen su jurisdicción**” (negrilla fuera de texto).*

Este último aparte, leído asistemáticamente, podría llevar al equívoco de entender que los entes territoriales, en ejercicio de su autonomía, **tienen la potestad de prohibir las corridas de toros dentro de su jurisdicción**, lo que avalaría en principio la decisión del Distrito de hacer uso de un mecanismo como la consulta popular para la imposición de dicha medida y que ratificaría, igualmente, la decisión del Tribunal objeto del amparo de la referencia.

Sin embargo, en sentencia posterior, la **C-889 de 2012**, la misma Corte precisó el alcance de la afirmación que se hizo en la providencia de 2010, desde el ámbito de la función de policía en cabeza de los entes territoriales, la que sujeta al principio de estricta legalidad, llevó al Tribunal Constitucional a señalar **que los entes territoriales no podían exigir requisitos adicionales a los fijados por el Congreso de la República para el desarrollo de la actividad taurina**, lo cual necesariamente implicaba **la imposibilidad de configurar la prohibición de esta práctica dentro de su territorio**. Sobre el punto, se lee en los considerandos de esa decisión:

*“No obstante, la Sala advierte que esa última expresión -Por lo tanto, estas pueden determinar si permiten o no el desarrollo de las mismas en el territorio en el cual ejercen su jurisdicción-, **no puede comprenderse como la concesión de facultades omnímodas a las autoridades administrativas municipales, para que decidan por sí y ante sí la prohibición de la actividad taurina**. Ello debido al menos dos tipos de razones: (i) la naturaleza constitucional del ejercicio de la función de policía; y (ii) la existencia de una previsión legal, declarada compatible con la Constitución, bajo determinadas condiciones, que reconoce y permite la tauromaquia en determinadas zonas del país.” (Negrilla fuera del texto)*

En ese orden, la Corte Constitucional entendió que tauromaquia, entendida como una práctica tradicional y artística³⁸, y **con arraigo** en determinados sectores de la población, está protegida actualmente por el legislador quien tiene la competencia privativa para determinar **su prohibición**, si a futuro las circunstancias **de arraigo**

³⁸ Así definida por el legislador en la Ley 916 de 2004, artículo 1 y declarada exequible en la sentencia C-1192 de 2005.

cambian frente al grupo que la práctica y en el que es considerada como una expresión cultural que debe ser protegida.

Inclusive, en el fallo en cita, la Corte señaló expresamente que **los entes territoriales no tienen competencia para proscribir la actividad taurina**, en cuanto ello corresponde directamente al legislador; por tanto, estas solo pueden imponer restricciones encaminadas a buscar el bienestar del toro, sin que ello implique o comprenda la prohibición de su práctica.

*“... En tal sentido, si la autoridad municipal o distrital ejerce el control de los espectáculos taurinos en su condición de agente de la función de policía, **no resulta válido desde la perspectiva constitucional que prohíba esa actividad cuando no tiene respaldo normativo, de índole legal** –en tanto el poder de policía corresponde al Congreso- para imponer esa condición.*

*(...) **Por lo tanto, las entidades territoriales podrían válidamente prever una prohibición general de la actividad taurina, solo cuando esa opción administrativa esté respaldada por el ordenamiento legal.**”*

Finalmente, la Corte Constitucional volvió sobre los conceptos de multiculturalidad y pluralismo como características principales que definen al Estado Colombiano, para señalar que, según ellos, en el territorio colombiano se pueden dar diversas prácticas, costumbres o expresiones culturales dentro de distintas comunidades, por lo general coincidentes con las llamadas regiones que, en principio, pueden llevar a asegurar que el legislador no podría hacer regulaciones sobre estas, pues ello solo sería competencia de cada uno de los entes territoriales en donde aquellas se manifiesten.

Sin embargo, aclaró que el legislador tiene la competencia para reconocer esa diversidad de prácticas y generar su protección jurídica como parte del acervo cultural de la Nación, siempre y cuando i) no se dé un tratamiento privilegiado que afecte el pluralismo en que se funda el Estado colombiano; y ii) la práctica cultural debe tener un vínculo comunitario o regional que se pueda verificar por medio de costumbres específicas, para efectos de evitar que se imponga desde el Estado una cierta expresión o actividad que carezca de ese sustento.

En síntesis, se puede afirmar sin lugar a dudas que, según las normas constitucionales que regulan la distribución de competencias entre el Legislador y las autoridades territoriales y la jurisprudencia que las desarrolla, en especial las que lo hacen específicamente desde el ámbito de la regulación de la actividad

taurina, el Alcalde del Distrito Capital **no tiene la competencia para prohibir las corridas de toros y novilladas, ni ninguna otra clase de actividad taurina**, pues no ostenta el poder de policía principal o subsidiario para crear una norma de ese tipo, por cuanto entraría a regular libertades y comportamientos, limitando derechos fundamentales.

Competencia que tampoco podía abrogarse, cuando era claro que ese poder ya había sido desplegado por la autoridad competente para ello, el Congreso de la República, a través de las Leyes 84 de 1989 y principalmente la 916 de 2004, por medio de la cual se expidió el Reglamento Taurino, las cuales fueron objeto de juicios de exequibilidad por parte de la Corte Constitucional³⁹, quien ha tomado las decisiones necesarias para asegurar su compatibilidad con la Constitución, **una de ellas, la que dictamina que las entidades territoriales no tienen la competencia para proscribir el espectáculo taurino en el ámbito de su jurisdicción**, sentencia C-889 de 2012.

Este mismo razonamiento fue el que empleó la Sección Primera de esta Corporación⁴⁰ al conocer de una acción de tutela contra una decisión del Tribunal Administrativo del César, en el marco de unas observaciones jurídicas que hizo el Alcalde Municipal de Sincelejo a un proyecto de acuerdo. En dicho fallo se indicó:

“... De conformidad con la jurisprudencia constitucional examinada, salvo que exista una cobertura legal específica que habilite a los entes territoriales para adoptar decisiones de suspender o prohibir actividades que, como la taurina, se encuentran autorizadas de manera genérica por la Ley, esta clase de decisiones se encuentran excluidas. Lo anterior no obsta para que en virtud del deber constitucional de protección animal las entidades territoriales puedan regular la realización de las manifestaciones culturales que impliquen violencia animal para garantizar en la mayor medida de lo posible el deber de protección de las especies involucradas en ellas, sin que, se repite, puedan prohibir o suspender estas manifestaciones culturales amparadas por la Constitución y la Ley.” (Negritillas del texto)

De esta manera, bajo nuestro modelo de Estado unitario no es de recibo pretender que las entidades territoriales puedan autoexcluirse del ámbito de aplicación de la Ley, lo cual iría más allá no solo de su competencia sino de la estructura y funcionamiento mismo del Estado, pues si aún en los Estados compuestos la ley

³⁹ Corte Constitucional. Sentencias C-1192 de 2005; C-367 de 2006; C-666 de 2010; C-889 de 2012.

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Sentencia de 17 de octubre de 2013. Expediente 110010315000-2013-00956-00. Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala.

federal es de obligatorio cumplimiento para los Estados federados, con mayor razón en un Estado unitario y centralizado políticamente como el nuestro, en donde la Ley nacional es el marco de acción y decisión para todas las autoridades, las cuales solo pueden ejercer su autonomía y discrecionalidad en los términos que aquella le señala y obviamente, sin llegar a desconocerla.

Finalmente, en la sentencia **T-296 del 2013** y en el auto **A-025 del 2015** que negó la nulidad de esa decisión, la Corte Constitucional frente a la actividad taurina en el Distrito Capital afirmó que en esta **tiene arraigo cultural**, decisión que desconoció el Tribunal accionado al reconocer al Alcalde Distrital **competencia para realizar la consulta popular bajo estudio, en tanto ese tema excedía el interés puramente territorial**, invadiendo y desconociendo lo que en el ámbito nacional la ley ya había regulado.

Estas consideraciones serían suficientes para conceder el amparo que fue elevado por los accionantes en el proceso de la referencia, por violación del debido proceso por el desconocimiento del precedente constitucional.

Sin embargo, la Sección considera procedente hacer un breve análisis sobre la materia que se pretendía llevar a la consideración de la ciudadanía del Distrito Capital.

2.6.2. El asunto sometido a consulta no puede ser decidido por la regla de las mayorías

Para determinar la viabilidad constitucional de la pregunta que se somete consulta popular, desde su aspecto sustantivo, la Sala considera oportuno señalar que la actividad taurina como manifestación cultural fue definida por el legislador y avalada por el Tribunal Constitucional.

En efecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-1192 de 2005, encontró válida la definición de los *“espectáculos taurinos como una expresión artística del ser humano”* -artículo 1º de la Ley 916 de 2004-, y señaló que es competencia del legislador, en el marco del Estado pluralista y multicultural, definir qué actividades culturales en la sociedad pueden ser consideradas objeto de protección por parte

del Estado, desde la perspectiva de patrimonio cultural de la nación, sin que ello implique que:

“(...) las únicas expresiones artísticas y culturales sean aquellas objeto de categorización y reconocimiento por el Estado a través del legislador, pues es la misma sociedad, representada en sus artistas, literatos, compositores, maestros, artesanos, músicos, etc., quienes a lo largo de la historia pueden crear distintas manifestaciones culturales, frente a cuyo tratamiento estatal puede el legislador optar en el futuro.”⁴¹

En esa oportunidad, también aclaró que no había una libertad de configuración legislativa absoluta para establecer requisitos sobre estas manifestaciones o su práctica, pues su regulación requiere de la existencia de una razón suficiente, necesaria y proporcional, así como de la necesaria protección del interés general y la prevención de riesgos sociales. Y, a su vez, indicó que no toda manifestación artística del ser humano puede ser catalogada como expresión cultural, pues no lo son aquellas manifiestamente absurdas, injustificadas o insensatas, o las que “se aparten por completo de los designios de la recta razón”.

Si bien en el mismo fallo se admite que hay sectores de la población que no la comparten, especialmente los defensores de los animales, **no por ello esta se puede desconocer o abolir discrecionalmente por las autoridades del Estado.**

En consecuencia, la tauromaquia como espectáculo artístico fue considerada por la Corte Constitucional como “*inescindible al concepto de cultura*”, como un bien inmaterial de esta, razón por la que encontró procedente que el legislador la calificara como una expresión cultural “*del Estado y de quienes las practican*”.

Ahora bien, vale la pena mencionar que la propia Corte Constitucional advierte que al igual que el legislador tiene potestad para reconocer a la tauromaquia como una expresión artística y cultural, como en efecto lo hizo, **la conserva para reconsiderar esa calificación hacia el futuro**, pudiendo llegar a suprimir dicho reconocimiento como una manifestación del acervo cultural de la nación y de quienes la practican, si **las circunstancias cambian en relación con la valoración social de tal actividad.**

⁴¹ Confrontar pie de página 27 del fallo C-1192 de 2005.

En ese sentido, la prohibición que se llegue a acordar en el futuro, si bien es una decisión política que estará amparada en el amplio margen de configuración legislativa, en modo alguno podrá obedecer al simple capricho o voluntad del legislador de turno, pues debe tener un sustento técnico –sociológico y/o antropológico-, que permita acreditar, evidenciar el cambio en la sociedad y por ende determinar, por ejemplo, que ya no existe el arraigo que permitió la validación de esa actividad como expresión artística.

En esta providencia se mencionó, además, que el legislador podía dictar un reglamento como el que expidió mediante la Ley 916 de 2004 con un ámbito nacional, dado que la tauromaquia se practica en muchas regiones del país y, como expresión artística, se requería asegurar, entre otros: i) el derecho de los aficionados a recibir el espectáculo; ii) las garantías mínimas y fundamentales de los diestros o toreros en el ejercicio de su oficio; y principalmente iii) un conjunto de reglas para salvaguardar la integridad artística de la fiesta y evitar el maltrato del toro.

Para el Tribunal Constitucional, entonces, la actividad taurina como expresión artística que integra el patrimonio cultural inmaterial de la nación colombiana, así definida por el legislador, resulta incontrovertible en el plano jurídico, al margen de los debates que se efectúen en otras áreas diferentes.

Así, se puede sostener, sin temor a equívocos, que el espectáculo taurino es actualmente una práctica permitida por la Constitución en los términos de las sentencias C-1192 de 2005, C-666 de 2010, C-889 de 2012, T-196 de 2013 y el auto A-025 de 2015 y regulada por la Ley, en concreto, por el artículo 7° de la Ley 84 de 1989 y la Ley 916 de 2004.

Lo expuesto permite advertir, que el objeto de la consulta que avaló el Tribunal Contencioso de Cundinamarca, versa sobre una iniciativa contraria al artículo 4° Superior y prohibida expresamente por el artículo 21 de la Ley 1757 de 2015 por cuanto afecta la eficacia de los derechos fundamentales desde su perspectiva de expresión artística como fue definida por el legislador.

En aplicación del principio pluralista, explicado en otro aparte de esta providencia, entiende la Sala que no es posible someter la práctica de una costumbre social, de una expresión artística o una manifestación cultural a la aprobación de las mayorías sin violar el principio de tolerancia que le sirve de fundamento y de la neutralidad de cosmovisión del Estado.

Por ende, constitucionalmente, no se puede condicionar la vigencia de estas, a la voluntad popular, pues es precisamente en el escenario electoral donde más fácilmente pueden intervenir indebidamente los tres poderes descritos en otro capítulo de esta decisión, convirtiéndose en una amenaza a la libertad del individuo.

En este orden de ideas, entiende la Sala que, en una democracia pluralista, la solución para modificar prácticas o expresiones artísticas no es la imposición policiva sino el diálogo intercultural, modelo de sociedad que ideó el Constituyente de 1991.

Una sociedad en donde todos los individuos tengan lugar desde su singularidad; donde los gustos y convicciones no se impongan desde el colectivo mayoritario sino desde individuo mismo y el sistema de valores. Así, si a este le gusta el teatro pueda disfrutar de él, al igual que lo haría quien prefiere la práctica de un deporte, o las caminatas ecológicas, opciones todas estas disponibles, incluyendo obviamente la de manifestarse en contra de cualquiera de ellas. Es ese el camino que le corresponde recorrer a una sociedad tolerante, desde la diferencia y el pluralismo, en cuanto a la afirmación de los valores propios.

Finalmente, cabe mencionar que si bien **el arraigo es condición de validez** para la excepción que la Corte Constitucional analizó frente al artículo 7° de dicha Ley 84 de 1989, de conformidad con lo dispuesto en la sentencia C-666 de 2010, y la consulta que se pretende realizar se apoya en la intención de verificar su existencia o grado a nivel Distrital, mediante la votación que de ella se haga, ello no es admisible desde la concepción pluralista, pues el arraigo, como otras nociones relativas a las expresiones artísticas o culturales, es una categoría que no puede medirse mediante la regla de las mayorías.

Las expresiones del ser no son una cuestión cuantitativa para ser avaladas o proscritas, eso no lo puede olvidar un juez en el marco de un Estado pluralista y multiétnico.

Cuando en la investigación social se intenta establecer patrones o tendencias de arraigo mediante la aplicación de encuestas, que sería el ejemplo más cercano a la consulta popular, se pregunta directamente a los sujetos titulares de la categoría de análisis – v.gr. a los inmigrantes, los desplazados o los indígenas-, y no al conjunto de ciudadanos, ya que este concepto hace alusión a sentimientos de pertenencia e identidad que están condicionados por múltiples factores que escapan a la lógica de las mayorías electorales.

2.7. Conclusión

La Sección Quinta, en el caso de la referencia, debe concluir que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al pronunciarse en única instancia dentro del trámite de la consulta popular de iniciativa del Alcalde Mayor de Bogotá, violó el derecho fundamental al debido proceso de los accionantes, por cuanto desconoció de manera flagrante el precedente constitucional, contenido expresamente en la sentencias C-889 de 2012 y en la T-296 de 2013, esta última en la que se definió expresamente que en el Distrito Capital está habilitada la actividad de la tauromaquia al precisar que en la Plaza de Toros de Santamaría debe permitirse de manera permanente “la realización de espectáculos taurinos”, expresión definida por el legislador en el artículo 13 de la Ley 916 de 2004⁴².

En consecuencia, a partir de esas decisiones, es claro que, salvo que el legislador –en norma de carácter nacional, establezca de manera general o particular, en

⁴² “**Artículo 13.** Clases de espectáculos taurinos. Para los efectos de este reglamento los espectáculos y festejos taurinos se clasifican en:

- A. Corridas de toros. Son en las que, por matadores de toros profesionales, se lidiarán toros entre cuatro y siete años en la forma y con los requisitos exigidos en este reglamento.
- B. Novilladas con picadores. Son en las que por matadores de novillos toros (novilleros) profesionales, se lidian novillos de edades de tres a cuatro años en la misma forma exigida de las corridas de toros.
- C. Novilladas sin picadores. Son en las que por aspirantes o novilleros se lidian reses de edad entre dos y tres años sin la suerte de varas.
- D. Rejoneo. Es en el que por rejoneadores la lidia de toros o novillos se efectúa a caballo en la forma prevista en este reglamento.
- E. Becerradas. Son en las que, por profesionales del toreo o simples aficionados, se lidian machos o vaquillas de edad inferior a dos años bajo la responsabilidad, en todo caso, de un matador de toros profesional o de un banderillero como director de lidia.
- F. Festivales. Son en los que se lidian reses (toros, novillos o orales) despuntadas, utilizando los llamados trajes cortos.
- G. Toreo cómico. Son en el que se lidian reses de modo bufo o cómico en los términos previstos en este reglamento.
- H. Espectáculos mixtos. Son los que tienen una parte taurina y otra musical, cultural, deportiva, etc., donde debe ir en primer lugar la parte taurina, la que se ajustará a las normas que rijan la lidia de reses de idéntica edad en otros espectáculos”.

algunas partes del territorio nacional la prohibición de esta práctica -, no es dable acudir al mecanismo de la consulta para que, por una decisión mayoritaria, se determine si se puede o no practicar el referido espectáculo en la edificación dispuesta para el efecto: la Plaza de Toros de Santamaría.

En ese sentido, el Alcalde Mayor de Bogotá no podría hacer obligatoria la decisión de la consulta, en los términos del artículo 42, literal c) de la Ley Estatutaria 1757 de 2015, so pena desconocer los efectos y la fuerza vinculante de las decisiones judiciales, en este caso, las proferidas por el Tribunal Constitucional, lo que impone amparar, se repite, el derecho al debido proceso por violación del precedente constitucional.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR por falta de legitimación por activa las acciones de tutela presentadas por Daniela Gómez Cortez, Wilson Segura Álvarez; Cesar Andrés Martínez; Gloria Patricia Parra y Carlos Enrique Castro, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: AMPARAR el derecho fundamental de los demás accionantes al debido proceso por violación del precedente constitucional. En consecuencia, se **DEJA SIN EFECTOS** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección primera- Subsección "A", de veinte (20) de agosto de dos mil quince (2015), en el marco del control de constitucionalidad de la consulta popular de iniciativa de la Alcaldía Mayor de Bogotá para preguntar a la ciudadanía bogotana: "¿Está de acuerdo, SI o NO, con que se realicen corridas de toros y novilladas en Bogotá Distrito capital".

TERCERO: ORDENAR al Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección primera- Subsección "A" que, en el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación del presente fallo, profiera la sentencia de reemplazo que se deja sin efectos en este fallo, en los términos de las consideraciones desarrolladas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: NEGAR la medida provisional que fue solicitada en los expedientes 11001-03-15-000-2015-02325-00 María Enma Pintor Cortes y 11001-03-15-000 por no existir fundamento para la misma como consecuencia de la decisión que aquí se adopta.

QUINTO: Ejecutoriada esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

SEXTO: Notifíquese de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Presidente

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero