

Tabla de contenido

Capitulo uno 1

1.1 Enfoque jurídico institucional.

1.1.2 La institución formal e informal

1.1.3 El positivismo filosófico y su influencia en el derecho.

1.1.4 El positivismo jurídico

1.1.5 Positivismo jurídico y el enfoque jurídico institucional

1.2 Enfoque jurídico institucional

1.2.1 Raíces del institucionalismo

1.2.2.1 Aportes de la escuela francesa

1.2.2.2 Aportes de la escuela italiana

1.2.2 La ley abordada desde un enfoque jurídico institucional

1.3 Problemas del enfoque jurídico institucional

1.4 Nuevos avances en el análisis de las instituciones

1 Conclusión

Capitulo dos 2

2.1 El análisis tradicional del enfoque jurídico institucional a partir del análisis de la función nominadora del consejo de estado.

2.1.2 El consejo de estado y sus antecedentes

2.1.3 facultad de elección de los consejeros de estado (nombrar)

2.1.4 facultad de nominación de los consejeros de estado (postular)

2.1.4.1 Nominaciones del Procurador

2.1.4.2 Nominaciones del Contralor

2.1.4.3 Nominaciones del magistrado de la Corte constitucional

2.2 conclusión

Capitulo tres 3

3.1 Bases y antecedentes del institucionalismo

3.1.2 el neo institucionalismo

3.1.2.3 conclusión

3.2 reforma a la justicia-cambio institucional.

3.3 Diseño institucional- proyecto de la función nominadora del concejo de estado

3.4 La propuesta

3.4.1.1 Diseños formales

3.4.1.2 Diseños informales

3.5 Predicción de operatividad interna

3.6 Predicción de operatividad externa

4 Conclusiones

4.1 Conclusiones generales

4.2 Conclusiones específicas.

Introducción

Las instituciones han sido durante bastante tiempo materia de discusión de los estudiosos que han tratado de encargarse del tema de cómo se organiza y funda la sociedad tanto en sus partes como en su conjunto. Preguntarnos por las instituciones lleva necesariamente a que nos cuestionemos por la forma en cómo comprendemos el mundo y en como esperamos cambiarlo. El objeto de esta investigación es observar el ordenamiento jurídico como institución por excelencia formal es un elemento fundamental de la sociedad como la conocemos y sin el cual tampoco sería imposible pensar algún proyecto de cambio de la misma.

El objeto de este trabajo es resaltar que el ordenamiento jurídico es una institución formal que esta enrevesada en la misma construcción del ser humano en sociedad, es decir que no es un elemento aislado sino que todo lo contrario, es un elemento fundamentalmente humano pues en el no solo se funda nuestra necesidad de organizarnos, sino la necesidad de organizar el mundo que nos rodea y producir unos mismos lenguajes comunes para lograr el entendimiento humano. Es decir que el ordenamiento jurídico, así como el lenguaje es una segunda naturaleza más allá de nuestro componente animal que nos hace partícipes de una comprensión más allá del mundo que nos rodea en su inmediatez. Es a través de mecanismos como el ordenamiento jurídico que somos capaces de interactuar y entender nuestro mundo según una historia y un futuro hacia el que queremos conducirnos. (March Y Stoker, 1997)

En la sociedad contemporánea que es objeto de estudio de esta investigación el ordenamiento jurídico ha alcanzado un grado de sofisticación en la que ya tiene se diseñan órganos explícitamente dedicados a asegurar el cumplimiento de los normas sociales y la transformación de las mismas. La conformación de estos cuerpos normativos o instituciones

formales se funda en un profundo conocimiento del ordenamiento jurídico y de interpretaciones robustas de argumentos que logran darle sentido a las decisiones que se toman desde ellas, ya sean desde instancias judiciales, ejecutivas o legislativas. En Colombia en específico, la conformación de estos cuerpos o instituciones ha tomado una importancia relevante en tiempo reciente, ya que la sociedad actual problematiza la función real que cumplen las instituciones formales, exigiendo de parte de la sociedad civil reformas en las mismas, esto supone un dialogo y un debate sobre la mejor forma de estructurarlas y sobre cómo deben operar.

El Consejo de Estado en particular ha sido una institución dedicada no solamente a la revisión y construcción de normas jurídicas a través de precedentes judiciales, sino también por excelencia la función de revisar las decisiones emitidas por el Estado a través de los actos administrativos. Es decir, que es una institución que por medio de sus decisiones judiciales de manera indirecta ayuda a la construcción de la visión de país y e impone un modelo de sociedad que a su juicio y en sus competencia cree acorde con la constitución política. El papel que cumple el Consejo De Estado es el de interpretar las normas jurídicas y reiterando las ideas anteriores, su función no solo afecta las partes involucradas en el caso en particular, sino que indirectamente impone un modelo de sociedad, y un modelo de comportamiento de los agentes de la sociedad, esta realidad de efectos en la sociedad de las instituciones formales no es tomada en cuenta para el análisis de las mismas, por lo que hay que pensar a estas instituciones desde una visión política que problematice cuales son los objetivos constitucionales de la sociedad y que según estos se encaminen a la construcción de instituciones que respondan a estos fines de la sociedad.

Concretando las ideas anteriores en una problemática que se presenta en la sociedad contemporánea Colombiana, encontramos un déficit de análisis al momento de pensar critica

y propositivamente las instituciones formales en Colombia, este problema de parte de los agentes que diseñan las instituciones a traído que las mismas operen de manera disfuncional ocurriendo episodios de crisis y de ineficiencia en las mismas, encontramos que estos problemas se localizan desde los primeros instantes en que se piensa construir o confeccionar una institución, es decir el insumo teórico para edificarlas no es operante y en cierta forma se presenta desactualizado y arcaico para las necesidades del presente, es decir desde un inicio la institución nace con vicios, dicha problemática es que la tratamos de resolver con el presente trabajo, proponiendo de un lado un nuevo enfoque que como insumo teórico permitirá una mejor edificación o construcción de la institución, y por otro lado pretendemos probar dicha afirmación a través de un análisis crítico y propositivo de una institución formal y de una función determinada de la misma que en la práctica traído todo tipo de problemas y tensiones, la institución formal elegida para este trabajo es el Consejo de Estado y la función a analizar es la facultad nominadora de candidatos a los entes de control por parte de esta misma institución.

Dicha problemática mencionada y descrita anteriormente se refleja en los múltiples proyectos de reforma constitucional que tocan, en particular, el tema de la función nominadora de las altas cortes y que cursan en el congreso. La crisis constitucional es evidente para la mayoría de actores sociales, y frente a las propuestas que salen de estos, este trabajo pretende ser clarificador de la metodología que se debe usar al momento de confeccionarlas.

Presentado lo anterior, es necesario aclarar y delimitar cual es la pregunta que motiva la presente investigación, a saber ¿Cuáles son las ventajas que trae el enfoque neo-institucional al Derecho y al análisis de las instituciones jurídicas, y como solucionaría este enfoque la problemática de la función nominadora de la sala plena del Consejo de Estado? La respuesta a esta pregunta se dará a lo largo de este trabajo y supone el siguiente análisis.

La presentación de la investigación contiene los siguientes parámetros que sirven de lineamientos de la misma, en el capítulo primero se expondrá el modelo o enfoque tradicional con el que se analiza y se piensas las instituciones en Colombia, este mismo modelo es el que actualmente y en la mayoría de casos se utiliza para crear cualquier tipo de órgano del Estado, ya sea judicial o de carácter ejecutivo. Los autores llaman a este enfoque jurídico institucional (Lozada & Casas, 2008, p.168) por su preponderancia hacia las normas jurídicas como único referente, frente a este expondremos sus orígenes, sus características y finalmente sus falencias. En el capítulo segundo entraremos en materia al analizar a partir del enfoque jurídico institucional la institución formal elegida, a saber el Consejo de Estado y profundizaremos como rigor académico en su origen historio y en las características que actualmente tiene a partir de la constitución de 1991, por lo que será un capitulo de exposición y descripción, en especial haremos énfasis en la función nominadora que tiene el Consejo de Estado y en la manera en que opera la misma. Finalmente en el capítulo tercero en primer momento describiremos el enfoque neo institucional que proponemos como el correcto para el diseño y cambio de instituciones formales, describiendo del mismo sus orígenes, sus características, resaltando sus fortalezas como modelo superador del enfoque jurídico institucional, y en un segundo momento a través de conceptos propios del neo institucionalismo como cambio institucional y diseño institucional analizaremos la función nominadora del Consejo de Estado y concluiremos que desde la perspectiva de este enfoque es mejor eliminar estas facultades nominadoras de esta corporación, acabando así esta investigación y dándole pleno cumplimiento a los objetivos trazados en un comienzo.

1. CAPÍTULO UNO

1.1 ENFOQUE JURÍDICO INSTITUCIONAL.

1.1.2 La institución formal e informal

La comprensión de la sociedad ha sido -desde los mismos inicios- cuando la filosofía empezaba a dar pasos hacia el entendimiento del ser humano y de la vida en comunidad- objeto de estudio de antaño en la sociedad, pero el interés en su conocimiento se incrementó durante los tres últimos siglos. Es sólo hasta la ilustración que comienzan a instaurarse disciplinas que se encargan de la sociedad como objeto de investigación. Esto llevará a que, más allá de las intuiciones de los investigadores sociales, el estudio de la sociedad tomará el carácter de una Ciencia, cuyo carácter social aún es un concepto en discusión puesto que, conllevaría a pensar que es posible encontrar categorías definitivas y predicciones precisas a la imprevisible acción humana.

Cuando se empezaron a dar los primeros adelantos en pos de entender a los seres humanos, se empezó a tomar la vida en comunidad como un fenómeno que merecía discusión. La relación social, pero sobre todo, la realización de la vida en comunidad comenzaron a ser un tema de interés que buscando sus raíces y cimientos a partir de la investigación de las conductas primordiales de los seres humanos. Es de esta forma como se dio paso a varias corrientes teóricas que buscaban explicar los principios y motivaciones de la acción humana. Unos de los más importantes representantes de los estudios de la sociedad, fueron los filósofos Rousseau(Rousseau, 2007) y Hegel (Hegel, 2012)que justificaron la creación de instituciones a partir del estudio de la relaciones sociales, las cuales reproducían la formación del hombre, que a su vez también reproducía en ellas.

Rousseau por un lado comprendió el fenómeno de las instituciones como un hecho netamente cimentado en las relaciones entre los individuos. Es decir que, alejándose de la tradición religiosa que veía la institución como un fenómeno marcado por la influencia de entidades supra-terrenales, pudo empezar a ver a la institución como un hecho social que dependía y se mantenía por la acción de los seres humanos. Un fenómeno que marcaba definitivamente nuestra condición de sujetos a la realidad material, y que definía los conocimientos previos con los que aprendíamos a concebir el mundo. Todo esto establecido por un acuerdo tácito entre los individuos para la vida en sociedad.(Rousseau, 2007)

Por otro lado Hegel va a marcar una de las principales facultades que se le dan a la institución como fenómeno social. Este concibió a la institución como la fase y el fenómeno fundante de la vida en sociedad. Es por medio de estos mecanismos llamados instituciones, como la vida en comunidad puede triunfar pues estas son la representación de la prevalencia de los intereses comunes sobre los individuales una prevalencia que se verá concluida finalmente en la creación del Estado moderno, representación del triunfo del espíritu absoluto sobre el particularismo.(Hegel, 2012)

Desde estas primeras concepciones del pensamiento de la vida social es que se comienzan a dar las primeras bases del concepto de institución para la modernidad. Las instituciones comenzaron a ser un concepto indispensable de disciplinas como la sociología, la ciencia política o la filosofía. Ya que estas disciplinas buscaban entender la acción social humana a partir de explicaciones racionales.

La pregunta ¿Qué es una institución? Fue una de las principales preguntas que se llevaron a cabo varios investigadores sociales a la hora de poner a circular este concepto. En la sociología de Emile Durkheim este habla por primera vez que esta disciplina debía encargarse precisamente del estudio de estos fenómenos pues eran los principales motores inherentes al

funcionamiento de la vida social. Para Durkheim la institución es “*todas las creencias y (...) todas las formas de conducta instituidas por la colectividad*”(Durkheim, Emile, 1990, p. 44). Es decir que finalmente las instituciones son las que dan forma y consistencia a la sociedad, por lo que sería imposible pensar en una sociedad sin instituciones ya que son estas las que crean y a la vez fomentan el cambio en la vida social. La reproducción de valores sociales definidos para cierto tipo de sociedades son otorgados a sus nuevos miembros esperando que estos los acojan y así puedan vivir en comunidad, por ende la voluntad de estos termina siendo supeditada al alcance dado por las instituciones.

Muchos más avances se dieron para entender y comprender el funcionamiento y estatus de las instituciones en la vida social. Desde las ciencias sociales comenzaron a haber contribuciones importantes al entendimiento del fenómeno. A partir del marxismo(Sánchez Vázquez, 1980)por ejemplo, comenzaron a darse significativos aportes a lo que sería la importancia y la funcionalidad que tendrían las instituciones en la sociedad y la reproducción de ciertas estructuras de poder políticas, económicas y culturales. Desde el estructural funcionalismo comenzaron a delinearse los estudios acerca de la interacción de los individuos con la instituciones y la estabilización de la vida en sociedad; la ciencia política por su parte, empezó a encargarse de cómo las instituciones se volvían objeto y medio de poder entre actores sociales. Es en estos esfuerzos de la ciencia social en la modernidad en donde se da un afán por actuar frente a los fenómenos de los que hacíamos parte y de lo que se pensaba (y aún se piensa) que su mejor comprensión puede llegar a mejorar la forma de vida de las comunidades que los reproduce.

Finalmente, comprendiendo este afán por mejorar la vida en comunidad, y de darle un rumbo a la sociedad moderna, es que el derecho toma parte en esta puja por comprender mejor la vida social de la que hacia parte y en donde actúa a través del ordenamiento jurídico. Este

esfuerzo se ve reflejado en la construcción del enfoque jurídico institucional a finales del siglo XIX y principios del siglo XX. La definición entonces de institución resulta no ser simple ni unívoca, depende en gran parte de los objetos y enfoques que quiera brindársele, sin embargo, podemos llegar a un mínimo acuerdo para el tratamiento de esta.

Para este trabajo, se adopta la definición a partir de la cual, la institución se trata de una serie de mecanismos¹ por los cuales se instauran cierta serie de conductas que configuran la vida en sociedad. Si partimos de este mínimo teórico podremos entender el funcionamiento de la institución como un concepto fundamental de la vida en sociedad, la importancia que tiene en la configuración de las normas jurídicas y el orden social, además de como mecanismo de poder dentro del orden jurídico.

1.1.3 El positivismo filosófico y su influencia en el Derecho.

El positivismo designa una corriente de pensamiento occidental dirigido en el siglo XIX y XX a exaltar los hechos en contra de las ideas, a resaltar las ciencias experimentales o ciencias naturales frente a las teóricas y especulativas, y las leyes físicas y biológicas contra las construcciones filosóficas, el cual fue iniciado por el filósofo y pensador Francés Auguste Comte (1798 – 1875).

Para los positivistas, lo único real y existente es aquello que puede ser experimentado, medido y catalogado a través del método científico. Todo lo demás es falso e ilusorio. Por lo tanto, las proposiciones de la metafísica no pueden considerarse como verdaderas, pues sus contenidos no provienen de la experiencia y resultan ser meras especulaciones.

Para el positivismo la realidad son los hechos y relaciones de los mismos, todo conocimiento a priori, o todo conocimiento que se anticipe a las pruebas empíricas y a la formulación de

¹Entiendo mecanismo como un proceso por el cual se produce con regularidad cierto resultado.

relaciones entre los fenómenos son erróneas o equivocadas. Esta influencia de las ciencias naturales se aplicará a las ciencias sociales, y la idea era depurar el objeto de estudio de la ciencia a los hechos, que serán filtrados por la experiencia y por la inducción.

1.1.4 El positivismo jurídico.

Se conoce como positivismo jurídico a las doctrinas jurídicas que a finales del siglo XIX y gran parte del siglo XX que tuvieron como común denominador la necesidad de darle un tratamiento científico al derecho, es decir analizar el derecho a partir del método científico para obtener una verdadera ciencia jurídica (Kelsen, 2009).

La utilización del método científico al estudio del derecho implica dos grandes cosas, la primera que el análisis del Derecho es meramente descriptivo y enunciativo, como ocurre en las ciencias naturales, y la segunda implica que el análisis del Derecho renuncia a plantear y a resolver problemas valorativos, ontológicos y metafísicos. La ciencia jurídica se debe ocupar únicamente de los hechos jurídicos, es decir de las normas jurídicas válidas de un Estado en unos momentos dados y vigentes en un espacio de territorio determinado.

Las anteriores ideas implican que el derecho es un fenómeno histórico que integra una realidad social cambiante. El único derecho que “existe” es el derecho positivo, es decir el dado por el legislador. Para efectos de lo tratado en este trabajo la principal característica del positivismo jurídico es la delimitación del objeto de estudio del Derecho, a saber el derecho positivo, el que es creado por el hombre en un momento histórico determinado y para una aplicación en un delimitado territorio.

Estas anteriores consideraciones significan que al momento de analizar las normas jurídicas que crean, modifican o extinguen instituciones de carácter jurídico solo se observa la norma jurídica en sus dimensiones propias, y no se observan, ni se deben observar dirían los

cultivadores de esta corriente, lo que es conexo a la formación de las instituciones, dichas consideraciones ajenas a las normas jurídicas son objeto de otras ciencias, como sería la ciencia política, la sociología, la antropología etc. O bien por no representar hechos o fenómenos observables ni siquiera son objeto de la ciencia en cuanto tal y no deben ser tomadas en cuenta.

1.1.5 Positivismo jurídico y el enfoque jurídico institucional.

No es difícil encontrar las similitudes que relacionan al llamado positivismo jurídico con el enfoque jurídico institucional, es posible afirmar que gran parte de los postulados del enfoque jurídico institucional tienen su origen en el positivismo jurídico del siglo XX, por lo que en el Derecho a partir del dominio académico y práctico que ha tenido, y que en cierta forma aún tiene el positivismo, moldea y crea instituciones jurídicas a partir de razonamiento que solo involucran normas jurídicas en su propia lógica y que no atienden a la realidad social y a la problemática de la misma, este descuido es subsanado por su seguidores diciendo que dichas consideraciones deben ser tomadas en cuenta por otras disciplinas, pero se evidencia que en realidad es el derecho el que tiene el poder de estructural las instituciones formales modernas y especialmente complejas. Así pues el positivismo encarna la cara jurídica, la escuela de pensamiento, la corriente teórica del enfoque jurídico institucional y es también el mismo que agota el estudio de las instituciones en el simple análisis jurídico de las normas que las componen.

1.2 El enfoque jurídico institucional

El enfoque jurídico institucional ha sido un enfoque de análisis de la ley y la estructura política en donde se le da un principal énfasis a la importancia de la institución en la vida social. Para la especial consideración que queremos abordar es importante primero que todo la forma en

cómo la institución deviene a considerarse dentro del manejo de la ley, y como está a su vez termina forjando y transformando la institución. El enfoque jurídico institucional carece de aspiración para tomar aquellas consideraciones dadas en la ciencia social y no las toma en cuenta a la hora de su aplicación, creación y reforma de la ley. Si la ley es vista como una institución en sí, que forja y sitúa a otras instituciones, esta llega a considerarse como una segunda naturaleza que por encima de las condiciones inherentes con las que contamos nos posicionan en un mundo social, nos ayudan a reproducirlo y a entenderlo.

La primera consideración y quizá la más importante a la hora de entender el valor de la instituciones en lo que tiene que ver con el derecho es que estas tienen un eminente valor político, es decir que ejercen poder per se puesto que funcionan como mecanismos por los cuales circula y se transmiten los intereses.(Duverger, 1970) Las instituciones como la iglesia o el Estado son mecanismos por los cuales la sociedad se comunica e interactúa en una imparable carrera de confrontaciones por el control máximo de la consecución de sus fines particulares. Sin embargo, como ya habíamos visto anteriormente, las instituciones aun siendo un espacio de interacción y hasta de lucha, son el espacio en el cual también los individuos se convierten en sociedad y plasman el resultado intersubjetivo final de la constante vida social.

Al entrar a vivir en sociedad es necesario conocimientos previos para la satisfactoria interacción entre individuos. Este conocimiento no solo se ve plasmado en lenguaje, tradiciones o creencias. La ley como un hecho eminentemente social se proclama como una institución en si misma ya que, como ya habíamos dicho, funciona como una segunda naturaleza que guía al ser humano entre los mínimos establecidos para la estabilidad de la convivencia entre individuos con intereses particulares. La ley se tiene en cuenta como

institución política, como un mecanismo de poder², resulta entonces que esta realidad no es un interés significativo para el enfoque jurídico institucional, y por lo tanto descuida este aspecto político que conlleva el Derecho y las normas jurídicas. La finalidad del enfoque jurídico institucional es “explicar, entre otros aspectos, de qué modo las reglas, procedimientos y organizaciones formales determinan el comportamiento político”.(Lozada Lora & Casas Casas, 2008, p. 164).

Así entonces, el enfoque institucionalista jurídico busca con primordial importancia ver cómo la ley como institución ejerce poder y transforma la vida de los individuos. Desde esta pretensión se parte tratando de alcanzar entender las formas en cómo las instituciones forman a los individuos. Empero, como todo enfoque tiene su historia, sus características, sus definiciones, sus críticas, y sus reformas. A continuación se hará un breve recuento de las dos principales escuelas formadoras del enfoque institucionalista jurídico. Se continuara con sus principales características y consideraciones en lo que tiene que ver con el derecho. Y finalmente se concluirá con las fallas que se le reclaman al enfoque y un pequeño adelanto de las formas que han tomado los empeños por formar una nueva perspectiva desde el institucionalismo.

1.2.1 Raíces del enfoque jurídico institucional

Encontrar el génesis del enfoque jurídico institucional es bastante complicado sabiendo que nos encontramos en una de las corriente más comunes de la ciencia social. Sin embargo, desde el comienzo hemos querido situarnos desde la óptica de ver la influencia de dos pensadores (Hegel y Rousseau) como los que dieron el principal motivante para el cambio en

² En el presente trabajo entenderemos poder como Foucault lo tomaba, es decir como: “la multiplicidad de las relaciones de fuerza immanentes y propias del dominio en que se ejercen, y que son constitutivas de su organización; el juego que por medio de luchas y enfrentamientos incesantes las transforma, las refuerza, las invierte; los apoyos que dichas relaciones de fuerza encuentran las unas en las otras, de modo que formen cadena o sistema, o, al contrario, los corrimientos a las contradicciones que aíslan a unas de otras; las estrategias, por último, que las tornan efectivas, y cuyo dibujo general o cristalización institucional toma forma en los aparatos estatales, en la formulación de la ley, en las hegemonías sociales.”(Foucault, Michel, 1983, p. 112)

la perspectiva institucionalista desde la ciencia social y política. Para nuestro proceder es entonces, la influencia de la ciencia política(viendo en las instituciones mecanismos de poder sobresalientemente aceptados) que logramos comprender la influencia que tiene el derecho sobre la formación de la sociedad, finalmente, cómo la norma logra ser puesta en sociedad, aceptada, y aplicada. Este especial matiz que toma en consideración las nuevas condiciones de la modernidad es la que nos merece especial consideración.

El enfoque tiene su nacimiento principalmente desde el siglo XIX en Europa con sus dos más sobresalientes escuelas: la francesa y la italiana. Cada escuela con sus respectivos teóricos e influencias tratando de acomodar las postulas teóricas a su ambiente político. Cada una con su propia visión de cómo debía ser vista la institución desde el derecho y de cómo este enfoque debía ser funcional a los intereses de la conformación de una ley más comprensiva con su entorno social.³

1.2.2.1 Aportes teóricos de la Escuela Francesa

Hauriou fue el principal exponente de la escuela francesa. Él partía del postulado de que la idea es una sustancia creadora, es decir, que dejando de lado aquellas teorías que podrían llegar a llamarse “materialistas”, Hauriou afirmaba que las ideas cambian el mundo y no el mundo a las ideas. Esta resolución tendría profundos impactos en su teoría institucional del derecho pues la haría reaccionar frente a dos afirmaciones anteriores. Primero que los individuos más allá de ser simples socios de un contrato obtienen un *status* para cada uno de ellos, es decir que se organizan según sus funciones y capacidades en la realidad social en la que conviven. Y segundo, que más allá de la personalidad individual de cada sujeto existe

³ Existe una tercera escuela de pensamiento institucional que declaran como ilegítima que es la germana cuyo principal exponente es Carl Schmitt(La Torre, Massimo, 2006), en cuyo caso no abordaremos aquí por ser solamente un esbozo de las principales de pensamiento institucional y no un reconocimiento a profundidad de la teoría institucional.

una personalidad social de la que hace parte cada uno de los individuos pero que es diferente a la suma de las partes de todos: una personalidad social.

Para comprender entonces las instituciones según Hauriou es preciso entenderlas como ideas. Pero estas no pueden ser ideas flotantes o vagas; requieren de cierto esquema básico para su acción en sociedad: *“Las ideas tan sólo tienen funciones si están organizadas”*. (Lino Rodríguez, 1972, p. 17) Es cuando las ideas son organizadas que se vuelven instituciones.

Para Hauriou la relación social fomenta acuerdos “intersubjetivos” entre los individuos que los lleva a consolidar mecanismos sobre los cuales se consolida y reproduce el orden social respectivo. Es entonces comprensible ver como definía la institución como *“todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados”* (Lino Rodríguez, 1972, p. 17). En otras palabras, Los individuos terminan siendo más que una suma de interés, llegan a conformar una personalidad social que difiere de las ideas particulares. Pero Hauriou distingue entre dos grados de institución. El primero llamado *institución-persona* mediante el cual se forma una personalidad jurídica fruto de la interrelación social. Y otro segundo llamado *institución-cosa* el cual es un *“principio de orientación y limitación que no engendra comunidad propia”* (Lino Rodríguez, 1972, p. 18). Pero para que haya una personalidad jurídica (parte subsidiaria de la personalidad social) es necesario un proceso por el cual se interiorice, incorporen y personifiquen las reglas que quieren consolidarse como institución. Todo esto orientado por el hecho ver a las instituciones más como representación de la personalidad social, o sea, como base ideal para la creación de la ley.

1.2.2.2 Aportes teóricos de la Escuela Italiana

El enfoque de la escuela italiana es contrario al desarrollado por la escuela francesa. Así como la francesa entendía la institución como fuente de derecho, la italiana por el contrario ve a la institución como el mismo derecho así afirma que:

Toda institución es jurídica por el solo hecho de nacer, de tener existencia, debido a que en ella se produce una estructuración interna a la que se someten sus miembros integrantes, rigiéndose así por un principio de autoridad del que dimanar los derechos y obligaciones para los individuos adheridos a la institución (Lino Rodríguez, 1972, p. 20).

De esta forma la institución es en sí misma la ley. Por ende es a través de ella que se crean y reproducen los valores intrínsecos a las normas, y su reproducción depende del funcionamiento y viabilidad de la institución en cada sociedad.

Si comprendemos a la ley como esa institución en la que nos encontramos inevitablemente inmersos, comprenderemos porqué los teóricos italianos daban conclusiones como las siguientes: *“Derecho es ...la organización de una sociedad ordenada a través de una organización o un orden social organizado”* (Lino Rodríguez, 1972, p. 21).

A su vez, teóricos como Cesarini Sforza demostraban que adoptar el institucionalismo no solo era una cuestión metodológica. Era una cuestión también profundamente política y ética en cuanto a los intereses que debían tomarse en cuenta en la realización del derecho. Sforza propugnaba por un *derecho de los particulares*, es decir un derecho donde se acogiera la responsabilidad social del individuo en la formación de la norma, y acogía presunciones como que *“todo ente jurídico autónomo es una institución”* (Lino Rodríguez, 1981, p. 134), que llevaban a pensar en la importancia y autonomía del derecho como institución componente de la interrelación social. Este tipo de concepción del derecho se apartaba de la dependencia

hacia el Estado y sus reglas para dar a entender que hacia parte de conclusiones intersubjetivas entre los individuos y no de imposiciones voluntaristas.

Las escuelas italianas y francesas, formadoras del enfoque jurídico institucional, son claramente influenciadas por las investigaciones otorgadas desde la ciencia social. Esta relación llevaría a que el enfoque jurídico institucional empezará a tomar en cuenta nuevas corriente de pensamiento y a aceptar nuevas cuestiones dentro de su agenda de investigación. Ya no se trataba solamente de comprender una norma nominal y de entender si esta se adecuaba a su entorno social. Ahora se trataba también de entender las dinámicas sociales en las que actuaba la norma y como está era constructora de sociedad.

1.2.2 La ley abordada desde un enfoque jurídico institucional

Las principales características del institucionalismo pueden centrarse en la pretensión de usar el concepto de *institución* tomado de las ciencias sociales para comprender mejor la trascendencia política del fenómeno del derecho. Aceptando que la ley no puede ser concebida como un regalo divino, ni tampoco que estas solamente son entidades nominales del deber ser del sujeto. La comprensión desde las instituciones busca defender ese inherente estadio social de la ley y darle la comprensión al ejercicio del poder que se hace desde ella.

Si la ley es comprendida como un fenómeno político entramos a ver que se ha transformado siguiendo ciertos intereses. Las instituciones son aquella concreción de la puesta en juego de los intereses de múltiples actores. Esto lleva a que tenga claros intereses la misma teoría institucionalista: “*El institucionalismo se pronuncia sobre las causas y consecuencias de las instituciones políticas y adopta los valores políticos de la democracia liberal*”(R.W.A. Rhodes, 1997, p. 57) Al aceptar este carácter político es capaz de ver la forma en cómo se reflejan los hechos sociales en la transformación de la realidad social, y de la ley que hace parte de ella.

Para las consideraciones que importan en el presente trabajo, es necesario ver cómo el enfoque institucionalista fue introducido en el derecho. Como ya he mencionado anteriormente, este enfoque visualiza el derecho como un elemento con poder: *"En las sociedades modernas, el derecho es uno de los instrumentos esenciales del poder"* (Duverger, 1970, p. 33) Dependiendo de esta noción es que sale la visión de la ley como una institución que construye y reproduce las conductas de los individuos en sociedad.

Además, y gracias a lo anterior, el institucionalismo propende por una postura política frente al derecho. El institucionalismo *"le ha aportado al derecho la noción de "persona social", contrario al particularismo e individualismo relegado de la revolución francesa"* y ha *"supera[do] el formalismo jurídico que reduce al derecho a una técnica y ha introducido la necesidad de una corriente ética del derecho"*.(Lino Rodríguez, 1972, p. 22) Aunque se evidencia que esta superación del formalismo jurídico es un proyecto teórico, en la realidad este sigue siendo dominante en el estudio de las instituciones a partir de un enfoque jurídico tradicional, es importante resaltar que desde el institucionalismo y desde sus exponentes y referente se pretende revisar críticamente este apego casi exegético a las normas, pero que lamentablemente solo quedan en críticas académicas aisladas.

La anterior crítica supone que es necesaria una postura política frente a la creación de ley. Contrario a las posiciones positivistas que ven el derecho como una herramienta pura y por ende invulnerable al contacto con los intereses particulares. Pero el institucionalismo aun ignora el entendimiento del carácter político de la ley que crea posturas en sus exponentes frente a cómo ven ellos que la ley debía aplicarse y construirse en una sociedad.

El enfoque jurídico puede hallarse dentro del enfoque institucionalista como un método al que se llama como Formal-Legal. Estudiosos que utilizan este método como Eckstein llaman la atención acerca de que se expresa una particular atención por dos aspectos: El estudio del

derecho público y de las instituciones formales de la administración pública. Este doble énfasis dirige la atención hacia *“el derecho público que afecta las organizaciones formales de dicha administración, en el estudio de la estructura constitucional”* lo cual lo lleva a concluir acerca de dos importantes enunciados causales: Primero, que las reglas y procedimientos legales funcionales como la variable independiente fundamental y el funcionamiento y construcción de los sistemas de los que son subsidiarias como variables dependientes. Segundo, que las normas dictan el comportamiento de los individuos. Todo eso encuadra en ver a la ley como una institución que crea y recrea conductas.(R.W.A. Rhodes, 1997, pp. 55–57)

1.3 Problemas del enfoque jurídico institucional

Hay varios problemas que se encuentran al enfoque jurídico institucional. Estas críticas vienen desde distintas orillas y por ende están enfocadas según los distintos intereses de los críticos. Para comenzar uno de los problemas que se le tiende a notar por otras corrientes dentro del estudio del derecho es que carece de un contenido político y ético en cada una de las postulaciones del enfoque jurídico institucional.(Lino Rodríguez, 1972, p. 22) Estas críticas tienden a darse por el medio en que se desarrolla el derecho puesto que se supondría que este debía configurarse en un espacio libre de intereses particulares o libre de cualquier injerencia ajena a la propia ciencia del Derecho, y sin embargo el enfoque jurídico institucional sigue sin comprender que sus postulados e investigaciones se motivan desde interés éticos, políticos, económicos etc. Que unas veces se presentan claros y otros permanecen ocultos y confusos.

Otra crítica a tratar es que el concepto de institución hace incluir varios aspectos a considerar. Por ejemplo si se superpone esta idea de la institución (de la que los individuos hacen parte) en vez de la del contrato (de la que los individuos son socios) nos sumergimos a pensar en la cuestión del status, que hace necesariamente pensar en la cuestión de autoridad.(Colombres,

1964) Es de esta forma como el individuo en vez de ser subsidiario de unos derechos se vuelve parte esencial de la reproducción de la institución que otorga esos derechos. Sin su acción, el Derecho se queda sin bases.

Otra serie de críticas vienen por el hecho de que por los métodos particulares de este enfoque se llega a ver las instituciones hasta con un carácter mágico que las hace omnipotentes frente a la conducción de las posiciones de los individuos. Entonces se piensa que si una ley es dictada sobre cierto tema, esta tiende a ser expresión de la voluntad irrestricta de la mayoría y que por ello su implementación va ser acogida.(Lozada Lora & Casas Casas, 2008, p. 169)

Además de lo anterior las instituciones son tendidas a ver con un carácter muy rígido y su cambio parece olvidarse en los análisis que se hacen. Procesos políticos importantes como las revoluciones se les pierden de vista. Esta visión de institución con cambios ralentizados se forma por una visión homogeneizadora de los individuos que tienen relación con la institución, lo que a su vez es otro problema pues pierde de vista la cuestión de la divergencia y el conflicto de intereses.(Lozada Lora & Casas Casas, 2008, p. 169)

1.4 Nuevos avances en el análisis de las instituciones

El enfoque jurídico institucional no tiene una sola vertiente ni una sola salida. El constitucionalismo, la ciencia de la administración y el nuevo institucionalismo son la demostración de cómo este enfoque ha tendido a construir nuevas posturas y criticar algunas que parecieran quedarse obsoletas ante las circunstancias.(R.W.A. Rhodes, 1997, p. 61) Es de nuestra especial atención el llamado nuevo institucionalismo como una de las posturas que mejor adecuaron algunos rasgos del “viejo institucionalismo” y supieron reaccionar frente a los retos que los acontecimientos proponían.

A modo de presentación, el enfoque neo-institucionalista se presenta como respuesta frente al avance de algunas escuelas que siguen el modelo conductista en la comprensión de las acciones en sociedad y que, según la visión de sus proponentes, tendía reducir la visión del espectro de estudio.

El nuevo institucionalismo entonces se instalara con diferentes posturas y proponentes. Sin embargo, le dará a la institución el mismo lugar privilegiado que tenía dentro del enfoque jurídico institucional. Aunque no hay consenso frente a lo que significa la institución en este nuevo enfoque, si hay algunas características a nombrar como que es un fenómeno estructural de la sociedad, posee estabilidad y la facultad de predecir, además de un asentamiento sobre conductas. Atendiendo a las fallas y críticas del anterior enfoque institucional. El neo-institucionalismo se pregunta por la evolución de las instituciones, los factores que hacen cambiar a las instituciones y como estas hacen parte de una cultura dada y regulan su cambio y estabilidad.(Lozada Lora & Casas Casas, 2008, pp. 183–187).

1 Conclusión

En este enfoque de investigación la institución se declara finalmente como una parte integral del estudio de la ley, su creación, y reproducción. Empero, la cuestión comienza a avizorarse cuando se estudia la estructura de esta institución, la manera en como hace contacto con los individuos, la forma en cómo debe tomarse aceptando que se trata de una mecanismo de poder omnipresente en las sociedades modernas. Las circunstancias nos van abriendo cada día más el espectro de estudio de este enfoque, sin embargo, la forma en cómo se hace ha sido fuertemente cuestionada puesto que está obligada a comprender la realidad social que es continuamente cambiante. Las necesidades de la ciencia social, política y jurídica requieren una revaluación del enfoque neo-institucional.

Finalmente, el enfoque institucional-jurídico ha traído a colación importantes cuestiones a tratar dentro del estudio del derecho. La ley como institución obligo a que los estudiosos, practicantes del derecho, y creadores de ley (que finalmente somos todos) se empezaran problematizar la ley como un fenómeno social a considerar como parte integral de la conformación del orden social. Los acontecimientos muestran el camino a seguir para la ley, así como también lo muestran para su estudio y comprensión.

2 CAPÍTULO DOS

2.1 EL ANÁLISIS TRADICIONAL DEL ENFOQUE JURÍDICO INSTITUCIONAL

A PARTIR DEL ANÁLISIS DE LA FUNCIÓN NOMINADORA DEL CONSEJO DE ESTADO

Uno de los problemas que tiene el enfoque jurídico institucional es la poca posibilidad de medir y de cuantificar los beneficios o los problemas que trae. Al ser un discurso o un postulado tan ambiguo parece ser que resiste a cualquier tipo de análisis y que se adapta a cualquier tipo de crítica. Gran parte de este problema radica en que las críticas que generalmente se le hacen se quedan en la generalización y no pasan de ser comentarios al margen de algunos estudiosos de estas materias (Las dos orillas, 2013). Para solucionar este impase en este trabajo se pretende pasar de las críticas generales y sueltas que se le hacen al enfoque mencionado, a explicar los problemas del mismo a partir de un ejemplo de institución jurídica formal determinada, en un Estado determinado, en un periodo de tiempo determinado, y bajo unas normas jurídicas determinadas. La ventaja de usar esta metodología es que podemos evidenciar concretamente las ventajas de este enfoque, podemos medir y percibir cómo se comporta la misma bajo el enfoque jurídico institucional, y como en ella se manifiestan los problemas de la misma.

La elección de la institución ha pasado por varios filtros. El primero es que se trata de una institución formal y altamente regulada, la segunda es que es una institución que presenta una problemática actual al momento de este escrito y que suscita interés al lector, y la tercera es el carácter o la posición de la institución dentro del engranaje de las instituciones del Estado. Con los criterios de selección antes mencionados se ha escogido el Consejo de Estado máximo tribunal de la jurisdicción contenciosa administrativa. Ahora es de aclarar que dadas las múltiples funciones del Consejo de Estado se eligió una, (la misma elección de la función responde a los tres criterios antes mencionados y que se usaron para la selección de la

institución) por lo tanto se escogió la función nominadora que tiene la sala plena de dicha institución.

Dicho lo anterior es necesario aclarar términos y conceptos, frente al tema de interés de esta investigación. Siguiendo esta línea de trabajo a continuación se encontrará una explicación sobre el origen del Consejo de Estado, su papel a lo largo de la historia de Colombia como República, y una reseña a las dos funciones que demandan nuestra atención: la función de nombrar y la función postular.

2.1.2 El Consejo de Estado y sus antecedentes

El Consejo de Estado es el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa-administrativa. Actualmente se encuentra integrado por 31 concejeros en la totalidad de sus salas. Los concejeros son elegidos por la misma corporación para que resuelvan en última instancia los procesos en los que se vean involucrados intereses del Estado.

El origen del Consejo de Estado en Colombia se remonta al año de 1817, cuando el libertador Simón Bolívar dictó en Angostura el decreto sobre su creación y organización. Su creación obedeció a intereses políticos y sus funciones según González *“eran exclusivamente consultivas y era convocado discrecionalmente por el Libertador cuando lo considerara necesario para la conducción de su política”* (González 1994).

Se pensó en aquella época que con la creación del Consejo de Estado y su directa dependencia del Libertador se incrementaría la burocracia al interior de la naciente administración. Se pensó igualmente que los poderes del Libertador-presidente serían ilimitados y estarían plenamente avalados por el Consejo de Estado generando única y exclusivamente un detrimento para los administrados. Pero esta imagen negativa quedó desde un primer momento anulada, ya que según se ha señalado *“ante este órgano podría*

acudir cualquier ciudadano a proponer providencias y reglamentos que se considerasen convenientes para el bien público”. (...) (Polo 2001).

Cabe señalar, que debido a las diversas dificultades que se estaban presentando en la naciente república en la totalidad de sus órganos se sumó la llamada “conspiración septembrina”, hecho que obligo al Libertador a realizar algunas reformas al Estado con el fin de conservar y fortalecer la naciente institucionalidad. La reforma se hizo en 1828 pero solo llego a incluirse en la constitución de 1830. En este momento el Consejo de Estado mantiene sus funciones consultivas-asesoras y además se le encomendó a este la organización del ministerio público. Así se mantuvo en vigencia en las constituciones de 1830, 1832 y 1843”. (Polo 2001).

Sin embargo, es necesario anotar, que es en este momento histórico en el que se comienza a visualizar la independencia del Consejo de Estado respecto del órgano ejecutivo, al igual que diversos avances en materia de elección de los consejeros, periodo de los mismos, y especialidad. De esta manera funciono hasta 1843 cuando fue cerrado. Tal como señala el ex concejero Pedro Gómez “El Consejo de Estado funciono hasta el año de 1843, en que fue suprimido por la constitución expedida por el congreso en ese año y sólo volvió a ser restablecido por la constitución de 1886” (...) (Gómez 1934).

Sin embargo pese a este obstáculo casi insuperable para todo el derecho público, la constitución de 1886 en su artículo 136, restaura el Consejo de Estado, al cual le atribuyo funciones de “Cuerpo consultivo del gobierno como entidad encargada de preparar proyectos de ley y códigos que deberían presentarse a las cámaras, y como tribunal supremo de lo contencioso-administrativo para el caso de que la ley estableciera esta jurisdicción” (Gómez, 1934).

Transcurrieron 9 años, en los cuales el Consejo de Estado por fin se estaba fortaleciendo como un órgano de cierre de la jurisdicción contencioso-administrativa. Durante el mismo periodo se le veía como un órgano necesario para el funcionamiento del Estado el cual debía pasar por algunas reformas que señalaran de una manera precisa su ámbito de funcionamiento, pero contrario a procurar su mejoramiento, es nuevamente clausurado, esto por el acto legislativo 10 de 1905. Pero tan solo pasaron 5 años para que a través del acto legislativo 03 se reviviera la idea que había quedado en el aire de darle fortaleza al Consejo de Estado, lo cual se materializó con posterioridad en la ley 130 de 1913.

En 1914 el congreso de la república expide la ley 60, en la cual se le asigna expresamente la función de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, y es gracias a esta ley que el Consejo de Estado, luego de haber recorrido un largo camino de 100 años, logra consolidarse en las instituciones colombianas, y desde ese momento comienza a recorrer un nuevo camino que podríamos llamar de organización y crecimiento que llegaría hasta 1991. Otro de los principales aportes en dicha reforma fue el darle la oportunidad de emitir conceptos, tal como lo resalta el profesor Vélez: “En dicha reforma se abre camino la institución de emitir opiniones o conceptos antelados no vinculantes en situaciones de orden público (retención de sospechosos) y para la declaratoria del estado de sitio”. (...). (Vélez 1996).

En 1945 se dicta el acto legislativo 01, el cual le otorgó al Consejo de Estado la posibilidad de realizar el control constitucional, claro está, que esta competencia la tenía de manera residual, ya que se dijo de manera expresa que el Consejo de Estado conocería en materia constitucional de todo aquello que la constitución de 1886 de manera expresa no le hubiese otorgado a la Corte Suprema de Justicia-juez natural de la constitución en su sala constitucional- hasta ese entonces. Otro gran cambio que introdujo este decreto, fue haberle

terminado la potestad nominadora del presidente del Consejo de Estado al presidente de la república, quien en adelante sería nombrado por los demás miembros del Consejo de Estado.

En 1957 se transforma casi toda la institucionalidad del Estado, esto debido a las grandes agitaciones políticas que vivía el país por cuenta de los partidos políticos liberal y conservador que llevaron a la repartición de todo el aparato estatal en cuotas paritarias, reparto del que no escapó la rama judicial. Todo no fue malo, en especial para el Consejo de Estado que gracias al plebiscito del primero de diciembre de 1957, los consejeros en adelante tendrían la misma categoría que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y para su elección se adoptó el sistema de cooptación, que se pensó como una de las mejores maneras posibles de elegir a los miembros de este cuerpo colegiado paritario para ese entonces. Tanto así que se mantiene el sistema y se prolonga luego de en la reforma de 1979.

En el año de 1964 se decide especializar al Consejo de Estado, de acuerdo a la problemática suscitada en ese entonces, motivo por el cual se decide dividir el Consejo de Estado en salas para dar solución a las necesidades presentadas de justicia eficaz y rápida.

Tras tantas y criticadas reformas a la jurisdicción contencioso-administrativa como las anteriormente citadas, y otras como la ley 167 de 1941, decreto 01 de 1984 y decreto 2304 de 1989 entre otras, ocurre los fenómenos que desatan la constituyente de 1991. La nueva carta política estableció que el periodo para los consejeros de estado al igual que para los magistrados de la corte suprema de justicia seria de 8 años (artículo 233 C.N); además en adelante la elección de los miembros del Consejo de Estado, estaría sujeta a una terna enviada por el Consejo Superior de la judicatura (artículo 231 C.N).

De esta forma se cambió el sistema de elección de consejeros de estado vigente hasta hoy:

“la cooptación cerrada, vigente desde 1958, por la cooptación abierta intervenida por Consejo

Superior de la Judicatura, se establecen periodos fijos, se condiciona la permanencia en el cargo a una nueva condición “el rendimiento satisfactorio”, y se prohíbe la reelección”. (González 1994).

Desde ese momento, el Consejo de Estado ha desempeñado su función jurisdiccional en materia contenciosa de manera propia, habitual, pública y permanente. En ese orden de ideas se puede decir que es una función fundamental para el Estado colombiano, tanto así, que es notorio que en Colombia el derecho administrativo ha tenido un gran avance, merced a la modernización de las instituciones administrativas y a las copiosas innovaciones jurisprudenciales. (Polo 2001).

2.1.3 La Facultad de elección de los consejeros de estado (nombrar).

El Consejo de Estado es una institución política de origen constitucional. El constituyente lo creo con miembros principales y suplentes, que los reemplacen; y ha otorgado a lo largo del tiempo la facultad de elección de los consejeros a diferentes instituciones estatales tal como se verá más adelante. En la actualidad son nominados por el Consejo Superior de la Judicatura, el cual elabora una terna, para que el mismo Consejo de Estado, en sala plena nombre a sus propios integrantes (Artículo 231 C.N). También la sala plena del Consejo de Estado tiene facultad de elección del auditor ante la Contraloría General de la república y del reemplazo temporal del contralor general de la república:

El consejo de estado inicia su actividad con el decreto orgánico de **1928**, donde se dice en su artículo No.2 que los miembros Consejo de Estado serán elegidos por el gobierno nacional, quien también asignará sus funciones; Estaría integrado de acuerdo al artículo No. 1, del mismo decreto por: el jefe de estado mayor general, intendente general, comisario general del

ejército, de los ministros de la alta corte de justicia, del presidente y ministros del tribunal supremo de secuestros y de los secretarios del despacho.

La constitución de **1830** estableció al consejo de estado como un cuerpo auxiliar de la administración que estaría compuesto por el vicepresidente de la república, quien lo presidiría, de los ministros de despacho y del procurador general; quienes pertenecían al consejo de estado por el hecho de desempeñar el cargo. También se componía de 12 doce consejeros más quienes eran escogidos indistintamente de cualquier clase de ciudadanos. El consejo funciono hasta 1853, año en que se expidió una nueva constitución que lo suprimió.

Luego en **1886** con la nueva constitución nacional, se restableció el consejo de estado como cuerpo consultivo del gobierno; compuesto por siete (7) individuos: el vicepresidente de la república quien lo presidaría, y seis 6 vocales nombrados, dos por el senado, dos por la cámara de representantes y dos por el presidente de la república (artículos 98, 102 y 120 C.N 1886). Fue así como funciono hasta **1905** cuando fue suprimido mediante el acto legislativo No. 10 de 1905.

Este vacío fue subsanado por el acto legislativo 3 de **1910** que “ordeno que la ley establecerá y organizara la jurisdicción contencioso administrativa, lo cual se llevó a cabo mediante la ley 130 de 1913” (Rodríguez 2011). El artículo 1 de la ley 130 de 1913 dispuso que el consejo de estado estaría integrado por seis 6 magistrados, cuya elección correspondería a la corte suprema de justicia de acuerdo al el sistema electoral vigente a la sazón para un periodo de 5 años, contados a partir del primero de febrero siguiente a su elección.

La ley 60 de **1914**, dispuso que el Consejo de Estado estaría compuesto por de siete (7) individuos a saber: el primero designado por el poder ejecutivo, quien lo presidirá, y seis (6) vocales, quienes serán nombrados: tres (3) por el senado y tres (3) por la cámara de

representantes, para un periodo de (4) años, y se renovarían por mitad cada dos, comenzando por el senado. Para su elección se implementará el sistema del voto incompleto, de acuerdo con el artículo 45 de del acto legislativo número 3 de 1910.

En **1941** se expide la ley 167, la cual en su artículo No.2 dice que el Consejo de Estado se compondrá de seis 6 miembros: el primero será designado por la presidencia de la república que lo preside, y seis (6) vocales elegidos para un periodo de cuatro 4 años, quienes serán escogidos, dos por el congreso, dos por la cámara de representantes y dos por el presidente de la república.

El acto legislativo No. 1 de **1945**, se ocupó de la elección de los consejeros de estado, que se efectuaría por las cámaras legislativas, de ternas enviadas por el presidente de la república, para un periodo de cuatro (4) años; además le otorgó, en casos excepcionales, voz en los debates de las cámaras. También puso término a la titularidad del primer designado como presidente “ex officio” del Consejo de Estado, y dispuso que el presidente de la corporación fuera elegido por sus propios miembros cuyo número sería determinado por la ley. (Vélez 1996).

El plebiscito de **1957**, le dio a los concejeros de estado el mismo estatus que a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y el carácter de vitalicios, “mientras observen buena conducta y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso”. Así mismo determinó que las vacantes serían llenadas por la respectiva corporación, es decir que se implantó el sistema cooptación cerrada en esas entidades.

Con el frente nacional en el poder, se dicta el decreto 528 de **1964**, el cual dictaminó en su artículo No.21, que el Consejo de Estado estará compuesto por dieciséis (16) concejeros los

cuales serían designados por el gobierno nacional, con sujeción a las normas de paridad política vigente.

En **1967**, con la ley 50 del mismo año, se produjo la reforma del decreto 528 de 1964, entre sus principales y destacados cambios, estuvo la ampliación a veinte (20) concejeros, divididos en dos salas, nombrados por el gobierno nacional, con sujeción a las normas de paridad política.

Ahora bien, con la llegada de la constitución de **1991**, se dijo que el Consejo de Estado estaría integrado por 27 magistrados (reformado por la ley 1258 de 2010, que amplió el número a 31), elegidos por cooptación abierta, con sujeción a la terna elaborada por el consejo superior de la judicatura para un periodo de ocho (8) años.

2.1.4 Facultad de nominación de los consejeros de estado (postular).

La sala plena del Consejo de Estado, como ya se anotó, está integrada por la totalidad de sus miembros (es decir 31) quienes tienen funciones administrativas principalmente. Entre una de sus principales funciones esta la facultad de nominar a través de ternas: a uno de los candidatos a magistrado de la corte constitucional, para que el congreso lo nombre, para un periodo individual de ocho (8) años. También nominara a un candidato que conformara una terna con los candidatos enviados por el presidente de la república y la corte suprema de justicia para aspirar a ser Procurador general de la nación y para que el senado lo nombre para un periodo de cuatro (4) años. De igual manera nominara a uno de los candidatos a ser Contralor General de la república que junto con los candidatos de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, conformaran una terna para que el congreso en pleno lo nombre para un periodo igual al del presidente de la república.

El constituyente de 1991 le abrogó esta función nominadora al Consejo de Estado, según se puede interpretar en las distintas gacetas constitucionales en las que se discutió sobre la elección y nominación de estos organismos, que la principal razón tenida en cuenta en su momento, fue el espíritu integrador que tenía la constituyente, el cual buscó vincular a las tres ramas del poder público ya que se quería superar el modelo inmerso en la constitución de 1886 donde solo se vinculaba al ejecutivo y legislativo. El presidente de la república ternaba a los candidatos y la cámara los elegía, conjugando de esta manera a los poderes legislativo y al ejecutivo, dejando por fuera al órgano judicial. Por el contrario el nuevo constituyente pensó en incluir a la rama judicial, de esta manera la rama judicial pondría dos candidatos, uno por la corte suprema y otro por el Consejo de estado, el tercer miembro lo postularía el órgano ejecutivo en cabeza del presidente de la república para que de esta terna el congreso escoja a un nuevo Procurador, magistrado de la Corte Constitucional y Contralor de la república, en este último caso la Corte Suprema no ha de nominar, en su lugar lo hará la Corte Constitucional.

2.1.4.1 Nominaciones del Procurador: Esta función es nueva para el Consejo de Estado, en el caso del procurador su elección ya se había hecho por elección popular en 1853 y debido a algunas irregularidades se tuvo que cambiar dicho proceso de elección. Y es así, como a partir del año de 1858 es decidido por el legislador de turno que el procurador de la república sería electo por la cámara de representantes. En 1865 se reforma nuevamente su elección, en esta ocasión dejando la elección del Procurador en manos exclusivamente del órgano legislativo, al punto que no existía independencia de este funcionario. En vista de la carencia de independencia de dicho funcionario el constituyente de 1886 decidió modificar la elección del procurador, esta vez dejándola en manos del presidente de la república quien podía remover al funcionario a su bien parecer en cualquier momento. Pero esta situación no alejó la

falta de independencia, la traslado a otro órgano. Fue hasta 1945 cuando se implementó el sistema híbrido para la elección del procurador, el cual consistía en que el presidente de la república postulaba tres candidatos, es decir, elaboraba una terna de la cual saldría el procurador luego de la respectiva deliberación de la cámara de representantes. Este sistema gobernó la elección del Procurador hasta el nuevo cambio histórico-político de 1991 donde la rama judicial se hace partícipe nominando a dos de los candidatos, uno por la corte suprema de justicia y el otro por el Consejo de Estado, quienes estarán acompañados de un tercero postulado por el presidente de la república, para que en ultimas lo nombre en propiedad el Senado durante un periodo de cuatro años. (GC. 1991,38- 14).

2.1.4.2 Nominaciones del Contralor: la nominación de candidatos aspirantes a Contralor, no le es extraña al Consejo de Estado; el antecedente de la nominación a ese cargo por parte del Consejo de Estado data del año de 1968 cuando con la reforma constitucional de ese año se dijo que el Consejo de estado postularía tres candidatos para que el congreso en pleno nombrara el contralor durante un periodo de cuatro años. La razón por la que se le permitía al consejo de estado postular a estos candidatos, es que a la Contraloría jamás se le ha considerado como parte de ninguna las tradicionales ramas del poder público, no hace parte de la rama legislativa, tampoco de la rama jurisdiccional, y como no son administrativas o coadministradoras, tampoco forman parte de la gubernativa. (GC. 1991,59-12). Este es el antecedente más relevante que ha tenido el Consejo de Estado con su función nominadora. En 1991 se le limitó la función nominadora aunque la conservó, puesto que pasó de postular tres candidatos a tan solo uno, los otros dos en adelante los postularan, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia respectivamente. La razón de tal reducción la podemos encontrar en las discusiones de la asamblea nacional constituyente de 1991, donde se dijo que se debía hacer una reforma en su totalidad a la Contraloría en busca de un órgano

proactivo, moderno, fuerte, que garantizara el buen uso de los recursos públicos a través de controles eficaces, ante todo apartados de cualquier influencia política. Esta fue la razón que dio origen a la transformación de este órgano. (GC. 1991, 53-19).

2.1.4.3 Nominaciones del magistrado de la Corte constitucional: vale la pena resaltar que la facultad nominativa que tiene el Consejo de Estado sobre uno de los candidatos a ser magistrado de la Corte Constitucional es nueva, puesto que anterior a la constitución de 1991 no existía la Corte Constitucional, lo que no quiere decir que no existiera control constitucional. Con la creación de la corte constitucional, que atendió en primera instancia a la necesidad de especializar cada uno de los campos del derecho y hacerlos eficientes, concentrados, en un tema específico, se creó este organismo jurisdiccional que sería el encargado de hacer un control constitucional en primera medida. (GC.1991, 137- 4). Es por ello que se creó la corte constitucional, y dentro de estas discusiones en las que se aprobó la creación de la Corte Constitucional, el constituyente otorgo la facultad de elección de los magistrados: a la Corte Suprema, Presidente de la república y Consejo de Estado, los cuales elegirían un candidato respectivamente para que se conformara la terna que posteriormente deliberaría el Senado de la república. Con esta nueva invención se le otorgo esta facultad al Consejo de Estado, que según se puede interpretar de las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente se hizo así por ser uno de los pares de esta nueva corte, y por ende sus integrantes estarían apartados de la política e inmersos en el derecho.

2.2 Conclusión

El Consejo de Estado ha sido un organismo cuyos orígenes se remontan a la época de la independencia. Con el tiempo el órgano fue evolucionado conforme los gobernantes de turno observaban la necesidad de reformar sus funciones primordiales y hasta en algunos casos de suprimirlo. Ya para la Constitución de 1991 el Consejo de Estado era un órgano con un

historial bastante importante al que debían dársele funciones específicas en cuanto debía servir a la funcionalidad, equilibrio y robustez del poder Estatal como representante de la voluntad de la nación colombiana. En la Carta Magna queda reflejado como un *“Cuerpo consultivo del gobierno como entidad encargada de preparar proyectos de ley y códigos que deberían presentarse a las cámaras, y como tribunal supremo de lo contencioso-administrativo para el caso de que la ley estableciera esta jurisdicción”*.

En nuestro caso en especial, es de especial interés el Consejo de Estado puesto que este alberga en sí mismo la fuerza política y normativa que se constituyó por medio de la rama judicial en la constitución de 1991. Como ya hemos mostrado, la ley es una institución que a su vez está conformada por múltiples instituciones. En Colombia una parte fundamental de esas instituciones creadoras y transformadoras de ley ha sido el Consejo de Estado ya que este no solamente define y conduce las interpretaciones correctas de la ley, sino que también es capaz de la cimentación de nuevas leyes y de las formas en como los funcionarios públicos tiene que actuar en su medio laboral.

En los últimos años el Consejo de Estado ha recobrado su importancia esto por su participación significativa en el control de legalidad de las sanciones e inhabilidades de gran parte de los funcionarios públicos destituida e inhabilidades por la Procuraduría entre muchas de las funciones que tiene esta institución. Esta coyuntura en específico debería mostrarnos como las altas Cortes tienen en sus mismos principios y lineamientos motivados desde la política, y de acuerdo a ella es que deciden el camino a seguir para los ciudadanos que rigen. La conformación de sus integrantes ha cambiado a través del tiempo y sin embargo sigue manteniendo la influencia de poderes de otras ramas del poder o hasta de los organismos de control. Solo cuando la rama judicial ha sido capaz de sostener opiniones de discordia frente a

asuntos el interés público ha empezado a vislumbrarse su independencia y la importancia que tiene para la construcción de ley en Colombia.

El enfoque jurídico comienza entonces a darnos un panorama bastante importante de porque el Consejo de Estado siendo una institución que debería enmarcarse en el más puro tecnicismo, está determinada a su vez por profundos sentimientos y relaciones personales además de la ya renombrada ideología política. El catalogar al Consejo de Estado como una institución nos da la facultad de entender este organismo como una consecuencia de tensiones y dinámicas sociales que hicieron necesaria un tratamiento específico en cierta rama de la normatividad vigente. El Estado al estar bajo la ley debe aclarar por medio de sus organismos la forma en cómo debe proceder bajo ciertas circunstancias pues sin la interpretación adecuada estaría incurriendo en la ilegalidad en la misma institucionalidad que trata constantemente por proteger.

Aunque el jurídico institucional nos brinde fuertes bases para el entendimiento del Consejo de Estado más lejos de aquellas definiciones enclaustradas en sus funciones y más cerca de su comprensión como un fenómeno social, se sigue quedando corto a la hora de comprender la complejidad de las dinámicas de la sociedad contemporánea, además de poder dar muy poco que entender a la hora de entender la forma en cómo la institución como órgano público se relaciona con la formación del ciudadano común. Para este propósito es necesario comprender los avances que se han dado en la teoría jurídico institucional y las formas en cómo han abordado la comprensión de instituciones normativas.

A continuación abordaremos el tema del neo institucionalismo, tratando de acotar este hacia nuestro interés específico en las funciones del Consejo de Estado. Al igual que con el viejo enfoque jurídico institucional haremos una breve introducción de esta nueva corriente y las condiciones que se dieron para que su transformación. Seguidamente nos centraremos en

como la mayoría de las ramas del neo institucionalismo sientan su bases y en cómo esta teoría finalmente se encarga del problemas de la ley y de las instituciones que la forman y transforman.

3 CAPITULO TRES

3.1 Bases y Antecedentes del Neo institucionalismo

Con la anterior presentación de los elementos que componen el Consejo de Estado, antecedido por la presentación del enfoque jurídico institucional, se desarrolla el modelo seguido a lo largo del tiempo por esta institución jurídica; pero dicho modelo necesita y requiere urgentemente cambios, propuestas viables que se adapten a la realidad actual colombiana, con el fin de brindar nuevas soluciones a la problemática que se presenta conocida como crisis institucional. El ejercicio a partir de este momento comprenderá, adecuará y tratara de darle una nueva mirada de manera concreta al Consejo de Estado y, en particular a su función nominadora a través del nuevo institucionalismo o neo-institucionalismo.

En esta última parte se presentara el neo institucionalismo, se tratarán las ventajas que traería este modelo para el Consejo de Estado y su función nominadora; no en términos de imponer una corriente de pensamiento que tal vez es benéfica a nuestro parecer, sino en pro de beneficiar a dicho cuerpo jurídico para que en la medida de lo posible de solución a la problemática que presenta, para cambiar las malas prácticas que se vienen presentado al interior de esta institución. También, la revisión del nuevo institucionalismo aplicado a la función nominadora del Consejo de Estado implica la visualización de sus desventajas, lo

que nos llevara implícitamente a tratar de corregirlas y evitarlas en lo posible, aun cuando advirtiéndolo, tal como se ha dicho, que para efectos de este trabajo no serán el tema principal.

En esta ocasión, y manteniendo la misma línea de análisis que las partes anteriores, se buscara puntualizar y hacer especial énfasis en la aplicación del nuevo institucionalismo a la función nominadora del Consejo de Estado, evaluando el modelo neo-institucional, las reglas que hacen posible su aplicación y la manera de ser implementadas de manera adecuada, los principales estudios acerca del neo institucionalismo, las diferentes corrientes; lo anterior con especial atención en una perspectiva netamente jurídica, cuyo principal aporte será el brindar un nuevo elemento de valor que permita alimentar la idea de cambio institucional. Esta adecuación teórico-empírica que se pretende hacer en este capítulo recopilara los principales exponentes de la corriente neo-institucional internacional, y la escasa biografía existente sobre este tema en el país.

La comprensión sobre qué es lo que motiva las acciones humanas ha sido uno de los principales desafíos de las ciencias humanas y sociales. Durante gran parte del siglo XIX y XX desde la filosofía hasta la biología hicieron apuestas por conseguir la respuesta más indicada a esta cuestión, la respuesta por las razones que determinan el actuar humano en una comunidad. Aun que desde hace mucho se pretende responder a esta inquietud, no se ha llegado a una respuesta total y contundente, por lo pronto cada escuela, cada enfoque, cada marco de referencia expone respuestas parciales e incompletas, que al ser sometidas a la crítica son evidenciadas sus falencias. Ante este panorama elegir una teoría o un enfoque en particular para el análisis universal de la conducta humana depende, en gran medida, de la confianza que como investigadores tenemos en el enfoque, y en cómo este analiza y describe el objeto de estudio o de interés de este trabajo.

Hecha la aclaración anterior debemos concentrar la atención en nuestro objeto de estudio, lo que motiva este trabajo, el cual es el estudio de las instituciones, en particular las instituciones de carácter formal y regulado jurídicamente. Para analizar estas instituciones requerimos de una teoría que dé cuenta de la interacción de las instituciones entre ellas, de la interacción de las instituciones con los ciudadanos y de los posibles conflictos de intereses que se suscitan entre ellas. Para satisfacer estos requerimientos y dar cabal explicación al estudio de las instituciones requerimos de una teoría o enfoque especial para ello, la escogencia de esta teoría nos ha llevado a través del desarrollo de los capítulos uno y dos, para determinar cómo se ha venido realizado esta labor y dictaminar que el método usado es incompleto y no tiene en cuenta muchas variables importantes a la hora de hacer un análisis concienzudo de las instituciones jurídicas, así pues luego de determinar y describir esta problemática se ha buscado un método que complete y supla las deficiencias del enfoque jurídico institucional, el enfoque escogido fue el conocido en el mundo académico como neo institucionalismo.

Este modelo de estudio puede ser sintetizado a través de varios aspectos. El primero es el obvio uso del concepto de institución para describir el direccionamiento del accionar del ser humano. Es por medio de este concepto que se adentra hacia la construcción por medio de la relación social de entidades por la cuales se forja y se construye las presentes y futuras generaciones.

La perspectiva que adoptamos en el presente trabajo se opone al tradicional método utilizado al momento de analizar las instituciones jurídicas, aunque los autores que siguen defendiendo el institucionalismo que es “(...) *se pronuncia sobre las causas y consecuencias de las instituciones políticas y adopta los valores políticos de la democracia liberal*” (R.W.A. Rhodes, 1997, p. 57) Es decir que para este autor de esta corriente coincide y acepta a la institución como parte esencial del sistema social es capaz de dar cuenta de las instituciones políticas

actuales. Pero no considera la institución como una institución política que cambia, sino como un cuerpo normativo de leyes y decretos, es decir solo la observa desde el punto de vista del derecho positivo.

Por otra parte se muestra por los autores del enfoque jurídico institucional que este *“le ha aportado al derecho la noción de “persona social”, contrario al particularismo e individualismo relegado de la revolución francesa”* y ha *“supera[do] el formalismo jurídico que reduce al derecho a una técnica y ha introducido la necesidad de una corriente ética del derecho”*.(Lino Rodríguez, 1972, p. 22) como ya se ha dicho anteriormente a propósito de los comentarios de los defensores de la corriente jurídico institucional, que esta superación del formalismo jurídico no pasa de ser una pretensión meramente teoría que no tiene asidero en la realidad y no trasciende mas allá de los textos producidos académicamente.

Lo anterior motiva a muchos más interrogantes que el simple análisis nominal de las normas. Conlleva a realizar un extenso debate acerca de las relaciones políticas, económicas y sociales que integran al derecho y lo definen. Por lo tanto, al concebir la institución como una entidad que no es solamente jurídica, sino también política, lo que hace es obligar a la ley a tomar una postura amplia y comunicativa frente a la sociedad que trata de regir.

Ya habiendo aceptado los principales postulados del enfoque jurídico institucional, es necesario indicar que este enfoque ha encontrado posturas bastante críticas frente a proposiciones que hacen parte de sus bases y se encuentran desfasadas del espacio y el tiempo en el cual se han desarrollado las instituciones, como también se han mantenido casi que estáticas ante los nuevos hallazgos postulados dentro del campo de estudios de las ciencias sociales. Un importante punto de crítica es que las instituciones son tendidas a ver con un carácter muy rígido y su cambio parece olvidarse en los análisis que se hacen. Procesos políticos importantes como las revoluciones se les pierden de vista. Esta visión de

institución con cambios ralentizados se forma por una visión homogeneizadora de los individuos que tienen relación con la institución, lo que a su vez es otro problema pues pierde de vista la cuestión de la divergencia y el conflicto de intereses.(Lozada Lora & Casas Casas, 2008). Por otra parte también está la cuestión de la agencia de los individuos y de la forma en cómo se comportan no solo según la institución, sino también para y con la institución.

Todo lo anterior contiene el propósito de encontrar nuevas formas y variantes al enfoque jurídico institucional. La perspectiva debe renovarse y empezar a tomar en cuenta nuevos fenómenos y la renovación de los antiguos. Además también debe compartir, como perspectiva que es, un enfoque mucho más interdisciplinar aprendiendo de los avances de las demás ciencias sociales para encontrar un desarrollo mucho más integral.

3.1.2 El Neo institucionalismo

El neo institucionalismo no solamente representa una respuesta a las carencias de la teoría institucionalista y social (anglosajona) en general, sino también una reacción de protesta contra el conductismo y, en sus inicios, aun contra el enfoque de la elección racional. Los primeros vestigios de esta nueva partición entre viejo y nuevo institucionalismo están plasmados en los escritos de March y Olsen en la década de los Ochenta (1984) que precisamente buscaban reaccionar frente al estancamiento de la ciencia social y política en el análisis de la acción humana.

Dentro de los avances a tomar en cuenta esta la preocupación creciente por el cambio institucional tan desdibujado anteriormente en la teoría institucionalista. Para ello ha comenzado elaborando definiciones de instituciones las cuales puedan dar cuenta del amplio espectro de acción en el cual tienen lugar. Para el caso en especial que nos ocupa, y tomando nuestro principal interés en ver al derecho como una institución con poder, March y Olsen nos

dan una definición de instituciones políticas con una amplitud bastante acorde con el propósito de estudio que nos toca:

Conjuntos de reglas y rutinas interconectadas que definen las acciones correctas en términos de relaciones entre roles y situaciones. Este proceso implica determinar cuál es la situación, que papel está desempeñando y cuál es la función de ese rol en determinada situación. (March, James & Olsen, Johan, 1989, p. 21)

Con la anterior conceptualización somos capaces de empezar a detallar la inmensa esfera social que ocupa a la ley como institución social, así como también comenzar a marcar las bases sobre las que se parte para un renovado análisis de las instituciones. Tres puntos principales son los que toma como base teoría neo institucionalista para un examen renovado de los acontecimientos políticos y jurídicos actuales: 1) una especial atención a las instituciones como base conceptual y real de la acción social, 2) una combinación de las teorías de las instituciones con las teorías económicas [sociales, culturales, políticas], y 3) un rompimiento con los modelos tradicionales de análisis. (Rivas Leone, José Antonio, 2003, p. 40) Si tomamos estas bases de estudio nos será posible empezar a comprender a la institución como un ente de movimiento continuo y cambiante en el que también los individuos tienen participación.

Si se quiere examinar la acción humana es indispensable pensar en el individuo como agente de cierta voluntad. El enfoque neo institucionalista busca darle una nueva asignación al individuo como actor que interactúa por y en el cambio institucional. Sin los actores reales de cambio dentro de la estructura social es imposible dar cuenta de los elementos de transformación que condicionaron y propiciaron el cambio.

Ante las anteriores cuestiones, y una priorización de los actores involucrados en la formación de la sociedad, el enfoque neo institucional tiene que empezar a preguntarse por las instituciones y las características que llevaron a su fundación, análisis que llevara inmediatamente repercusiones al estudio del *cambio institucional*. Las respuestas tienden a ser parciales y a solamente mostrar eventos parciales de adaptación y reproducción de las instituciones por los individuos. Por ende debe impulsarse un estudio por las formas en que los individuos interactúan dentro y fuera de sus instituciones de origen. Solo situaciones de cambio y transformación del individuo dentro de entornos institucionales distintos puede dar cuenta de la forma en cómo se forma y regula la creación y sostenimiento de las instituciones.(Peters, 2003, p. 55)

La perdurabilidad de las instituciones depende de su diseño y reproducción en cada sociedad. El diseño institucional y la forma en cómo se interrelaciona ha sido otra cuestión a tratar, y las respuestas siguen sumamente variadas dependiendo de la institución en consideración. Por el momento el debate se ha mantenido un tanto estático, sin embargo, considerando el reciente interés por la actualización de los postulados de la teoría institucionalista hacia los actores sociales que están involucrados en la conformación instituciones y que se relacionan con estas, es solo cuestión de tiempo para que estudios utilizando el enfoque neo institucionalista puedan detallar la forma en cómo se estructura las instituciones, como está diseñada en su interior (si es que existe un interior), y que partes son más y menos susceptibles al cambio. La multiplicidad de corrientes dentro del enfoque llevara a comprensiones distintas de la forma en cómo las relaciones de las instituciones juegan dentro del mundo social y como se configuran dentro de este.

El enfoque neo institucionalista es supremamente variado y tiende a partirse según el campo de estudio a tratar. Haciendo un examen somero hay hasta ocho vertientes (normativo,

histórico, elección racional, empírico, etc.) que tomando a las instituciones como principal concepto propenden por buscar resultados en su respectivos campos de estudio y sus perspectivas de análisis.(Lozada Lora & Casas Casas, 2008, pp. 180–183) Esto ha llevado a que tanto se alimente a la teoría de una interdisciplinariedad muy grande, como también a diversificar la teoría hasta el hecho de no poder hablarse de una teoría neo institucionalista como una teoría unificada.

Esta variedad marca el inicio de algunas críticas que se le han hecho al enfoque no solo con respecto a su variedad, sino también a su entrega desmesurada de confianza a las instituciones como principal motor de la comprensión de la acción humana. Sin embargo, como lo ha demostrado el enfoque jurídico institucional, es necesario el constante debate y reflexión sobre la teoría misma para su avance. Sin la autocrítica propia de la perspectiva los enfoques que quiera dársele estas quedarían avocados al ostracismo y a ser obsoletos.

3.1.2.3 Conclusión

La perspectiva que se le quiera dar a cualquier análisis social es demasiado importante para tomársela a la ligera. Para contar con una teoría apta es necesario hacer un análisis no solamente de la teoría sino también de nuestras propias demandas y exigencias a la hora de hacer el trabajo propuesto. En este caso, el enfoque jurídico institucional ha funcionado como principio más no como perspectiva realmente apta para el estudio que queremos hacer. Por eso, y aceptando las propias ventajas que tiene el examen a través de las instituciones hemos decidido tomar avances hechos a la teoría institucionalista planteados en la vertiente llamada: neo institucionalismo.

El neo institucionalismo es una corriente dentro de los nuevos desarrollos que se le dan a la teoría institucionalista que privilegia varias partes faltantes o deficientes de la anterior teoría. Por un lado comienza a tomar en cuenta de un modo mucho más importante a las

instituciones como entidades cambiantes. Que sus cambios dependen de múltiples factores de acuerdo a la situación establecida dentro de periodos de tiempo no tan determinados. Por otro lado, comienza a detallar las carencias que tiene al no encontrar respuesta para los hechos anormales o anómicos dentro de las estructuras establecidas por la misma institución. Así que trata de empezar a dar cuenta de la decisión individual y de sus consecuencias a nivel social.

Para esta nueva comprensión de la función de las instituciones en la sociedad es necesario un cuestionamiento constante dentro del propio enfoque, así como también un acercamiento aún más perdurable a las faltas y falencias que otorga a la realidad social a la que se busca por medio de la teoría dar cuenta.

El neo institucionalismo en el estudio del derecho nos otorga la capacidad de darle a esta entidad (la ley) un carácter tanto social como político. Si se les asigna este carácter político y social se podrá ver a través de ellas las relaciones culturales, policías, económicas y sociales que están intrínsecamente conectadas con la creación y reconfiguración del derecho en la sociedad.

Aún hay faltas a considerar en la recreación que se hace por medio del neo institucionalismo. La primera es tratar de enmendar los mismos principios limitantes que se avizoraban en enfoque jurídico institucional y que comienzan a vislumbrarse en el neo institucionalismo. Las instituciones aunque importantes no pueden ser determinantes, del buen trabajo dentro de la perspectiva de estudio dependerá la detección de estas limitaciones y su apertura a nuevas respuestas a la que ya la teoría está muy dispuesta. Por otra parte, también está la búsqueda por dar una uniformidad o interconexión a las variadas corrientes dentro del mismo neo institucionalismo que en muchos casos pueden ser colaborativas pero que por estar destinadas a un campo de estudio determinado terminan siendo así mismas incompletas.

Para finalizar, en nuestro trabajo trataremos de buscar precisamente alimentar el enfoque de estudio social que hemos tomado. No se trata solamente de aplicar una teoría sin más, sino de aportarle por medio de su implementación de nuevos elementos por los cuales pueda ayudar a estudios futuros que utilicen la teoría neo institucionalista y sobre todo en pro de la optimización institucional colombiana.

3.2 Reforma a la justicia – Cambio institucional

Las disputas en la política colombiana han sido frecuentes y en muchos casos hasta obviadas por la ilegitimidad que en muchos casos acompañada clase política y a los personajes que juegan en ella. Sin embargo, el cambio constitucional de 1991 y las actuales dinámicas socio-políticas, que van desde la situación del conflicto político militar hasta las recientes movilizaciones de agremiaciones a lo largo y ancho del país, han puesto de nuevo a pensar en la forma en cómo se define y se construye la esfera política colombiana en todos su ámbitos. Una parte importante de la construcción de poder estatal colombiano es el poder judicial.

El poder judicial es una de las tres ramas del poder público en Colombia. Este no solamente juega como un contrapeso frente a las dos otras ramas del poder (la legislativa y la ejecutiva), también es determinante en la resolución y construcción de ley y por ende del deber ser de los ciudadanos colombianos. El poder judicial en Colombia es aquella que *“es la encargada de administrar la justicia en Colombia; esta tarea es una función pública. Está compuesta por seis organismos: la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, las Jurisdicciones Especiales y la Fiscalía General de la Nación”* (“Título VIII. De la Rama Judicial,” 1991). Es decir que la rama judicial imparte poder y es dentro de sí un espacio para la construcción y confrontación de ideas políticas que deciden como conducir la nación colombiana.

Como es un espacio de confrontación ideológica es evidente que dentro de sí se disputen toda clase de interés para el devenir jurídico y político del país. Sin embargo, al ser un escenario que alberga una especie de aura de justicia más allá de los interés particulares pareciera que las influencias ideológicas quedan invisibles, por lo menos si aceptadas tácitamente como algo que se supondría no interferiría en la elaboración técnica de la ley que se supone los juristas hacen sobre las normas en el país. La coyuntura política de los últimos años nos ha asaltado en nuestra pasividad para mostrarnos cuán importante es la postura política en la construcción del ordenamiento jurídico, y como las influencias e intereses personales pueden primar sobre la aparente inocuidad de la tecnicidad de las normas.

La elección y nominación para las cortes del país son un proceso que incluyen un fuerte proceso de evaluación técnico y profesional a las hojas de vida de los aspirantes. La escogencia de cualquier aspirante significa que este ha tenido una larga trayectoria en la rama del derecho que se requiera para tal organismo y por ende este va a poder ir más allá del simple componente técnico y va a poder ser un juez no solamente con capacidad de decisión frente a los embates que le aparezcan, sino que también es capaz de crear ley en aras de la transformación del sistema judicial nacional, y por ende del deber ser de los ciudadanos de la nación.

En los últimos años se ha empezado a denotar una fuerte batalla por el poder judicial, y en muchos casos las ramas del poder público han tratado de adueñarse bajo influencias de sus miembros de las decisiones que se toman en estos espacios. La aparición de miembros con intereses compartidos por otros miembros de las ramas del poder ha sido un escándalo que aún hoy tiene al país en una desconfianza creciente por los miembros de la rama judicial. De ser la rama más respetada por su independencia y por la dedicación de sus miembros, paso a ser el órgano alterno de muchos funcionarios del poder público.

La disputa entre el Procurador y Fiscal General que ha sido resaltada en los últimos meses demuestra el grado de “politización” que ha empezado a tomar a las cortes más altas de la justicia en Colombia. Ya sea el Procurador con una agenda política acorde a sus creencias religiosas o su ideología política, o el Fiscal con sus interés propios en la transformación de la justicia y su interés en el devenir de la nación, los dos han demostrado que desde la rama del poder judicial también se imparte poder y se dicta en muchos casos el camino para las otras ramas del poder Estatal. Para poder gobernar con cierta libertad se requiere no solo tener una parte de uno de los poderes, sino que también es necesario poder impulsar las reformas de interés en cualquier parte.

Las instituciones judiciales son entonces aquellos organismos que más allá de ser los revisores técnicos de la ley, deciden el futuro de la nación con su interpretación de las normas y son capaces en muchos casos de tomar decisiones claras en la formación y ampliación de cualquiera de las leyes. Las instituciones judiciales no se escapan de la esfera política y están constantemente sumergidas en ella en su ánimo de poder consolidar su propio proyecto de Estado y Nación. La responsabilidad que les aguarda bajo sus decisiones es tal que así como pueden dictar una ley que en muchos casos puede pasar imperceptible para muchos ciudadanos como la ley de reforma a la justicia, también puede tomar decisiones que pareciera dictaran nuestro futuro como sociedad como la aceptación del matrimonio gay como una forma legítima de unirse.

Las impresiones varían conforme pasa el tiempo y las condiciones de la arena política mutan. Las cortes se vuelven real y fuerte peso de poder cuando las circunstancias y los medios lo permiten así. Es necesario empezar a pensar cualquier corte (y en especial las altas cortes) como organismos que son susceptibles a intereses particulares en su proyección de su propia ideología política. Si se sigue negando su papel transformador y político terminaremos

obviando la mismísima realidad humana y tratando entender la ley, que es un hecho netamente social y que por ende es manejado por individuos que piensan y sienten, como una institución muerta y automática.

Al momento de elaborar este trabajo cursa en el congreso de la república diferentes proyectos que han sido denominados de “Equilibrio de poderes” y que han tenido diferentes orígenes políticos e ideológicos (El Espectador, 2014), estas llamadas reformas de equilibrio de poderes tocan diferentes temas de configuración constitucional, para el objeto de estudio de este trabajado los proyectos de reforma constitucional tocan el tema la función nominadora de las altas cortes, en el sentido de eliminar dicha función de las Altas Cortes para asignárselas al presidente de la república. Aun que todas estas reformas se motivan en la crisis institucional que vive el país, cuando se examina la exposición de motivos y la propuesta de reforma como tal se evidencia en estos documentos la falta de metodología al momento de analizar la crisis y de hacer la propuesta, por lo que estas reformas siguen siendo más de los mismo, improvisaciones sin rigor alguno.

3.3 El diseño institucional- proyecto de la función nominadora del consejo de estado

Expuesta la problemática, el conflicto y el desorden institucional que ha surgido a partir de la asignación de funciones nominadoras a las altas cortes, y en particular el problema que ha traído la función nominadora en el Consejo de Estado es evidencia la necesidad de promulgar por un cambio en la estructura constitucional y normativa que corrija la asignación de la función nominadora y que permita mejorar el funcionamiento de la relación entre las instituciones y el funcionamiento de la institución internamente.

El diseño institucional como metodología de construcción de determinada institución, o como método para corregir determina aspecto de las mismas, o en últimas como método para

determinar que es necesario eliminarla del estado es un aspecto bastante estudiado y polémico, pero asumiendo la mejor perspectiva que encontramos entre la inconmensurable biografía sobre el tema, creemos que el mejor diseño institucional como metodología que se adecua a las necesidades que plantea esta investigación es el formulado por la profesora Carla Huerta Ochoa el planteamiento que utiliza ella plantea tres formas de diseño institucional, pero antes de profundizar en ellos tomamos la definición de diseño institucional que nos plantea ella, así pues diseño institucional será “Por este se entiende el conjunto de preceptos vinculados entre sí para imprimir o modificar la aplicabilidad de una (o varias) instituciones, reformando algunos de los derechos u obligaciones que las integran conforme a un criterio dado” sigue afirmando la autora que “el diseño institucional, al atribuir un significado practico a las instituciones, tiene como objetivo optimizar la eficacia de la institución marco de un modelo dado” entonces el diseño institucional permite modificar o crear instituciones que van a tener efectos en la realidad, que van a ser modificadoras de las relaciones sociales, lo que supone que no se encuentra aislado de la realidad y no permanecen solamente en el plano teórico, sino que surgen de la realidad como necesidad de cambio y de corrección.

Retomando la idea de los tipos de diseño institucional, y tomando las ideas de la profesora huerta Ochoa (ibídem) se encuentran tres tipos de diseño institucional:

1. El diseño institucional constructivo: que pretende crear una nueva realidad o modo de interacción entre gobernantes y gobernado.
2. El diseño institucional justificativo: legitimador de una realidad cambiante, más bien legaliza una situación.
3. El diseño institucional correctivo: propone adecuar una o varias instituciones con el objetivo de corregir aspectos disfuncionales o inoperantes, o bien, adecuarlo a los criterios conductores del modelo vigente o dominante.

Para el caso que nos ocupa nos interesa el tipo de diseño institucional de corrección o correctivo, pues supone superar por medio de reformas detalles particulares de instituciones existentes que no funcionan correctamente, pero que no llegan a un alto grado de disfuncionalidad como para pensar en que se suprima la institución. Pero no solamente es una propuesta de corrección, sino que también significa justificar por qué el modelo que se propone es mejor que el anterior, o porque el modelo que se propone corrige las falencias detectadas inicialmente.

Hay un aspecto que no se debe olvidar, y es que cuando se promueve una reforma en una institución, se debe tener en cuenta que existe una interrelación entre instituciones y cualquier modificación en una de ellas no supone un cambio aislado, y que directamente o indirectamente va a afectar las instituciones coetáneas con las que se relaciona, por lo que se debe prever de ante mano qué efectos puede tener una reforma. Traída esta aclaración al caso que nos ocupa encontramos que es necesario tener en cuenta que una reforma en la función nominadora del Consejo de Estado afectara a los demás órganos que se relacionan con la misma.

Ahora no solamente hay que pensar en la institución al momento de pensar en el diseño institucional sino que se debe tener en cuenta el comportamiento de los agentes que actúan en la institución, y en este mismo sentido se debe tener en cuenta el papel que juegan los incentivos y los desincentivos al momento de actuar, es decir que los intereses que se manejan al momento de tomar decisiones sean los correctos y que los mismos apunten a promover la virtud cívica y no solo apunten el comportamiento de los agentes a intereses privados o que afectan el funcionamiento de la institución y la función que cumple esta en una organización política.

3.4 La propuesta

La propuesta de cambio institucional que tenemos para la problemática de la función nominadora del Consejo de Estado es la siguiente, en primera medida nos enfrentamos a un diseño institucional del tipo corrector, que por lo ya expuesto con anterioridad significa o contiene la pretensión de corregir aspectos disfuncionales, en este caso el aspecto disfuncional del Consejo de Estado es la función nominadora que le fue otorgada en 1991 por la constitución política, el aspecto disfuncional e inoperantes fueron expuestos en su momento en el acápite de cambio institucional, por lo que ahora nos detendremos en nuestra labor propositiva, en el diseño que proponemos para solucionar los conflictos de intereses de actores internos y externos al Consejo de Estado.

Para realizar dicha tarea debemos en primera instancia enunciar los pasos necesarios que ha determinado la profesora Carla Huerta Ochoa (2000) como necesarios para hacer un correcto diseño institucional que pretende, como en este caso, corregir una problemática institucional.

La profesora Huerta Ochoa (Ibídem) determina tres etapas de diseño institucional, las cuales comprenden una etapa preparatoria, una etapa de elaboración y finalmente una etapa de consolidación, a continuación de desarrollaran:

A. La etapa preparatoria

1. Establecimiento de objetivos a lograr y elección del criterio conforme al cual se realizará el cambio.
2. Identificación de las instituciones que deben ser reformadas.
3. Creación o re configuración de la institución y de los derechos y obligaciones correspondientes.
4. Determinar del grado de cambio y evaluación del alcance de la institución tras la modificación, así como de su operatividad y modo de relación con otras instituciones.

5. Cálculo de la operatividad de las instituciones como parte del sistema jurídico en su relación con otras normas.
6. Análisis de las eventuales modificaciones en el significado de otras normas como consecuencia del nuevo diseño institucional.

Esta etapa de iniciativa legislativa en principio estaría a cargo de los miembros del congreso, como los llamados a confeccionar las leyes que van a regir en el territorio nacional, pero no solo el congreso posee esta iniciativa legislativa, sino también los ciudadanos a través del ejercicio de los derechos políticos, teniendo en cuenta también que estas iniciativas pueden salir de centros de pensamiento.

B. La etapa de elaboración

1. Reforma constitucional, nosotros agregaríamos legal o reglamentaria dependiendo el caso.
2. Integración a la norma suprema, a la constitución, estableciendo así su significado dentro del entramado institucional.

Al proponer una reforma sobre una institución de carácter formal, y que esta tiene el carácter de nacional, el cambio pasa en su sentido formar por un cambio en la ley en sentido estricto, por lo que la elaboración estaría a cargo del congreso de la república y se seguirían los pasos ya establecidos para la confección de la ley.

C. La etapa de consolidación

1. Fijación del significado a través de la interpretación (misma que debe tomar en cuenta los intereses considerados en el diseño).
2. Cambio de significado por mutación (en cualquiera de sus sentidos: adición, reforma, derogación, jurisprudencia)

Esta etapa de consolidación estará a cargo de los que jurídicamente tienen el deber de vigilar y controlar que la institución ya reformada sea eficiente y cumpla con los deberes y

obligaciones por la que fue creada o modificada, pero no solo será evaluada por los que estén encargados, sino que también la sociedad civil en general realizará el control de la misma, así se garantizará que el cambio que se propicio si haya dado los resultados esperados.

Respecto a este trabajo solo nos interesará la primera etapa, la de preparatoria, las dos etapas siguientes exceden el objeto del presente, y supondrían una evaluación posterior a una reforma constitucional, por lo que solo la preparación del diseño constitucional va ser en adelante centro de nuestra atención.

La metodología que se usará es pasar ítem por ítem de la etapa preparatoria, y en cada uno de los mismos se llenaran los requisitos que se demandan, algunos solo serán un cálculo anticipado de lo que podría suceder y no sería más que un dato de probabilidad, respecto de esto nos es imposible tener absoluta certeza de los efectos futuros de un diseño correctivo como aplica para este caso, y las respuestas quedaran en hipótesis que si el caso a si lo amerita deberían tener una constatación empírica cuando en su momento se haga la reforma constitucional.

1. Establecimiento de objetivos a lograr y elección del criterio conforme al cual se realizará el cambio: Este ha sido el objeto de esta investigación en su parte final, seleccionar el objetivo a lograr, el cual es el diseño institucional correctivo o reformador, y el nuestro criterio transversal es el de armonización y transparencia de los poderes del Estado.

3.4.1 Objetivos de diseño formal

Se pretende reformar normas jurídicas de rango constitucional actualmente vigentes y que actualmente autorizan jurídicamente los mecanismos y procedimientos de

elección dispuestos en la constitución política vigente, estas reformas adecuarán las normas jurídicas a los que se pretende con el diseño institucional.

Los artículos particulares a reformar son los siguientes:

- Artículo 239 de la constitución nacional –Magistrado Corte Constitucional
- Artículo 267 de la constitución nacional – Contraloría General de la república
- Artículo 274 de la constitución política – Auditoría General de la república
- Artículo 276 de la constitución nacional – Procuraduría general de la nación

3.4.2 Objetivos de diseño informal

2. Desincentivar a partir de la eliminación de incentivos perversos la llamada camarrilla generalmente política y económica que tiene intereses indebidos en la elección de los representantes y directores de las llamadas instituciones de control.
3. Identificación de las instituciones que deben ser reformadas: Retomando las ideas anteriores, resulta repetitivo pero necesario decir que la institución elegida fue el Consejo de Estado como una institución de carácter formal, y en particular una función atribuida constitucionalmente a la misma, a saber la función nominadora.
4. Creación o reconfiguración de la institución y de los derechos y obligaciones correspondientes:

3.4.1.1 Diseños formales

Frente al cambio formal, es decir el cambio normativo, y para tener más precisión frente al cambio de artículos de la constitución nacional es necesario decir que propendemos por la eliminación de estos artículos, es decir que la nominación de candidatos a los llamados entes de control de la nación sea tratada en otros acápite orgánicos de la constitución nacional. Como hemos venido diciendo no es objeto de este trabajo el proponer a quien debe ser asignada esta función nominadora, a que otra institución u órgano es el que debe ser reasignada esta función por lo que no se tocará ese tema.

La supresión de los artículos supone la eliminación de estas funciones electorales del Consejo de Estado, y no solo de esta institución o corporación en particular, sino que acarrearía una eliminación de esa función en las demás cortes de cierre, o llamadas comúnmente altas cortes, por lo que el diseño formal sería una supresión de los artículos constitucionales antes referenciados, supone excluirlos del ordenamiento jurídico, por lo que la consecuencia lógica es su pérdida de fuerza jurídica.

3.4.1.2 Diseños Informales

El diseño informal, o el cambio ya no solo normativo, sino la propensión por un cambio en las conductas de la institución o de los agentes que la integran, suponen en un principio el cambio formal o normativo, esto puesto que eliminado la función nominadora el incentivo perverso oculto en la misma, a saber la camarilla que influye con todo tipo de presiones sobre la elección de las ternas, será inútil y desaparecería, por lo que la influencia externa negativa sobre la institución debería cesar y por lo tanto ocurría un reacomodo de el funcionamiento interno.

5. Determinación del grado de cambio y evaluación del alcance de la institución tras la modificación, así como de su operatividad y modo de relación con otras instituciones. Y Calculo de la operatividad de las instituciones como parte del sistema jurídico en su relación con otras normas.

Se decidió tratar el requisito 4 y 5 en un mismo punto dados sus estrechos vínculos, y que en cierta forma se refieren a un mismo punto, en especial lo referente a la operatividad del nuevo diseño institucional y la relación con las demás instituciones jurídicas con las que el Consejo de Estado se relaciona.

Frente a este punto solo podemos realizar una predicción aproximada y el grado de probabilidad de acertar los eventos después de una posible reforma institucional es bastante baja, como se viene repitiendo no es motivo central de este trabajo evaluar un cambio institucional de tal magnitud posterior al mismo, pero podríamos prever desde dos puntos de análisis la operatividad del diseño, o en concreto de la reforma, estos puntos de análisis se hace desde dos perspectivas una interna de la institución y otra externa, esta última teniendo en cuenta la relación de la institución reformada con las demás instituciones que hacen parte del trafico jurídico.

3.5 Predicción de operatividad interna

Eliminado los intereses subrepticios que se esconden en la función nominadora, el Consejo de Estado mejoraría en los siguientes tres puntos que hemos considerados como principales:

En primer lugar, en tiempo dedicado a su labor principal, el cual es ser tribunal de cierre de la jurisdicción administrativa, esto debido a que seleccionar a un ternado requiere un proceso de selección objetivo, que implica destinar tiempo en el estudio de las hojas de vida de los aspirantes, en el estudio de su carrera profesional etc. Si

se tiene en cuenta que son bastantes personas los que aspiran a este cargo se presenta una congestión al momento de realizar la selección, lo que se traduce en una pérdida sustancial de tiempo.

En segundo lugar se mejoraría la calidad de los Agente de la institución, esto en concreto quiere decir que la selección de los consejeros de estados ya no estaría supeditada a intereses cruzados entre instituciones, esto se traduciría en que solo las personas con suficientes méritos académicos y profesionales serían los seleccionados para integrar esa corporación.

En tercer lugar los casos lamentables de corrupción que se han venido presentando serían eliminados, en el entendido en que no habrá incentivo de recibir algún tipo de dadivas a cambio de postular determinada persona o en no postular a otra, no parece ser este un detalle menor, más si se tiene en cuenta la realidad actual de la moralidad en la rama judicial (Gil Neira, 2014).

Ahora bien con estos cambios operativos no es difícil prever un mejor desempeño en la administración de justicia, se resaltan estos tres pero pueden existir otros de mayor relevancia o que aún no han sido contemplados pero que traerían mejoras sustanciales en la operatividad del Consejo de Estado

3.6 Predicción de operatividad externa

Se predice que las tensiones que actualmente se evidencian entre las institución jurídicas y entre las instituciones de la sociedad en general en relación con el Consejo de Estado disminuirán de forma considerable, esto en primer lugar frente a

las demás instituciones jurídicas porque se eliminaría el llamado cruce de favores, o más técnicamente cruce de intereses entre agentes de las diferentes instituciones, por lo menos frente a la facultad o función de nominación, esta distensión producirá una normalización de las relaciones entre instituciones, cosa que de por si resulta en un salto de calidad para el mejoramiento del funcionamiento de la institución.

6. Análisis de las eventuales modificaciones en el significado de otras normas como consecuencia del nuevo diseño institucional.

Es evidente que si proponemos la eliminación de la función nominadora de parte del Consejo de Estado esta tiene que ser re asignada, si nos atenemos a los últimos debates sobre el particular (El tiempo, 2014) todo tipo de ideas sobre el particular han sido puestas en la palestra pública, desde que sean ternado por el presidente, hasta vertientes que proponen la eliminación de los entes de control en cuanto tal y que sus funciones sean asignadas a otras instituciones ya existentes, pensar en que o en quien es la institución más idónea para asumir esta función, si es que se piensa en la necesidad de mantener los entes de control, sobrepasa el objeto de esta investigación, por lo que no es imposible prever las consecuencias y no es no es nuestro objetivo entrar a especular sin mayor sustento empírico.

Concluimos el paso de nuestro proyecto diseño institucional por lo criterios de que la profesora Ochoa considera como preparatorios, consideramos que a todas luces cumplimos con los objetivos tratado trazados desde un inicio, en primer lugar resaltamos y evidenciamos la importancia de utilizar un enfoque novedoso en el análisis de las instituciones, a saber el neo institucionalismo como una herramienta que viene a llenar los vacios de los enfoques tradicionales y a complementarlos, en segundo lugar demostramos la utilidad de este enfoque

al momento de aplicarlo a una institución en particular, el Consejo de Estado y a una función en particular, la función nominadora de esta misma institución, este enfoque nos brindó las herramientas de cambio institucional y diseño institucional que aplicadas a la función nominadora brindó criterios de mejoramiento en la operatividad de la misma. Estas pequeñas conclusiones serán ampliadas en el siguiente acápite de este trabajo, pero era menesteroso mencionarlo como cierre del mismo.

4 CONCLUSIONES

4.1 Conclusiones Generales

La ley, como constantemente hemos mencionado, se trata de una cuestión netamente social que es formada por los individuos y se convierte a través de ellos y por ellos en una segunda naturaleza que rige nuestras conductas y condiciona nuestro accionar en un medio social. Las normas, al ser vistas como hechos sociales, se convierten en fruto de estas relaciones y en el medio sin el cual no podríamos convivir. Es por eso que este hecho social debía tener un análisis más allá del simple contenido de la norma tratando de alcanzar la complejidad que significa ser tanto parte, condicionante y transformador de la sociedad. Por este hecho es indispensable tratar a la ley como una institución social.

El enfoque jurídico institucional fue una de las principales herramientas para comenzar a ver la ley como una institución que se compone y se transforma conforme los individuos viven en sociedad, aun que con las limitantes que ya se han mencionado y que en últimas han motivado este trabajo. La principal consideración que tomamos y criticamos del enfoque jurídico institucional es la carencia de concebir a la ley como una relación política, cosa que también es desconocido por la hegemonía del positivismo jurídico instalada desde hace tiempo en el país. Por lo tanto, no se tiene en cuenta los profundos intereses y motivaciones políticas dentro al momento de diseñar instituciones. La cuestión entonces es tratar de

desentrañar e incluir este carácter más político, pero también social y económico, y así darle un verdadero peso a la hora de ver como la ley modifica y dictamina la conducta de los individuos, todo esto a través del nuevo enfoque a tratar.

La evolución del conocimiento lleva inevitablemente a reevaluar los enfoques y encontrar falencias en los marcos de comprensión de su campo de estudio. En el caso del enfoque jurídico institucional podrían encontrarse varios problemas a la hora de tratar la institución dentro de la realidad social, para ello los estudiosos trataron de interrelacionarse con otras teorías y otras metodologías de estudio de lo social, lo que dio como fruto el llamado neo institucionalismo, un rotulo alrededor del cual se agrupan diferentes enfoques del estudio de la instituciones, pero en el que la principal preocupación es entender la forma de relación del individuo con el medio que lo rodea y como a su vez puede cambiarlo.

El enfoque político de la institución, que venía mencionando como una carencia del enfoque jurídico institucional, toma más fuerza en el neo-institucionalismo y obliga a adentrarse en la cuestión acerca del cambio normativo. En el enfoque jurídico institucional la ley sigue un modelo estático y más un elemento estacionario sin el cual no podría haber sociedad. Empero, si se tomaba en serio el trasfondo político era menester tomar en cuenta la transformación continua de las instituciones y el papel activo que los individuos tienen en esta. El neo-institucionalismo trato de aliviar estas grandes falencias otorgando y especificando la agencia de los individuos y la forma en cómo el uso del poder actúa dentro de las instituciones, y en nuestro caso en específico, en la formación de las normas jurídicas.

La complejidad de las normas jurídicas contemporánea ha requerido la necesidad de imponer a instituciones específicas que encargarse por sí mismos de la forma en cómo las normas irá mutando y posicionándose según su tiempo y lugar. En el caso Colombiano, desde la constitución de 1991 existe una rama del poder público que se encarga a través de sus

organismos de administrar la justicia. Uno de estos organismos es el Consejo de Estado que como tribunal supremo encargado de lo contencioso administrativo puede ser una importante muestra representativa de cómo se transforman las normas jurídicas y como la voluntad política tiene bastante que ver en cómo se forja y estructura la voluntad social por medio de la voluntad de los individuos.

Para finalizar, el Consejo de Estado es una institución que está forjada por profundos interés políticos y por ende puede ser un objeto de un estudio relevante para entender la transformación normativa. El neo institucionalismo puede ayudar a encontrar la forma en cómo los interés políticos se traducen por medio de la institución legal en la formación social. Es labor del presente trabajo demostrar cómo esta perspectiva es relevante para el estudio del Consejo de Estado como representante y forjador de las normas jurídicas cambiantes por intereses políticamente conflictivos propios de una sociedad políticamente organizada.

Se concluye la utilidad del enfoque neo institucional al analizar con el mismo la función nominadora del Consejo de Estado, utilizando este enfoque novedoso se hacen evidentes mas variables que son puestas en consideración, y que el diseño institucional va a preverlas de ante mano y por lo tanto anticipará los conflictos de intereses que se pueden presentar entre los agentes que conforman la institución o que pueden influir en ella exteriormente, frente a la función nominadora se observará que con un diseño institucional correcto, gracias a la utilización del neo institucionalismo, las falencias mencionadas serán eliminadas y la institución, en este caso el Consejo de Estado, funcionará correctamente.

4.2 Conclusiones Específicas

- 1.** Creemos que esta potestad de nominación que el constituyente le ha otorgado al Consejo de Estado tiene bastantes inconvenientes el principal es la influencia de

carácter personal y los intereses de carácter político que suelen cobrar relevancia al momento de la escogencia del candidato que han de nominar a procurador, magistrado de la corte constitucional y contralor. Tal vez sería más conveniente y sano que se le quitara esta potestad nominadora al los concejeros de estado, y de esta manera evitar los compromisos que generan corrupción al interior de las instituciones que se ven afectadas por las decisiones de los concejeros de estado en el cumplimiento de esta función.

2. La facultad de nominación que desempeña el Consejo de Estado en muchas ocasiones ha permitido que se nominen personas por favoritismos, amistad, cambio de favores o influencias de diversa naturaleza, a ocupar estos cargos que deberían llenarse con personas que ganen en meritocracia y no en influencias. También se busca acabar con lo que algunos han denominado el “carrusel judicial”.

3. Lo más técnico sería que se le eliminara la función nominadora al Consejo de Estado y para llenar este vacío, las personas que han de ocupar estos cargos sean ternadas por un órgano o poder diferente al judicial, para que de esta manera la justicia no intervenga en la elección de funcionarios a los que con posterioridad tendrá que afectar con sus decisiones, comprometiendo la independencia de sus fallos.

BIBLIOGRAFIA

1. Durkheim, Emile. (1990). Las Reglas del Método Sociológico. Buenos Aires: Centro editor de América Latina.
2. Duverger, M. (1970). Instituciones políticas y derecho constitucional. Barcelona: Ediciones Ariel.
3. Gil Neira, L (Septiembre de 5 de 2014)¿Crisis de la justicia o de toda la administración pública?. *Revista alma mater*. Recuperado el 13 de septiembre de 2014, en <http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaAlmaMater/secciones/analisis/2013/025497729557570AE05018C83D1F4B2E>
4. González, C, G. Fundamentos constitucionales del derecho administrativo en la constitución de 1991. 1994 – Colombia. Librería doctrina y ley, Bogotá, Colombia.
5. Gómez, N, P. El Consejo de Estado 1934 –Colombia. Imprenta Nacional, Bogotá, Colombia.
6. Hegel, G. W. F. (2012). Principios de la filosofía del derecho. PenguinRandomHouse Grupo Editorial Argentina.
7. Hurta Ochoa, C. (Septiembre- Diciembre 2000) constitución y diseño institucional. *Boletín comparado de Derecho Mexicano*. Recuperado el 13 de septiembre de 2014, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoComparado/numero/99/art/art3.htm>
8. La Torre, Massimo. (2006). TEORIAS INSTITUCIONALISTAS DEL DERECHO (ESBOZO DE UNA VOZ DE ENCICLOPEDIA). DERECHOS Y LIBERTADES Pp. 103-112, (14), 103–112.
9. Lino Rodríguez, A. B. (1972). La teoría de la institución. *Revista de Información Legislativa*, 9(36),

10. Lino Rodríguez, A. B. (1981). El pensamiento institucional de Santi Romano. In Filosofía del derecho y problemas de filosofía social. Memoria del X Congreso Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (Vol. 4).
11. Lozada Lora, R., & Casas Casas, A. (2008). Enfoques para el análisis político: historia, epistemología y perspectivas de la ciencia política. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales.
12. March, J. G., & Olsen, J. P. (1984). The new institutionalism: organizational factors in political life. The American Political Science Review.
13. March, James, & Olsen, Johan. (1989). Rediscovering Institutions—The Organizational Basis of Politics.
14. Peters, B. G. (2003). El nuevo institucionalismo: la teoría institucional en ciencia política. Gedisa.
15. Polo, F, J. Elementos del derecho administrativo 2001 – Colombia. Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia.
16. R.W.A. Rhodes. (1997). El institucionalismo. In Teoría y métodos de la ciencia política. Alianza Madrid.
17. Rivas Leone, José Antonio. (2003). El neoinstitucionalismo y la revalorización de las instituciones. Reflexión Política, 9.
18. Rodríguez, R, L. Derecho administrativo general y colombiano 2011- Colombia. Editorial TEMIS, Bogotá, Colombia.
19. Rousseau, J. J. (2007). Contrato social. Editorial Espasa Calpe.
20. Vélez, G, J. los dos sistemas del derecho administrativo en Colombia 1996 – Colombia. Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia.
21. Título VIII. De la Rama Judicial. (1991). In Constitución Política de Colombia de 1991.

22. Colombres, G. R. (1964). Curso de derecho societario: parte general. Abeledo-Perrot.
Retrieved from recuperado en,
http://www.derechocomercial.edu.uy/ClaseComercial16B.htm#_ftnref2
23. Foucault, Michel. (1983). Historia de la sexualidad: el uso de los placeres (Vols. 1-III, Vol. I). Mexico: Siglo XXI editores.
24. GC. Gaceta Constitucional. 1991. Diario de la asamblea nacional constituyente de 1991-Numero 38. Colombia: Imprenta Nacional.
25. GC. Gaceta Constitucional. 1991. Diario de la asamblea nacional constituyente de 1991-Numero 59. Colombia: Imprenta Nacional.
26. GC. Gaceta Constitucional. 1991. Diario de la asamblea nacional constituyente de 1991-Numero 53. Colombia: Imprenta Nacional.
27. GC. Gaceta Constitucional. 1991. Diario de la asamblea nacional constituyente de 1991-Numero 137. Colombia: Imprenta Nacional.