

Información Importante

La Universidad Santo Tomás, informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del catálogo en línea, página web y Repositorio Institucional del CRAI-USTA, así como en las redes sociales y demás sitios web de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan **finalidad académica**, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor, nunca para usos comerciales.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, la Universidad Santo Tomás informa que “los derechos morales sobre documento son propiedad de los autores, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.”

**Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación, CRAI-USTA
Universidad Santo Tomás, Bucaramanga**

Elección del personero municipal en el marco de la ley 1551 de 2012.

“Un nuevo modelo de democracia”

Patricia Hernández Tarazona

Trabajo de grado para optar por el título de Magister en Derecho

Directora.

Eva del Pilar Plata Sarmiento

Maestría en Derecho

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

División de Ciencias Humanas

Facultad de Derecho

2019

Dedicatoria

A todas las mentes inquietas que a cada segundo de su
existencia buscan el conocimiento de las cosas
con el fin de contribuir con su verdad

Agradecimientos

La autora expresa sus agradecimientos a:

Doctora Eva del Pilar Plata Sarmiento, directora de tesis, por toda su colaboración, apoyo y disponibilidad en la realización del proyecto

A todos los profesores de metodología de la investigación por sus asesorías y orientaciones metodológicas

A todos y cada uno, cuyas ideas y conocimientos aportaron, enriqueciendo y haciendo posible la presente investigación.

Tabla de Contenido

Introducción	12
1. Modelos de Democracia en Colombia a partir de la Constitución de 1886 en relación con la Elección del Personero Municipal	15
1.1 La Democracia en la Constitución de 1886.....	15
1.1.1 Preámbulo.	15
1.1.2. Antecedentes constitucionales de democracia.	18
1.1.3 El Período de La Regeneración.....	30
1.1.4. La democracia en el texto constitucional de 1886.	32
1.2 La Asamblea Nacional Constituyente y su injerencia en el modelo de democracia a adoptar en la Constitución de 1991.....	35
1.3 La democracia en la dogmática de la Constitución.	37
1.3.1. Visión de democracia en el Preámbulo.....	38
1.3.2. Formas de organización democrática en la Constitución de 1991.....	40
1.4 Democracia en relación con la elección del Personero Municipal.....	43
2. Formas de la democracia:	48
2.1. Democracia y Constitución.....	48
2.2 El Concepto Clásico de la democracia en Grecia.	49
2.3 Democracia y Constitución. Una Definición de la Democracia Constitucional o Constitucionalismo Democrático.....	54

2.4. Democracia Procedimental	60
2.5. Democracia Representativa	65
2.6. Democracia Participativa	70
2.7. Democracia deliberativa.	74
2.8. Democracia Social.	77
2.8.1 Democracia Sustancial o Sustantiva.	79
3. El personero municipal en la democracia colombiana	82
3.1. El Personero Municipal en el ordenamiento jurídico colombiano a través de su historia.	83
3.1.1. Los antecedentes de la Personería Pública y el Ministerio Público en Colombia, a través de su constitucionalismo.....	84
3.1.2 La Personería Municipal y el Ministerio Público en Colombia como garante de los derechos humanos y La ética Pública.	89
3.2. Papel del personero municipal en el Estado Colombiano y en la Estructura Jurídica del mismo.	92
3.2.1 El Personero Municipal como órgano de Control y Vigilancia ética en el sistema democrático colombiano.....	94
3.3. Cambio normativo en la elección del personero municipal.....	97
3.3.1. Necesidad del Cambio Normativo en la Elección de Personero Municipal en Colombia en concordancia con los principios de la función pública.	99
3.3.2. Principios de la nueva estructura Electoral en el Sistema de Elección de Personero Municipal.	100

3.3.3. La Transparencia como uno de los componentes necesarios de la Democracia.....	102
4. Conclusiones	103
Referencias.....	112

Resumen

Hasta la entrada en vigencia de la ley 1551 de 2012, el personero municipal era elegido por los Concejos Municipales, de manera libre y en ejercicio de la facultad otorgada por los electores, materializando plenamente la democracia representativa. Con ocasión de la expedición de la ley 1551 de 2012, el legislador decidió que la elección del personero se realizaría por concurso de méritos, cambiando la concepción que hasta ese momento se tenía como aplicación de la democracia representativa en esta elección; ante esto, la Corte Constitucional manifestó la conformidad de la ley 1551 con la constitución y planteó la existencia y concreción de otros tipos de democracia como aplicables a esta nueva forma de elección de personero municipal.

La presente tesis tiene como objetivo determinar el modelo de democracia que se establece en la elección del personero municipal por concurso de méritos a fin de dar respuesta al proceso avalado por la Corte Constitucional en relación con este procedimiento.

Por tanto, partiendo de la descripción y análisis de la norma constitucional y bajo la interpretación sistemática de la ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se realizó un trabajo analítico, ya que de esta manera prevalece la observación crítico – lógica de las instituciones democráticas que irrigan el nuevo sistema de elección de los personeros municipales.

Para la Corte Constitucional, el modelo de democracia en la elección de personero municipal por concurso de méritos es una práctica de la democracia participativa, deliberativa y sustancial, sin embargo se considera que esta elección por meritocracia introduce un nuevo tipo de democracia; abierta y en permanente construcción, ya que se basa en dos pilares dinámicos, que son la vigilancia sobre los bienes públicos de carácter material e inmaterial, además de los derechos humanos y el buen andar de la administración. Permite la vigilancia de la ciudadanía y que los más

capacitados puedan acceder a la administración pública, en cargos donde más idoneidad se necesita. Por lo cual, a diferencia de lo que se consideraba en el fallo de la Corte Constitucional, esta democracia corresponde a un tipo más abierto y en continua construcción, no se sujeta a las categorías relacionadas en la Corte, sino que se evidencia un fenómeno que no se había evidenciado; que la democracia es una construcción continua y dinámica, que se basa en procesos que son igualmente continuos y dinámicos. Así, si el nuevo tipo de democracia se basa en los principios de igualdad material y la libertad concreta, se entiende que estas son dinámicas y están atadas al buen funcionamiento del Estado y a la protección y nacimiento de los derechos humanos, tanto existentes como los que están por venir.

Palabras clave: Democracia Representativa, Democracia Participativa, Democracia Deliberativa, Democracia Sustancial, Derechos Humanos, Moralidad Administrativa, Dignidad Humana, Ética Pública, Pluralismo.

Abstract

Until the entry into force of Law 1551 of 2012, the municipal representative was elected by the Municipal Councils, freely and in exercise of the faculty granted by the electors, fully materializing representative democracy. On the occasion of the issuance of Law 1551 of 2012, the legislator decided that the representative election was conducted by contest of merits, changing the conception that until that moment was thought as an application of the representative democracy in this election, given this, the Constitutional Court manifested the conformity of law 1551 with the constitution and proposed the existence and concretion of other types of democracy as applicable to this new form of election of municipal representative.

The present thesis objective is to determinate the model of democracy that is established in the election of the municipal representative by merit contest in order to respond to the process endorsed by the Constitutional Court in relation to this procedure.

Therefore, based on the description and analysis of the constitutional norm and under the systemic interpretation of the law and jurisprudence of the Constitutional Court, and analytic work was performed, since in this way the critical-logic observation of the democratic institutions that irrigate the new municipal representative election system prevails.

For the Constitutional Court, the democracy model in the municipal representative election by merit contest is a practice of the participatory, deliberative and substantial democracy; however, it is considered that this election by meritocracy introduces a new type of democracy ; open and in permanent construction, since it is based on two dynamic pillars, which are the surveillance of public goods of material and immaterial nature as well as human rights and good governance. It allows the citizenship surveillance and that the most qualified can access the public administration,

in positions where more suitability is needed. Hence, unlike what was considered in the ruling of the Constitutional Court, this democracy corresponds to a more open type and in continuous construction, that is not subject to the related categories in the Court, but it is evidenced as a phenomenon not observed before; that the democracy is a continuous and dynamic construction; which is based on process that are equally continuous and dynamic. Thus, if the new type of democracy is based on the principles of material equality and concrete freedom, it is understood that these are dynamic and are bound to the proper functioning of the State and the protection and birth of human rights, both existing and those that are about to come.

Keywords: Representative Democracy, Participatory Democracy, Deliberative Democracy, Substantial Democracy, Human Rights, Administrative Morality, Human Dignity, Public Ethics, Pluralism.

Introducción

¿Cuál es el modelo de democracia que impera en la elección del personero municipal por concurso de méritos? Es la pregunta que da nacimiento a esta tesina, cuestionamiento que no es fácil, pues a simple vista podría verse que el modelo de democracia relacionado con esta forma de elección no es más que una aplicación de la democracia representativa indirecta, propia de los Estados liberales que fueron construyéndose con el paulatino ascenso de la Burguesía en países como Francia e Inglaterra y que se consolidaron en el siglo XIX.

Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla, a tal punto que se intentará demostrar que la elección del Personero Municipal por concurso de méritos constituye un nuevo modelo de democracia, que va más allá de la democracia representativa; porque a partir de la Constitución de 1991 se derivan nuevos modelos de democracia o mejor, hay conjunción de modelos democráticos, la mayoría derivados de la democracia directa; dichos modelos no se agotan en los mecanismos electorales sino que traen una democracia que se cimienta en el respeto de los derechos humanos, la defensa del Estado Social y Democrático de Derecho y la protección de la moralidad administrativa y la ética de la función pública, que de hecho es lo que se considera es el mecanismo que trae o muestra el concurso de méritos.

Esta tesina cuenta con un propósito, que es el de probar o determinar qué modelo de democracia se establece en la elección del personero municipal por concurso de méritos, con dicha idea la hipótesis a cumplir sería determinar que la democracia que se establece es de tipo mixta, sustancial, directa y deliberativa, y se busca con la misma dar respuesta a los cuestionamientos que dejó la Corte Constitucional sobre el objeto de estudio.

En tal sentido el diseño del trabajo se orienta, en primer lugar a identificar cuáles son los modelos de democracia que se han desarrollado en el Derecho Colombiano a partir de la evolución de esta institución, en segundo lugar a determinar los argumentos aportados por la Corte Constitucional frente a la evolución del concepto de democracia en el Derecho Colombiano, y por último a establecer dentro de qué modelos de democracia se ubica la elección del personero municipal por concurso de méritos en el Derecho Colombiano.

Respecto a las actividades ya enunciadas la presente investigación estará desarrollada metodológicamente a partir de los conceptos epistemológicos que trae la Constitución Política, y tiene como punto de partida la identificación del concepto de democracia mencionado su preámbulo de la Constitución. Posterior a ello se estudiará y analizará cómo el máximo tribunal constitucional en Colombia ha desarrollado el concepto de democracia para los diversos efectos y en los distintos sentidos que pueda ser estudiado de acuerdo con la figura y tesis jurídica que se trate. Esto hace que la investigación sea normativa - sistemática, con contenido filosófico. Se toma en cuenta las normas como uno de los pilares de la investigación en Derecho, pero también los principios subyacentes a la teoría general del Estado Social de Derecho y a lo relacionado con el tema de la democracia.

Por tanto, partiendo de la descripción y análisis de la norma constitucional y bajo la interpretación sistemática de la ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, tanto en su rol como protectora de los derechos fundamentales como en su labor de vigilante de la Carta Política, se realizará un trabajo analítico, ya que de esta manera prevalece la observación crítica – lógica de las instituciones democráticas que irrigan el nuevo sistema de elección de los personeros municipales.

En el documento presente se encontrará un recorrido por la democracia colombiana, presentando diferentes momentos de la historia y desarrollo constitucional de la misma, haciendo énfasis en las restricciones a los derechos de quienes son llamados ciudadanos, y a su vez en la forma cómo la práctica de los derechos ha enriquecido el concepto de democracia.

Bajo esta referencia se mostrarán las vertientes filosóficas que han irradiado la democracia colombiana, resaltando las diferencias y similitudes entre la democracia clásica, liberal, social, participativa, procedimental, la sustantiva y la deliberativa. Pero también se profundiza acerca de cómo la conjunción de todas exige una nueva mentalidad para concebir la democracia en su significado actual frente al tema objeto de estudio.

Todo ello con la intención de mostrar la construcción conceptual de derechos en el país, lo cual ha llevado a implementar la figura del personero municipal, quien es el encargado de garantizar la defensa de dichos derechos de los ciudadanos y de la hacienda pública municipal.

Por último, se intentará probar cómo la nueva forma de elección de personero municipal es una práctica de la democracia participativa, deliberativa y sustancial, conforme las reglas de los principios de la moralidad administrativa y los valores derivados de la dignidad humana.

1. Modelos de Democracia en Colombia a partir de la Constitución de 1886 en relación con la Elección del Personero Municipal

1.1 La Democracia en la Constitución de 1886

La democracia en Colombia es un fenómeno social y político que no ha sido estático sino dinámico, su propio desarrollo significa que las instituciones que la acompañan siguen en continuo cambio, por eso de un paralelo entre la constitución de 1886 y la actual, la figura del personero municipal ha sufrido varias transformaciones. Por lo cual el contenido de este capítulo consistirá en identificar los modelos de democracia que han permitido el desarrollo de la institución del personero municipal, y cómo estos modelos han traído una modernización en el derecho de la participación democrática.

1.1.1 Preámbulo. Para efectos de lograr confirmar o desvirtuar la hipótesis sobre un nuevo modelo de democracia en Colombia, es indispensable tener un asomo de definición de esta y de la evolución del mismo concepto, para relacionarlo con la forma en que nuestras constituciones han plasmado la democracia en su articulado y en el ejercicio mismo de la dinámica estatal.

En la época moderna se tiene como concepción mayoritaria de la democracia, una forma de tomar decisiones públicas que recae en el poder de la mayoría de los miembros del pueblo, el cual se ejerce mediante el voto. Su conceptualización más profunda proviene de Abraham Lincoln cuando sostuvo que es el gobierno del pueblo, para el pueblo y por el pueblo (Roa, 2005).

Teniendo en cuenta la definición de la Real Academia Española de la lengua de la palabra democracia, se tiene que los componentes mínimos de esta son: Que en el manejo del gobierno haya ejercicio del poder ciudadano, soberanía popular ejercida por los representantes o

directamente, la igualdad de los derechos individuales, toma universal de decisiones y respeto a las creencias ajenas y la diversidad étnica (Real Academia Española, 2017).

En el absolutismo real de Francia de 1789, el concepto de democracia tenía como función la limitación del poder; por lo que sería un claro sofisma decir que, en virtud de la democracia, entendida como hoy se hace, la nación y sus representantes ejercían el poder, pues en ese momento histórico solo como finalidad fundamental la limitación del poder del monarca.

Posteriormente, cuando el pueblo toma el poder, por lo menos en las circunstancias de los antecesores políticos franceses, la democracia se torna en sistema de explicación y de justificación del poder, por lo tanto, el poder ejercido por el propio pueblo no tenía restricción alguna. Es así como, revisando la función de la Convención¹, ésta nació autoritaria y dictatorial pues no existían límites para el ejercicio democrático del poder, según esta nueva concepción de democracia. (Hauriou, 1980).

De acuerdo con lo anterior es importante ratificar que el concepto de democracia está seriamente vinculado al concepto de libertad individual y libertad colectiva; si la libertad individual es la posibilidad de cada persona de decidir sin limitaciones exteriores, la libertad colectiva es el poder en cabeza de las conductas colectivas y de la decisión de las masas. (Hauriou, 1980). De acuerdo con ello, podría no coincidir la libertad individual con la libertad colectiva y se ocasionaría un concepto de democracia liberal donde se acepta la pluralidad de opciones y decisiones, pero se acoge la decisión de la mayoría y en este caso solo existe el compromiso de la mayoría con la minoría o del Estado, compromiso que vuelve a ser una limitación del poder de la mayoría en la preservación de sus libertades individuales. (Hauriou, 1980)

¹ Asamblea constituyente conformada en la revolución francesa, que ejercía poderes propios del ejecutivo y del legislativo. Posteriormente ésta delega el poder ejecutivo en el comité de salud pública.

Es ese mismo orden de ideas, la democracia va ligada al concepto de libertad, pero también al concepto de igualdad tal y como se estableció en los principios de la misma revolución francesa de “igualdad y libertad”. En la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano promulgada por la asamblea constituyente francesa de 1789, se menciona en su artículo 1º: la igualdad frente a la ley y la fundación de la utilidad pública con respecto a la concesión de cargos y honores. (Democracia Participativa, Participatory Democracy, s.f.).

Anterior a la Revolución Francesa, ya el acta de independencia de los Estados Unidos tenía como verdad irrefutable la igualdad, cuyo texto menciona: que todos los hombres son creados por dios con la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad, pero, como tales (hombres) no se tenían a los esclavos y la igualdad no pasaba de la jurídica Declaración de independencia de los Estados Unidos de América – En: (Estados Unidos de América).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la asamblea general de las Naciones Unidas, en el año 1948, sienta firmemente como base de los derechos humanos la libertad y la igualdad y en su artículo primero indica: “Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”

Corolario de todo lo anterior se presenta un concepto avanzado de democracia y de sus elementos fundantes que son la libertad y la igualdad y con base en estos elementos y en lo que se ha esbozado sobre democracia se desarrollan

También se debe tener presente que el tipo de democracia existente en los antecedentes y en la misma constitución de 1886, es una democracia de tendencia indirecta, una vez con tendencias más liberales y otra más conservadoras, donde son las mayorías, mediante el poder ejercido con el voto quienes toman las decisiones de quiénes van a ejercer los cargos de poder político, no significa

que no fuera un tipo de democracia, sin embargo hubo periodos que esta democracia se restringía, ya que se suspendían continuamente los derechos de los ciudadanos por medio del Estado de Excepción de artículo 121 el cual suspendía el ejercicio de los derechos (Sierra, Sierra, & Zapata, 2014).

1.1.2. Antecedentes constitucionales de democracia. Para establecer el tipo de democracia existente en Colombia, partimos de la definición de esta, tomándola como “forma de gobierno en la que el poder político es ejercido por los ciudadanos,” para ubicarla en la Constitución de 1886 y en la organización política y constituciones que le sirvieron de antecedentes.

1.1.2.1 La patria boba. Luego de la independencia de nuestra nación en 1810, se inicia un período conocido como la patria boba; desde este período comienza poco a poco la creación y construcción de las instituciones políticas liberales clásicas basadas en la existencia de una democracia, unas veces entendida como ejercicio de poder soberano del pueblo y catalogada como representativa, otras veces como limitante de poderes del Estado. Es así como a manera de ejemplo, en 1811 la provincia de Cundinamarca se enfrenta a la promulgación de su propia constitución, y primera en la cual, en su título III se determina que la provincia de Cundinamarca se convierte en una monarquía constitucional, limitado el poder soberano y ejecutivo por las leyes y la representación legislativa nacional, aceptando a su vez la autoridad del Rey Fernando VII. (Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, s.f.)

De tal forma que esta Constitución le otorga soberanía al pueblo de Cundinamarca y con ello hace democrática la provincia, pero el sentido de democracia tomado en esta Constitución no es la democracia liberal que conceptualizamos sino una democracia surgida en el absolutismo para

limitar los poderes del soberano. Por otro lado, desde 1812 a 1815 las elecciones se realizaban aparentemente de manera popular y libre solo por los ciudadanos; ahora bien, la caracterización de ciudadano mirada con los cánones de la democracia actual rompe con el principio de igualdad entre todos los habitantes del territorio pues todos no podían votar, pues las calidades exigidas para hacer uso de este derecho, era ser varón mayor de 25 años, padre de familia que vivía de su renta o de su ocupación y no podía ser esclavo. (Registraduría Nacional del Estado Civil, s.f), lo que sin embargo no hace que la democracia no existiera, sino que no estaba lo suficientemente avanzada, por lo menos tal y como se conoce hoy día.

En esta primera constitución, los ciudadanos podían elegir en el sentido de señalar a sus representantes para que éstos a su vez tomaran las decisiones en cuanto a elección y ejercicio de poder político, la votación era indirecta pues los electores o apoderados elegían en sus provincias a los diputados que elegían a las Cortes; en donde se elegían por mayorías calificadas a presidente, vicepresidentes y senadores (Registraduría Nacional del Estado Civil, s.f.).

Este era un sistema electoral basado en el voto indirecto y público y, al menos teóricamente, voto universal, pero de acuerdo a lo que hemos señalado, la característica de universalidad era solo teórica. La otra parte de la democracia es la libertad e igualdad para acceder al poder público, al mentado gobierno de todos; sin embargo, la capacidad para ser elegido como miembro de los órganos de gobierno, también se encontraba restringido para los calificados como ciudadanos conforme a lo determinado por el artículo 14 que excluye a los dementes, sordomudos, lisiados, los deudores, vagos, sirvientes domésticos, los opositores a la libertad americana y consiguiente transformación del Gobierno (Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, s.f.)

En la constitución de Tunja de 1811, se establece en su sección preliminar, capítulo primero, artículo 18, que la soberanía reside en el pueblo, lo cual la coloca en la vía de una democracia

liberal; que la universidad de los ciudadanos constituye el pueblo soberano (art. 19) y corresponde a estos ciudadanos el ejercicio de la soberanía entendido como la facultad de dictar y ejecutar leyes (artículo 20); agrega que ninguna persona puede ejercer autoridad sin delegación de los ciudadanos (Art. 21) y confirma las elecciones como libres y destinadas a todos los ciudadanos para que concurran “mediata o inmediatamente a la formación de las leyes, al nombramiento de los representantes o funcionarios públicos (art. 23) (Rodríguez, 2015).

En el capítulo 4 de la misma sección de la constitución, se determina que el gobierno de Tunja será popular y representativo, con lo cual se confirma la organización del gobierno como una democracia representativa pero indirecta pues en la sección primera, capítulo primero de la Constitución se establece que los representantes del poder legislativo serán elegidos por un congreso (sic) electoral. Para la elección de este colegio electoral, podían votar todos los ciudadanos mayores de 15 años, que tuviesen un oficio honesto y que no tuviesen las tachas señaladas para los representantes, cuáles son las enumeradas en el artículo 7º sección primera de la Constitución: menor de veinte años, mendigo o pordiosero, el loco, el sordo, el mudo, el demente, el fatuo, el ebrio, el deudor declarado moroso al tesoro público el perjurio, el falsario de monedas o firmas, el que haya cometido cohecho o intriga en las elecciones de los pueblos (Rodríguez, 2015).

Respecto de la soberanía ejercida por los ciudadanos en los cargos públicos, este asomo de igualdad en el que se fundamenta la democracia tiene una limitación que contradice el principio pues solo podían ser parte de la sala de representantes del poder legislativo, quienes tuvieran residencia en la provincia de Tunja, por lo menos un año atrás de su elección, veinte años de edad y un oficio honesto que permitiera su mantenimiento de manera independiente (art. 5, sección primera); para ser miembro del senado, el otro cuerpo legislativo, se necesitaba tener treinta y

cinco años, tener la propiedad de dos mil pesos o dar fianza de que respondería por ellos (Rodríguez, 2015).

La ciudadanía se hallaba restringida a una fracción muy pequeña de la población debido a las calidades exigidas para hacer uso de este derecho, que para la época era la de ser varón, mayor de 25 años, padres de familia que vivían de su renta o de su ocupación y no podían ser esclavos (Registraduría Nacional del Estado Civil, s.f.).

Con este somero análisis de dos de las Constituciones de la época denominada como patria boba, podemos concluir que aunque se declaró la existencia de una democracia, esta, por medio de la Constitución promulgada, solo tenía como finalidad la limitación de los poderes del rey como en el caso de la constitución de Cundinamarca, también se declara democracia representativa con un sufragio indirecto y público, además de restringido con apreciaciones como las condiciones de oficio honesto o su propio mantenimiento para excluir personas con poder para votar. Lo anterior permite afirmar que siempre ha existido la democracia en Colombia pero que esta debe ser estudiada a la luz de la situación que vivía el país para el momento en que se va a revisar, de ahí que se persiga precisar y generar en el lector la ubicación geográfica y jurídica respecto del proceso democrático en Colombia.

1.1.2.2. Constitución de 1830. En la Constitución de la República de Colombia del año 1830 ya no se encuentra la mención del rey de España sino por el contrario, se reconoce en el pueblo y la nación colombiana la soberanía y por lo tanto la democracia como limitación del poder absolutista se termina para dar pleno apogeo a la democracia como gobierno del pueblo soberano. En el artículo 12 de la constitución de 1830 se ratifica la igualdad legal de todos los colombianos y en el artículo 13 les otorga derecho a todos los colombianos para elegir y ser elegidos, bajo la

condición de estar gozando de los derechos ciudadanos. Todo esto denota la existencia de una democracia en su sentido amplio y ancestral, donde la libertad y la igualdad para elegir y ser elegido forma parte esencial y donde el voto universal toma su puesto como forma de calificación de las mayorías; sin embargo, para ejercer los derechos de ciudadano y el derecho a elegir y ser elegido, la misma constitución en su artículo 14 establece ciertos requisitos como: ser casado o mayor de 21 años; saber leer y escribir; tener una propiedad raíz de valor de trescientos pesos cuando menos o; ejercer una profesión u oficio que genere por lo menos ciento cincuenta pesos, sin que se esté subordinado a otro en calidad de sirviente, jornalero o doméstico (Colombia. Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa, 1830).

Además de lo anterior, en ésta constitución se estableció una democracia representativa ² indirecta en la que los ciudadanos elegían un cuerpo electoral o asamblea electoral que a su vez tenía la función de elegir presidente de la República, vicepresidente, senador de la provincia y su suplente, representantes de la provincia y diputados para la cámara de distrito y su suplente; y para ser elegido parte de ese cuerpo electoral se requería ser ciudadano de 25 años, ser sufragante no suspenso, ser vecino de la parroquia donde se elige cuerpo electoral y gozar de una propiedad raíz de valor de mil quinientos pesos o una renta anual de doscientos pesos que provenga de bienes raíces, o renta de trescientos pesos que provengan del ejercicio de profesión que requiera grado científico, u oficio o industria útil y decorosa o un sueldo de cuatrocientos pesos (Artículo 22 y 27

² “La expresión «democracia representativa» significa, genéricamente, que las deliberaciones colectivas, o sea, las deliberaciones que afectan a toda la comunidad son tomadas no directamente por aquellos que forman parte de la misma, sino por personas elegidas para tal propósito.” (Bobbio, 1984) Bobbio considera absurdo concebir que en nuestra época pudiese existir una democracia directa si se toma como definición de democracia directa la participación de todos los ciudadanos en todas las decisiones. En su texto citando a Rousseau menciona que este tipo de democracia funcionaba adecuadamente en la ciudad estado, y para que actualmente se cumpliera debería cumplir con varias condiciones como ser un Estado muy pequeño en “el que al pueblo le sea fácil reunirse y cada ciudadano pueda conocer fácilmente a todos los demás; en segundo lugar, una gran sencillez de costumbres, que impida la multiplicación de los negocios y las discusiones espinosas; además, una gran igualdad de condiciones y de fortunas; finalmente, poco o ningún lujo” (Bobbio, 1984)

Constitución de la Republica de Colombia de 1830. Tomado de Biblioteca virtual de Banco de la República (Colombia. Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa, 1830).

Como punto de partida importante para el seguimiento a los personeros y su forma de nombramiento, cabe anotar que en el artículo 100 de la constitución de 1830, fue creada la figura del Ministerio Público como agente del poder ejecutivo con el objetivo de defender los intereses de la nación y el orden público, ante autoridades civiles, eclesiásticas y militares. (Artículo 100 Constitución de la Republica de Colombia de 1830 (Colombia. Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa, 1830).

El aporte de sistema democrático aun es débil en la Constitución de 1830, pues sigue sin salirse de la teoría la soberanía en los habitantes del territorio y el poder en todos estos, pues en la realidad la democracia ejercida por el voto y el ejercicio de cargos públicos se encontraba seriamente limitado, en determinadas ocasiones por los privilegios económicos que el ciudadano o elector tuviese y sin los cuales, el ejercicio de la democracia materializado en el poder universal de sufragar, quebraba el principio de igualdad que hemos señalado como esencial para el funcionamiento de la democracia.

1.1.2.3 Constituciones de 1832 y 1843. En el año de 1830, Venezuela y Quito (Ecuador) deciden separarse de la Nueva granada y en el mes de marzo de 1832 se promulgó la Constitución del Estado de la Nueva Granada, que ratificó la tendencia de las anteriores, en cuanto a la consideración de nacionales que podían ejercer el derecho al voto, de la cual excluye a la mayor parte de la población que eran los esclavos. “En esta Constitución, para poder ejercer el derecho al voto no bastaba con ser ciudadano, pues se necesitaba ser un hombre mayor de edad, es decir

mayor de veintiún años, ser casado y poseer propiedades” (Subgerencia Cultural del Banco de la República, 2015).

Esta constitución también siguió planteando la organización política como una democracia indirecta pues los vecinos de las parroquias y cantones³ eran quienes nombraban a las asambleas electorales y estos a su vez elegían a presidente, vicepresidente, senadores y representantes, diputados y demás elecciones asignadas por ley. (Artículos 16 a 26, Constitución del Estado de la Nueva Granada) (Subgerencia Cultural del Banco de la República, 2015).

En el año de 1843 se redactó una nueva Constitución, la cual, en relación con la cuestión de la ciudadanía y de la función electoral, le dio continuidad a la noción de esclavitud y declaró como ciudadanos únicamente a los hombres libres nacidos en el territorio, pero tan sólo concedió el derecho a participar en los procesos electorales a aquellos hombres libres mayores de veintiún años que fuesen dueños de bienes raíces localizados en el territorio y cuyo valor fuese de trescientos pesos o que tuviesen una renta anual de ciento cincuenta pesos y haber pagado impuestos. Para ser elector debía ser alfabeto y mayor de veinticinco años o ser casado y ser vecino del cantón (Subgerencia Cultural del Banco de la República, 2015). Como se puede evidenciar, la democracia en esta Constitución de 1843 era representativa e indirecta.

De esta manera aun cuando el Estado en Colombia reconocía la libertad, en especial la que se garantizaba para ejercer los derechos; la limitación para quienes podía ejercer los derechos característicos de la democracia, eran amplios y solía basarse en los privilegios económicos, con lo cual el ejercicio democrático no era completo, sobre todo en cuanto la igualdad en el ejercicio democrático.

³ Los cantones son una subdivisión administrativa. La nueva granada se dividía en 18 provincias, estas a su vez en cantones y los cantones en parroquias. (Constitución del Estado de la Nueva Granada)

1.1.2.4 Constitución de la Nueva Granada de 1853. Como se puede observar en la página del Banco de la República, hasta el año de 1853 tan sólo el 5% de los hombres ejercía el derecho al voto, el otro 95% no participaba del sufragio por razones culturales, económicas o de ciudadanía (Subgerencia del Banco de la República, 2015). La constitución de la nueva granada de 1853 trajo cambios radicales en la organización democrática del país que apuntaron a ampliar el porcentaje de participación en las elecciones. Es así como el artículo 6° de la constitución abolió definitivamente la esclavitud, luego de un proceso gradual que data de 1820, y con ello eliminó una de las grandes limitaciones para ejercer el derecho al voto y por lo tanto limitación para poner en práctica la democracia mediante la ampliación de la categoría de ciudadanos. El artículo 2° y 3° de la Constitución hacían referencia a la definición de granadinos con el fin establecer criterios claros para el ejercicio del derecho al voto y para que instituciones podían ejercerlo, así se hacía viable para elección de presidente, vicepresidente, magistrados de las altas cortes entre otros.

Otra limitación para el ejercicio del derecho al voto asociado a la definición de democracia está en la existencia de población de esclavos negros, quienes para el primer censo de 1778 realizado en la Nueva granada, ascendió a ocho puntos dos por ciento (8.2%) de la población y el crecimiento de la población hasta el año 1825 era de un cero punto nueve por ciento (0.9%). (Archivo documental del periódico El tiempo (El Tiempo, 2009). Con la misma tendencia numérica, en estudio realizado por la división de Edición del Departamento nacional de Estadísticas en 1975, se recopiló información en la que estaba determinado que el censo de esclavos para el año de 1825 en la nueva granada era de 103.892 (Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, 1975, pág. 35); por lo tanto con una tasa de crecimiento cercana al 0,9%, se puede concluir que para el año de promulgación de la constitución de la Nueva Granada de 1853, la población

esclava pudo sobrepasar los ciento veintiocho mil personas que ingresaban al censo electoral a partir de ésta Constitución. La Constitución de la Nueva Granada de 1853 trae cambios importantes, al abolir la esclavitud y extender el derecho al voto a los antiguos esclavos, a quienes se declaran ciudadanos; ahora bien, el derecho al voto se restringe a los varones casados y mayores de edad. El voto se ejerce a partir de ese momento de manera directa y secreta para elegir al presidente y el vicepresidente, los Magistrados de la Corte Suprema, Procurador General, gobernadores, senadores y representantes (Subgerencia Cultural del Banco de la República, 2015)

Además de progresar en el voto “universal”, característico de una democracia liberal, el voto dejó de ser público para tornarse secreto y en sufragio directo, como parte de la democracia representativa directa. “Por su parte la elección de representantes a la Cámara fue indirecta sólo hasta 1852, a través de colegios o asambleas electorales, y ha sido directa desde 1855 hasta hoy (Registraduría Nacional del Estado Civil, s.f.).

1.1.2.5 Constitución de 1858 y 1863. Hacia el año de 1858, se promulgó la Constitución Política para la Confederación Granadina consecuencia de un acuerdo entre el partido liberal y el conservador que estaban en buenas relaciones pues acababan de terminar una lucha conjunta contra la dictadura del General José María Melo (Universidad Santo Tomás, 2016, pág. 51).; en esta constitución, que implantó, aparentemente en forma definitiva el federalismo en nuestro país, se mantenía el derecho al sufragio universal para todos los ciudadanos, que según el artículo 5 de la misma “5o. Son ciudadanos hábiles para elegir o ser elegidos para los puestos públicos de la Confederación, conforme a esta Constitución, los varones granadinos mayores de veintiún años, y los que no teniendo esta edad sean o hayan sido casados (Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2019).

En los años que van de 1859 a 1861, el ejercicio electoral se vio truncado por la guerra, la cual produjo, en 1863, una nueva Constitución en la que el poder central ya no definía las condiciones para un proceso electoral sino que le daba libertad a cada Estado federal para establecer sus leyes, las cuales, en muchos casos, concedían el derecho del sufragio universal únicamente a aquellos hombres que pudiesen demostrar que eran ilustrados (Subgerencia Cultural del Banco de la República, 2015).

Las controversias entre los miembros del partido conservador que apoyaba una organización del estado centralista, y los miembros del partido liberal que defendía el federalismo como organización del Estado, conllevó a la guerra civil entre los años 1860 y 1861⁴. Luego de esta guerra civil, el victorioso Tomas Cipriano de Mosquera, líder del ejército y del partido liberal, creó el ambiente necesario para una nueva constitución que permitiera concretar el federalismo como organización del Estado y finalizar la Revolución Liberal iniciada en 1849.

La Constitución de 1843 era conservadora y las de 1853 y 1858 no eran lo suficientemente liberales. Mediante la Constitución de 1863 o Constitución de Rionegro, proclamada en esa ciudad el 8 de mayo de ese año, se avanzó en la consagración del ideario liberal (Henao, 2013).

⁴ “En abril de 1857 Mariano Ospina Rodríguez se posesionó como el primer presidente elegido por sufragio universal masculino, gracias al apoyo de la Iglesia. Fue elegido para gobernar la Confederación Granadina, singular Estado regido por una Constitución federal, mientras que él y su partido, el conservador, deseaban un Estado centralista. Contra este gobierno, el 18 de abril de 1860 se levantó en armas el gobernador del Estado del Cauca, Tomás Cipriano de Mosquera, para impugnar medidas que se habían tomado sobre el sistema electoral, que, según Mosquera, iban en contra de los principios del federalismo. Auto designado Supremo Director de la Guerra, Mosquera logró el apoyo de otros entes federales y obligó a Ospina a declarar, el 25 de junio de 1860, el estado de guerra. En 1861 las tropas del gobierno fueron vencidas. Como consecuencia de la única derrota que los alzados en armas le propinaron a un gobierno se decidió la desamortización de los bienes de manos muertas, la expulsión de los jesuitas y el establecimiento, el 20 de septiembre de 1861, del Pacto de Unión, que permitió establecer los Estados Unidos de Colombia. Dos años después, en la Convención de Rionegro se aprobó la Constitución de 1863, que recoge los principios sostenidos por el liberalismo radical.” (Zambrano, 2010)

La Constitución de 1863 fue denominada Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia. En esta constitución de tipo federal todos los asuntos de Gobierno cuyo ejercicio no deleguen los Estados expresa, especial y claramente al Gobierno general, son de la exclusiva competencia de los mismos Estados” (Alcaldía Mayor de Bogotá, s.f.).

Frente al tema de la democracia, el artículo 8 de esta Constitución, fija las bases de la democracia al consagrar que los Estados se comprometían a “1. A organizarse conforme a los principios del Gobierno popular, electivo, representativo, alternativo y responsable...”, ratificando esta dirección en el artículo 36 (Alcaldía Mayor de Bogotá, s.f.); y en el artículo 90 se reconocía que la misma Constitución orientaba al Estado a una forma republicana, democrática y federal, argumentos normativos con los que queda claro la institucionalización democrática en esta Constitución de 1863, al menos en teoría.

Como supuesto rasgo democrático, se encuentra en la Constitución de 1863 que el presidente de los Estados Unidos de Colombia era elegido por voto indirecto de los ciudadanos; cada Estado tenía un voto que era definido por quien tuviese la mayoría absoluta de los votos de los ciudadanos del Estado y si no hubiese mayoría lo elegía el Congreso, conforme al artículo 75 (Alcaldía Mayor de Bogotá, s.f.).

Conforme a lo anterior, la democracia representativa, era un principio base del Estado y se encontraba dirigida exclusivamente a la participación de todos los estados en la elección de presidente, pero no puede llamarse una democracia cimentada en la participación directa, popular y representativa de los ciudadanos, lo que excluye la democracia participativa que hoy se tiene.

Adicional a ello, se encontraba excluida de toda posibilidad de participar en la toma de decisiones a los indígenas y es la misma Constitución quien no le otorga ese derecho a pesar de su

ensamble liberal y democrático, pues le dio competencia al Gobierno federal para emitir leyes especiales que los regulara, en forma unilateral (Díaz, s.f.).

La Constitución no contempló ningún mecanismo de participación, directa o indirecta, o medios de representatividad de los ciudadanos en estos órganos de decisión, sino que simplemente delegó en las leyes y gobiernos de cada Estado la implementación y regulación de este aspecto tan importante en la democracia, por lo tanto, podemos concluir que el carácter democrático del Estado bajo la vigencia de la constitución de 1863 era simplemente teórico.

Además, en esta constitución se vuelve a ratificar la existencia y funciones del Ministerio Público en cabeza del Procurador General De La Nación, el cual se ejerce por la Cámara de Representantes: “Artículo 73.- El Ministerio Público se ejerce por la Cámara de Representantes, por un funcionario denominado «Procurador general de la Nación», y por los demás funcionarios que determina la ley”, atribuyéndole como funciones las del artículo 74: Que eran las de cuidar el comportamiento y el cumplimiento de los deberes de los funcionarios públicos y acusar ante el Senado o la Corte Suprema General a los funcionarios que cometieren faltas o delitos. (Alcaldía Mayor de Bogotá, s.f.)

Corroborando lo anterior, El Ministerio Público, aunque emanado del poder legislativo, seguía teniendo su origen indirecto en el contenido de las constituciones y las leyes propias de cada Estado, por lo tanto, su origen democrático es confuso (Díaz, s.f.).

Respecto de la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863, el exmagistrado de la Corte Constitucional, Juan Carlos Henao, ha escrito elogios frente al concepto liberal y federal de esta constitución, que no de su fortaleza democrática: Por lo menos frente a la idea Habermasiana de la inclusión del otro, pero indicando que el país a través de su historia ha podido demostrar que el país no siempre ha sido centralista, confesional y autoritario (Henao J. C., 2013).

1.1.3 El Período de La Regeneración. El período inmediato a la promulgación de la Constitución de 1886 es el que históricamente se ha denominado la Regeneración y que tuvo como preámbulo de consolidación de sus semillas desde el año de 1848 hasta 1885. De este período surgen las ideas de los grandes cambios y transformaciones como época revolucionaria de las ideas políticas, religiosas y de la organización del Estado (Saa, 1984).

Para Saa Velasco, es indispensable revisar el panorama económico existente en los años de 1848 en adelante, para entender este periodo que sirvió de antecedente a la Constitución de 1886; en lo que respecta a la propiedad de la tierra, su concentración es un mal que data de la época de la Colonia y esta etapa no va a ser diferente. Desde la Colonia la superioridad aristocrática y las faenas conquistadoras ocasionan que la tierra sea entregada como premio o como pago a aristócratas o líderes militares, para que sean convertidos en latifundios con el trabajo servil de los nativos que se denominaron encomiendas (Saa, 1984).

Más adelante, luego de 1861, Tomas Cipriano de Mosquera promulgó la ley de desamortización de bienes de manos muertas, que no era otra cosa que la expropiación y pública subasta de bienes que administraba la iglesia y que no se encontraban en el mercado, pues estaban destinadas al cielo. Este proceso no tuvo buen final pues lo que aconteció fue la manipulación de los latifundistas existentes en los procesos de subasta pública para acceder a un mayor número de tierras y por lo tanto llevó a concentrar aún más la riqueza.

Como se mencionó, la constitución de 1863 se caracterizó por grandes transformaciones como la separación entre la Iglesia y el Estado, la descentralización política y económica del país a través de un sistema federal, cada estado miembro tenía su propia constitución y leyes, se dio apertura al libre comercio y al ingreso de capital extranjero, se redujeron los impuestos a las importaciones y

se pasó de una educación confesional a una educación laica; estos cambios fueron originados en la prevalencia del pensamiento liberal en la época, como consecuencia de la llegada al poder del general Tomas Cipriano de Mosquera, como quedo dicho (Monroy, 2012).

La regeneración surgió como respuesta conservadora a los radicales liberales y como oposición a las transformaciones de la constitución de Rionegro de 1863, donde un gran grupo de personas de relevancia política y económica, integrantes de las elites de la sociedad, no estaba conforme con la organización federal ni con la división entre la Iglesia y el Estado.

El año de 1886 marcó el inicio de una nueva etapa en la historia de Colombia, con la redacción de una nueva Constitución, la cual era de índole conservadora y centralista. Constitución que declaró ciudadanos a los hombres colombianos mayores de veintiún años que tuvieran una profesión, oficio o una ocupación lícita y legítima como medio de subsistencia, aunque esto no era suficiente para poder ejercer el derecho al sufragio, pues para poder hacerlo los ciudadanos debían saber leer y escribir y tener ingresos anuales de más de quinientos pesos o propiedades cuyo costo fuese superior a mil quinientos pesos. De esta forma, las elecciones eran indirectas para presidente de la República y senadores, y directas para concejales municipales, diputados a las Asambleas Departamentales y representantes a la Cámara (Subgerencia Cultural del Banco de la República, 2015).

Definitivamente la Constitución de 1886 era de índole conservadora y centralista. Centralista en cuanto señalo como forma de organización la republica unitaria y acabo con el federalismo regente desde la Constitución de 1863 y conservadora en el sentido en que los regeneradores implantaron un ideal de nación en el que se cobijó toda la población con las características propias de los mismos regeneradores o elites políticas. Esta unificación apuntaba al idioma, la religión, la cultura y la educación, para que toda la población tuviese un inconsciente de nación tradicional

donde estos mismos personajes regeneradores, fueran llevados al poder como ejemplo y líderes tradicionales. De este modo “con el proyecto político de La Regeneración y la promulgación de la constitución de 1886 se derrotó y abolió el federalismo para dar inicio a la unificación y centralización del poder en torno al Estado” (Monroy, 2012).

1.1.4. La democracia en el texto constitucional de 1886. El artículo segundo de la constitución de 1886 establecía una democracia y soberanías populares que residían en la Nación central (Art. 2º, C.P. 1886. Colombia), (Real Academia Española, 2017). La soberanía es un concepto acerca de “el poder estatal de tomar decisiones en última instancia, sin sometimiento o consulta a ninguna otra organización” (Pérez, 2009); por lo tanto, cuando la constitución menciona que la soberanía reside en la nación, les otorga a estos plenos poderes para tomar decisiones y ejercer los poderes públicos.

Por otro lado, la nación, para Recasens Siches (1960) se presenta como una “comunidad de vida producida por la historia y no por la naturaleza”, por lo tanto, la nación no es comunidad de lengua ni siquiera lo es exclusivamente la comunidad geográfica, sino adicional a éste, el pasado y destino común, las glorias y penas comunes, y un sinnúmero de aspectos de la vida humana. (Recasens, 1960). De la misma forma el autor trae a colación palabras de Herman Heller (1952) citado por Recasens (1960, p.503) cuando dice que “la nación no presenta por lo general una unidad total de voluntad política, sino que por el contrario suele contener varias direcciones políticas.” Posiblemente este es el concepto de nación al que hace referencia el artículo segundo de la Constitución de 1886; entonces, del texto constitucional se puede concluir que el constituyente de 1886 quiso ratificar la forma democrática de gobierno y de Estado, pues es la nación quien puede decidir, arbitrariamente, como hacerlo.

Sin embargo, hemos analizado que, en constituciones anteriores, aunque teóricamente se proclamaba una forma democrática de ejercer el poder y regularse, en la realidad los elementos de libertad e igualdad no se encontraban plenamente protegidos, hasta el punto de que la democracia se convertía solo en un símbolo tomado de la revolución Francesa.

Se evidencia en la Constitución de 1886, que, aunque se establece una democracia representativa, de carácter directo o indirecto, los principios fundantes de la democracia, de libertad e igualdad aún no se cumplen a cabalidad en esta constitución, pues solo ciertos varones eran quienes tenían el privilegio de elegir mediante el voto. Estas limitaciones al derecho al sufragio rompen con el derecho a la igualdad propio de las democracias, por lo tanto, aunque establecida como democracia representativa, la forma de democracia procedimental⁵ deja serios cuestionamientos de su existencia cabal. En ese tema se puede tomar el concepto de Ferrajoli cuando menciona que la democracia representativa pura sin contenido sustancial representada en la participación y los derechos humanos no es una democracia suficiente (Ferrajoli, 2011).

En lo que respecta al ministerio público, en la constitución de 1886 se sigue ratificando su existencia, órgano del Estado que es ejercido por el Procurador General de la Nación, especialmente, bajo la dirección del Gobierno (Const., 1886, art. 142), contrario a lo establecido en la anterior constitución de 1863 cuando se determina que el ministerio público se ejercía por el poder legislativo y no por el ejecutivo.

⁵ Forma de democrática donde son las mayorías las que deciden, como voceras de la voluntad general. Menciona Quiroga (2000) que son las normas de procedimiento democrático, acordadas por todos, las que le dan legitimidad a las decisiones de la mayoría. Y agrega “De ninguna manera la democracia procedimental

es un régimen agnóstico en términos de valores. En rigor, el formalismo no implica que los procedimientos sean axiológicamente neutrales. Hay, pues, valores implicados en el procedimiento: la igualdad política (derecho de voto, de participación, de propaganda), derechos civiles clásicos (de reunión, asociación, expresión), sin los cuales no se podría desarrollar una competencia pacífica por el poder, limpia y pluralista, además de la necesaria tolerancia política entre mayoría y minoría. Estos valores, los de la Ilustración, son

absolutamente compatibles con la democracia procedimental, más aún, son bienes compartidos por los ciudadanos, de modo que se los puede considerar condiciones previas de la democracia.”

Las funciones del ministerio público asignadas en esta Constitución ratifican su función de ser órgano de control y de protección de la sociedad y de las personas, de acuerdo a la aproximación a la definición de nación antedicha. Así la constitución señalo para el Ministerio Público la defensa de los intereses de la Nación, la promoción, defensa y ejecución de las leyes, la vigilancia de la conducta de los empleados públicos, defender la ejecución de las sentencias y actos administrativos y perseguir delitos y contravenciones (Const., 1886, art. 143).

De acuerdo con ello, aunque el ministerio público y sus funcionarios, no eran elegidos popular ni democráticamente, si representaban los intereses de todas los habitantes del territorio, calificados o no como ciudadanos, asunto que toma relevancia en la asunción de los siguientes capítulos de esta investigación.

Desde la reforma de 1910 de la Constitución hasta 1930, no hubo elecciones indirectas, excepto para senadores, que eran elegidos por consejos electorales quienes a su vez eran nombrados por las Asambleas Departamentales, pero se mantuvo la elección censitaria para: “los ciudadanos, quienes debían ser alfabetos y tener propiedad raíz de mil pesos (\$1.000) o renta anual de trescientos pesos (\$300)” (Registraduría Nacional del Estado Civil, s.f.).

La ampliación de la población votante, como uno de los elemento condicionantes para la existencia de la democracia, referentes a la posibilidad de todos los gobernados de tomar sus propias decisiones como aplicación de la democracia directa o indirecta, se realizó en el gobierno-dictadura de Gustavo Rojas Pinilla, donde se hicieron elecciones para el plebiscito del año 1957, como primera votación de la mujer dando lugar a la universalidad del voto con la anterior expedición del acto legislativo No. 3 de 1954 en su artículo primero.

En lo referente al ministerio público, la Constitución de 1886 y su reforma como el Acto legislativo No. 1 de 1945, en sus artículos 44,45 y 46, fortalecieron la figura del ministerio público

en general, asignando la competencia para su elección a la cámara de representantes de acuerdo al artículo 140 (Congreso de Colombia, 1945). Adicional a ello, en el artículo 62 del Acto legislativo No. 1 de diciembre 11 de 1968, modificatorio de la constitución, se estableció que Los Personeros Municipales, considerados parte del Ministerio Público, eran elegidos por el Consejo Municipal (art. 197): (Congreso de Colombia, 1975)

La Constitución de 1886 vigente hasta 1991, con todas sus modificaciones, fue moldeada con esfuerzo por los gobernantes y legisladores de cada época bajo la visión de la paulatina consecución del voto universal y la aplicación definitiva de democracia directa para algunos cargos como presidente, senadores, representantes, diputados y concejales, pero observó la figura de la democracia representativa para la elección de personeros municipales y procurador general de la nación, por poner un par de ejemplos.

1.2 La Asamblea Nacional Constituyente y su injerencia en el modelo de democracia a adoptar en la Constitución de 1991

Dentro de los antecedentes a la creación de la Asamblea Nacional Constituyente y los obstáculos que la misma constitución de 1886 imponía a la reforma de la Constitución, debemos mencionar también la modificación de la Constitución de mediante el plebiscito correspondiente, consulta popular que termino con la aprobación de la reforma consultada y donde se permitió por primera vez el voto para la mujer y la instauración del Frente Nacional. Esta reforma constitucional de 1957 modificaba la Constitución en 14 artículos y en el mismo artículo 13 mencionaba que “en adelante las reformas constitucionales solo podrán hacerse por el Congreso en la forma establecida por el artículo 218 de la Constitución” (Plebiscito, 1957).

Al respecto de tal modificación de la Constitución, la Corte suprema de Justicia de entonces, al revisar la constitucionalidad de este plebiscito, dijo que no existía límite alguno para la reforma a la constitución cuando es la nación con su poder soberano quien decide pronunciarse, pues es el constituyente primario, como máxima autoridad voluntad quien está facultado para decidir la escogencia de las normas constitucionales que deciden su destino (Henao J. , 2013). Esta decisión ratificaba la soberanía en la nación y con ello, la característica esencial de las comunidades políticas democráticas, cual es el poder de decisión en el pueblo, con libertad e igualdad de derechos, por lo tanto, desde ese momento se reconoció y llevo a la acción la democracia constitucional.

Años adelante, el decreto 927 de 1990, convocó al pueblo a manifestar su aprobación o reprobación frente a la posibilidad de convocatoria a una asamblea constitucional, con el fin de “fortalecer la democracia participativa” (Presidencia de la Republica, 1990). Ello, además de originar la Asamblea Nacional Constituyente que dio origen a la Constitución de 1991, envía otro mensaje claro; con el texto aprobado para la consulta, se corrobora la dirección que el pueblo colombiano imprimió desde antes del nacimiento de la Constitución misma, es decir hacia una democracia participativa, en la que el pueblo por medio de sus representantes decide sobre la Nueva constitución, fortaleciendo de paso la democracia representativa.

En las votaciones del 27 de mayo de 1990, más de cinco millones de votantes, de seis millones posibles, decidieron afirmativamente por la convocatoria a una asamblea nacional, constitucional en principio y luego, cuando la Corte Suprema de Justicia determinó la inexistencia de límites para el pueblo soberano en cuanto a cambiar por completo la constitución, se denominó Asamblea Nacional Constituyente (Henao J. , 2013)

Con posterioridad a la promulgación de la nueva Constitución, la recién creada Corte Constitucional diría al respecto lo importante que es darle a la democracia mayor contenido sustancial, filosófico e institucional, con base incluso en el derecho natural de la soberanía del constituyente primario antes que, en el derecho positivo, siendo el primero indispensable para garantizar la renovación institucional. (Corte Constitucional de Colombia, 1992).

Es de recalcar que la conformación de la Asamblea Nacional Constituyente y el nacimiento de la Constitución misma en la visión de la nueva Corte Constitucional, está orientada por el poder absoluto del pueblo colombiano, por la soberanía del pueblo como base de una democracia donde el origen mismo de las normas constitucionales reside en la voluntad originaria o representada del mismo, donde participa de manera efectiva en la principal decisión que es el estatuto constitucional que rige su convivencia.

De lo anterior, se puede concluir que si bien, Colombia intenta estructurar un estilo o forma propia de democracia, también es claro que, en el periodo antiguo de la tradición republicana, la democracia colombiana era incompleta y no era capaz de incluir en los asuntos más importantes del Estado ni a las mujeres ni a las capas sociales más débiles políticamente hablando. Lo que ha restringido el crecimiento de la democracia incluso hasta la época actual, pues las capas sociales en Colombia hoy en día no se han responsabilizado o no tienen conciencia total sobre la responsabilidad del voto.

1.3 La democracia en la dogmática de la Constitución.

La Constitución Política Colombiana está dividida en varias partes. Una que enuncia algunos principios fundamentales que se constituyen como base irrefutable de la Constitución misma; es la parte que referencia la caracterización política e ideológica de la Constitución. Para algunos autores la parte introductoria y la parte dogmática difieren en cuanto a que la primera enuncia principios y la segunda enuncia derechos, garantías y deberes. (Herrera, 1993) Sin embargo otros autores opinan que la parte dogmática de la constitución constituye la identificación del poder político que la hace posible y que se refleja en sus criterios esenciales. (Hernández, 2006). En ese sentido, el exmagistrado de la Corte constitucional José Gregorio Hernández menciona la importancia directriz del Preámbulo Constitucional, puesto que el establecimiento de la filosofía democrática excluye de la vida jurídica del Estado todo lo que la contradice. (Hernández, 2006).

Para efectos de esta investigación, la parte de mayor importancia a fin de desentrañar el sentido de democracia que la Asamblea Nacional Constituyente inserto en la constitución, es el preámbulo de esta cuyo breve estudio iniciamos.

1.3.1. Visión de democracia en el Preámbulo. El preámbulo de la Constitución enuncia principios irrefutables, entre los que debemos resaltar la soberanía; el preámbulo y la constitución es decretada, sancionada y promulgada por el pueblo de Colombia, que al tenor del mismo preámbulo es en quien reside el poder soberano de darse su propia constitución. El constituyente originario se entiende como la persona o grupo de personas que tienen la capacidad de tomar decisiones y constituir una sociedad y ostentan ese poder por sí mismos, sin que nadie le otorgue facultad alguna, pues de ser así, el facultante existiría con anterioridad y con mayor poder que quien detenta el poder originario (Gaviria C. , 2008). De acuerdo a esto, el poder originario ha residido en muchas personas diferentes al pueblo, como el rey, la divinidad, la iglesia, sin embargo

se ha llegado casi a un consenso universal de que la democracia es el gobierno por excelencia y que todos los estados tienen que aspirar a tenerla; entonces bajo esta tesis donde la democracia prevalece como forma de gobierno, debemos asumir que el pueblo es quien detenta el poder originario, lo cual es una característica esencial de la democracia, es decir, que sea el mismo pueblo quien decide la manera de gobernarse y regirse, que es este caso se materializa en la posibilidad de hacer una Constitución como carta fundamental y suprema (Gaviria C. , 2008).

Pero este poder, esta soberanía y forma democrática no lo es solo para hacer la constitución, que sería el documento más amplio general de regularse y de evidenciar una forma de democracia; de allí nace el mismo poder y facultad de darse sus propias leyes y normas de inferior categoría, no solo porque así lo afirma el artículo 3^o de la Constitución, sino porque la forma de democracia representativa y participativa con que se conformó la Asamblea Nacional Constituyente, como primera forma democrática contemplada en el texto constitucional, permite el ejercicio del poder originario por medio de otros grupos que no tienen capacidad originaria para su ejercicio sino que esta capacidad les viene de un poder originario: el pueblo. Este es el poder delegatario expreso en el preámbulo de la Constitución, preámbulo que, al fijar los principios fundamentales como base irrefutable de la Constitución, según se ha mencionado, debe permear toda la constitución y estar latente en todo el marco de derecho que nos oriente y rige.

Cuando en la Constitución se dice que “EL PUEBLO DE COLOMBIA, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente...” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), no se estás haciendo otra cosa que ratificar que existe un poder primario (constituyente primario) y un poder delegado (constituyente delegado) en los cuales el

⁶ ARTICULO 3. La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece. (Const. 1991)

primero, así sea aparentemente⁷, es la última instancia legitimadora de la democracia y el segundo con una capacidad y limitación normativa, conferida por quien detenta el poder primario, pero en última instancia es el pueblo, base democrática, quien legitima ese poder delegado.

Más adelante, en el mismo preámbulo, se incluye que los fines que pretenden lograr el pueblo por medio de su delegado, con la sanción de la Constitución, lo limita un marco jurídico, democrático y participativo (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Cuando el preámbulo de la Constitución Política menciona los marcos jurídico, democrático y participativo, lo hace señalando que estos marcos son limitantes generales que el mismo Constituyente primario u originario (o su delegado que en este caso es la Asamblea Nacional Constituyente) reconoce que existen de hecho; es decir, que cualquier decisión en la elaboración de las normas de la constitución, no tienen una libertad absoluta sino que se encuentran limitadas de facto por el marco democrático propio de la democracia como forma de gobierno y de organización política.

Como el preámbulo mismo no aclara (y no es su finalidad) sobre lo que significa el marco democrático, debemos estudiar algunas secciones de la parte dogmática y de la parte orgánica de la Constitución, para extractar del mismo lo que materializa este concepto general de democracia.

1.3.2. Formas de organización democrática en la Constitución de 1991. El artículo primero de la Constitución formaliza al estado colombiano como estado social de Derecho y determina que está organizado en forma de república democrática.⁸

⁷La evidencia puede mostrar que el pueblo no detenta el poder originario, sino que lo detenta algún grupo más poderoso que el pueblo mismo y que ejercen el poder en su propio beneficio. Para legitimar ese poder hay que fingir que es el pueblo quien está tomando esas decisiones y ahí está el concepto de constituyente delegado o poder delegado (Gaviria, 2008)

⁸ Artículo 1°. “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa...” (Const. 1991)

Bobbio, define la democracia como un conjunto de “reglas que permiten la participación de la mayoría de los ciudadanos, ya en forma directa, ya en forma indirecta, en las decisiones políticas, o sea, en las decisiones que interesan a la comunidad.” (Bobbio, 1986).

De acuerdo con estos conceptos, se puede concluir que un Estado puede constituirse en forma de república, sometida al imperio de las leyes, pero no necesariamente ser una república democrática; pero la asamblea nacional constituyente quiso que Colombia estuviese regido por leyes o normas en general, y que tales leyes fueran el resultado de la participación y voluntad de todos o la mayoría de los ciudadanos, expresadas en forma directa o indirecta (Díaz, 1993).

Además, la asamblea nacional constituyente le agregó el término “participativa” a la forma de república democrática, con lo cual ratificó el sentido y orientación de la república democrática, como “binomio jurídico-político con el cual aspiramos a una república desoligarquizada en la que el sentido de pertenencia a una nación esté ligado a procesos racionales de participación política” (Díaz, 1993).

La democracia participativa en su concepción y fundamentación retoma elementos de la experiencia griega como la virtud de dedicación hacia los asuntos de la Ciudad-Estado, la búsqueda del bien común, la subordinación de la vida privada a los asuntos públicos y la manera como el pueblo desempeñaba funciones legislativas y judiciales, ya que era parte de su participación en los asuntos del Estado (Pedraza, 2014).

Hoy día, la democracia participativa es vista como una serie de herramientas jurídicas que la norma, en este caso la Constitución, introduce en el modelo de democracia representativa a efectos de mejorar la ejecución del concepto de democracia dándole mayor participación al pueblo en la toma de decisiones y en el control que ejerce sobre sus gobernantes y sobre todo funcionario. (Ramírez, 2017). Así, en el articulado de la Constitución, se vislumbra la participación, como

elemento que refuerza la democracia representativa, como fin esencial del Estado⁹ ; siendo coherente con dichos fines, el artículo 40 de la Constitución enumera varias formas de participación de los ciudadanos en la conformación, ejercicio y control del poder político con los cuales no solo puede hacer parte del poder público, puede hacer valer la democracia representativa y ejercer el control mediante acciones constitucionales e incluso revocar el mandato de las personas que ha elegido.¹⁰ El artículo 103 de la Constitución menciona: “ARTICULO 103. Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato...”, (Const. 1991) con lo cual se ratifica la participación como mecanismo directo y ejecutor de la democracia representativa, sustituyendo el poder de la clase política que, desde la época de la independencia de nuestra nación, había usurpado sus funciones.

Se presenta la anterior descripción toda vez que constituye un aporte en la comprensión del modelo de democracia empleado por la legislación colombiana al determinar la forma de elección de los personeros municipales, esto por cuanto que como estado social de derecho se busca garantizar que quienes tienen las calidades y gozan del reconocimiento para el ejercicio del cargo son los llamados a ocuparlo.

⁹ ARTICULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación... (Const. 1991)

¹⁰ ARTICULO 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: 1. Elegir y ser elegido; 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática; 3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas; 4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley; 5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas; 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley; 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse. Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública. (Const. 1991)

1.4 Democracia en relación con la elección del Personero Municipal

En la constitución de 1991, como todo país liberal, democrático y enmarcado en unos límites jurídicos, todas las ramas del poder público están sometidas a control y vigilancia de organismos creados con ese propósito en el ámbito fiscal, disciplinario o judicial, con la finalidad general de evitar que las autoridades se extralimiten en las funciones que les corresponden e intercedan en representación de la sociedad y de sus intereses; son el ministerio público y la contraloría general de la Nación, de acuerdo al artículo 117¹¹; la contraloría con la vigilancia de la gestión fiscal¹² y el ministerio público para la protección del interés público.¹³

El mismo artículo 118 la Constitución determina que los personeros municipales hacen parte del ministerio público y por lo tanto tienen a su cargo las mismas funciones de éste, pero sin que sea un delegado inmediato ni que su organización jerárquica pertenezca a la procuraduría general de la nación, sino que es un funcionario del orden municipal (Corte Constitucional de Colombia, 1995). A pesar de ello, también le corresponden las funciones de promoción de los derechos humanos, protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, como parte del Ministerio público y de acuerdo a su calidad de funcionario del orden municipal, hace parte del régimen municipal desarrollando sus funciones en este ámbito.

¹¹ ARTICULO 117. El Ministerio Público y la Contraloría General de la República son órganos de control. (Const. 1991)

¹² ARTICULO 119. La Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración. (Const. 1991)

¹³ ARTICULO 118. El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas. (Const. 1991)

La figura de personero municipal fue conocida por diferentes nombres de acuerdo a la época y nación; en la Roma antigua era un representante de la comunidad pues era el defensor civitatis cuya función era proteger a los ciudadanos contra las arbitrariedades de los funcionarios. (Personería de Medellín, 2015); en la edad media, donde el poder era ejercido por el monarca y la Iglesia, existían las personerías, aunque con funciones esencialmente fiscales y sólo de manera tangencial como defensoras del pueblo o como parte en los procesos penales (Escuela Superior de administración pública, s.f.); “durante la Colonia se trasladaron a los territorios americanos innumerables instituciones de origen real, entre ellas el Procurador del Cabildo, noble funcionario encargado de defender los derechos ciudadanos y los intereses de la ciudad” (Escuela Superior de administración pública, s.f.).

En vigencia de la anterior constitución de 1886, la figura del personero inició siendo un representante de la nación pero nombrado por el gobierno de turno; posteriormente fueron los concejos municipales quienes tuvieron la facultad de nombrar personeros, basados, entre otras cosas, en que los concejales mismos eran representantes de la nación, elegidos por voto directo de la población (Acto legislativo 3 de 1910, artículo 62); la misma facultad se confirmó en la ley 4 de 1913 en su artículo 169, al determinar que son facultades de los concejos municipales “3. Nombrar los jueces, tesoreros y personeros municipales;” (Ley 4, 1913, artículo 169).

La constitución de 1991, siendo coherente con la naturaleza de la figura del personero municipal, estableció la función de su elección a cargo de los concejos municipales (artículo 313, núm. 8); “ARTICULO 313. Corresponde a los concejos: 1...; 8. Elegir Personero para el período que fije la ley y los demás funcionarios que ésta determine” (Const. 1991); a su vez, como el artículo 312 modificado por el acto legislativo 1 de 2007, artículo 5°, señala:

En cada municipio habrá una corporación político-administrativa elegida popularmente para períodos de cuatro (4) años que se denominará concejo municipal, integrado por no menos de 7, ni más de 21 miembros según lo determine la ley de acuerdo con la población respectiva. Esta corporación podrá ejercer control político sobre la administración municipal (Const. 1991).

La elección popular de los miembros del concejo municipal, con el voto universal de toda la población del territorio respectivo, indica que el pueblo, recibe su autoridad y poder de la Constitución misma, y en ese sentido elige quienes serán sus representantes para conformar esta corporación y tomar las decisiones pertinentes dentro de la jurisdicción municipal; es decir, la democracia representativa toma plena vigencia en la elección del concejo y en la actividad de sus miembros. Así como hemos dicho, una de las actividades de los concejos municipales es la elección del personero municipal, pues este acto está impregnado de las características propias de la democracia representativa que el constituyente delegado, Asamblea Nacional Constituyente, determino como producto de esta forma de democracia.

Desde 1991 hasta el año 2012, los concejos municipales desarrollaban esta función de elección de personero de manera discrecional, teniendo en cuenta que estaban investidos del poder otorgado por el voto popular que los eligió y de acuerdo a ello desarrollaban la democracia representativa al elegir al personero municipal, quien viene siendo en este caso un representante de la sociedad, elegido en forma indirecta por esta.

Sin embargo, la ley 1551 de 2012 estableció que los personeros municipales serían elegidos por los concejos municipales pero previo concurso público de méritos, con lo cual cercenó la discrecionalidad absoluta de que gozaban los concejos municipales en su elección y por el contrario llevó a los aspirantes al cargo a ceñirse a reglas claras y objetivas. De esta forma, el

concejo municipal solo tiene la posibilidad de elegir a la persona que resulte victorioso del concurso de méritos.

En demanda de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional estudió este caso, en donde el accionante argumento, entre otras cosas, la vulneración del principio democrático mencionado en la Constitución; en sentencia C-105 de 2013, la Corte interpretó la Constitución en el sentido de plantear la existencia de otros modelos de democracia diferente a la representativa y bajo un enfoque doctrinario diferente al modelo de democracia representativa, estableció que los concursos públicos de méritos también materializaban la democracia pero bajo otros modelos de ésta y por lo tanto el principio democrático, que se encuentra en la Constitución mencionado de manera general y amplia, no estaba siendo vulnerado (Corte Constitucional, C-105 de 2013).

De acuerdo a lo anterior, la institución de la personería municipal representa la comunidad teniendo en cuenta las funciones de protección de los intereses de la sociedad que la misma ley le atribuye y por hacer parte del engranaje de la democracia representativa al haberse atribuido como sucedía a los concejos la elección libre, es lo que se cuestiona, puesto que al ahora ser resultado de un concurso de méritos, no constituye el ejercicio directo de elección de todo el pueblo a través de sus representantes como son los concejales.

De manera implícita, la ley y la Corte Constitucional han dado un vuelco al modelo de democracia representativa propio de la elección libre del personero, lo cual constituye el nacimiento de una nueva concepción de democracia y el inicio de una aplicación y ejecución del concepto, diferente a lo que en la historia constitucional colombiana se tenía como orientación clara.

Con lo investigado se puede determinar que la base de una democracia moderna es definitivamente el cambio constitucional que más fortalece la institución de la personería

municipal, porque los conceptos de representación y de participación toman un nuevo aire; ya que la primera deja de ser la simple legitimación en la formación de las leyes para convertirse en la legitimación de una autoridad para la defensa continua de los derechos humanos y el cuidado de la hacienda pública, a su vez, la participación se constituye no solamente en la vigilancia de los intereses públicos, sino también en la colaboración con las instituciones del Estado para lograr los máximos resultados posibles en la defensa de la moralidad administrativa. Sin embargo, en este capítulo no está concluido el tema relacionado con la filosofía de la democracia determinada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, lo cual será el tema que se pretende agotar en el siguiente capítulo.

Siendo las funciones fundamentales de la personería la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, se debe establecer que quien llegue a ocupar este cargo debe gozar de conocimientos acerca de las temáticas que serán objeto de su ejercicio y no solo ello, sino también del reconocimiento por parte de quiénes tienen la tarea de realizar la elección, de ahí que en la ley 1551 de 2012 se haya establecido unas etapas previas a fin de garantizar la idoneidad y el desarrollo de las funciones en relación con lo preceptuado por el ordenamiento constitucional.

En este capítulo el aporte es de tipo analítico, ya que el estudio sobre conceptos filosóficos de la democracia está más ligado a los capítulos siguientes; por ello a continuación se presentan las formas de democracia, extraídas de los desarrollos legales, doctrinales y jurisprudenciales, con el fin de establecer las razones que finiquitarán la respuesta al problema de esta tesis y que se relaciona con la elección del personero municipal a través del concurso de méritos. No sin antes anotar que la república de Colombia ha realizado un tránsito muy lento a la democracia, puesto que esta se ha visto opacada por el autoritarismo electoral y varios procedimientos que han hecho

excluyentes el ejercicio de la cultura democrática; el avance dado en los temas de la democracia electoral que hoy gozamos han sido casi paquidérmicos y eso si no se tiene en cuenta que los contenidos sustantivos de la democracia en cuanto a derechos humanos y protección de la función pública han sido por decir lo menos, exiguos.

2. Formas de la democracia:

Desde la Filosofía de las Sentencias de la Corte Constitucional.

2.1. Democracia y Constitución.

Como ya se había destacado en la parte final del capítulo anterior, este capítulo pretende determinar los argumentos aportados por la Corte Constitucional frente a la evolución del concepto de democracia en el derecho colombiano; en este capítulo se desarrollarán desde la perspectiva de la filosofía del derecho las nuevas formas de la democracia constitucional, la diferencia que hay entre los ideales de la democracia representativa formal y el pluralismo democrático y político de la Constitución de 1991.

En primer lugar, hay que destacar que políticamente hablando las categorías democracia y constitución son diferentes, aunque en la época contemporánea se suelen confundir los dos conceptos; en ese sentido con el fin de aclarar es importante indicar ciertas definiciones de la teoría constitucional que aun hoy en día continúan vigentes y se siguen estudiando, a pesar del paso de los tiempos. Así se tiene que Ferdinando Lasalle considera el concepto de Constitución como

independiente de la idea de la democracia, porque para él la Constitución es la suma de factores reales de poder dentro de un sistema político estatal; la cual se convierte en constitución escrita únicamente cuando se redactaban en forma de artículos y de cartas magnas (Lasalle, 1999., p. 42).

También como ejemplo Aristóteles tiene como idea de constitución el sistema jurídico que rige determinada población (para el caso del estagirita una Polis), dicho esquema del concepto constitucional se refiere al sistema de gobierno y al sistema de Estado, hay que tener en cuenta que para los griegos de la antigüedad las prácticas políticas no estaban tan determinadas como para diferenciar entre gobierno y Estado, tal y como sucede con el constitucionalismo moderno o el constitucionalismo contemporáneo. Para Aristóteles el sistema político de gobierno es un sistema constitucional a pesar de que este sea o no democrático (Aristóteles, 1988).

2.2 El Concepto Clásico de la democracia en Grecia.

Ahora bien, en cuanto a la idea de democracia se tienen diferentes criterios, a los que se llegaron por juicios que se recogían o de la práctica social o de programas políticos diversos, así entre los antiguos se estableció según las investigaciones de Aristóteles que el hombre es un animal de carácter político, lo que vino a dar cuenta del ser humano (en el sistema machista griego no se incluía a la mujer, por creerse un ser incompleto), como un animal social que no podía tener una vida auténticamente humana en desarraigo. Las dos ideas de un animal político incluyen la vida en comunidad a causa de la imposibilidad de cada una de las personas de conseguir cada una sus medios de subsistencia, y la superioridad de la comunidad humana por tener el hombre el sentimiento de lo justo y de lo injusto; y una organización política conocida como la ciudad – Estado o Polis (hoy en día se podría hablar de Estado o comunidad internacional de naciones), con

la diferencia que el Estado para los griegos (entiéndase los ciudadanos griegos varones) era una organización necesaria para que los individuos alcanzaran la plenitud de las formas morales, cosa contraria a lo que a veces sucede con muchos de los humanos contemporáneos (que incluyen esto sí, varones y mujeres) que ven al Estado como algo ajeno y a veces maligno e innecesario (Calvo, 1986).

Como uno de los sofistas más importantes defensores de la democracia se tienen por ejemplo a Protágoras, el cual parte de una recreación del mito de Prometeo, donde sostiene que el hombre es un ser débil e indefenso y que Prometeo es una especie de recreación de la forma en la cual el hombre se proporciona cultura y progreso técnico para lograr solventar los peligros de la naturaleza. Pero a pesar de ese saber técnico, el ser humano es incapaz de vivir y colaborar con sus congéneres, con lo cual, se corre peligro de su extinción. De lo anterior, concluye Protágoras, que solamente la justicia, el respeto mutuo y la colaboración necesaria podrían facilitar la convivencia; ahora bien, a diferencia de algunos autores contractualistas como Hobbes, ese respeto por la justicia solamente es posible dentro de una sociedad democrática, que se oponga a la dictadura del derecho de los más fuertes (Calvo, 1986, pp. 79-81).

De hecho, si bien las prácticas democráticas no fueron inventadas en la Grecia antigua, pues Engels ya ha demostrado en su libro del Comienzo de la Familia, la Propiedad Privada y El Estado, que las comunidades primitivas y preestatales tenían prácticas democráticas más radicales, consensuales y directas, si es posible indicar que las ideas griegas fundamentaron lo que hoy llamaríamos el constitucionalismo democrático o la democracia constitucional; la democracia se basaba en dos conceptos: Isegoría que es la participación igual de los hombres libres en asuntos públicos, y la Isonomía donde la ley es igual para todos (Cantero, 2003, p.3).

Ahora bien, la democracia griega (en especial la Ateniense) tenía un carácter muy restringido, pues dicha democracia no incluía sino varones, ciudadanos atenienses, libres y en cierta forma con prácticas que hoy en día podrían considerarse oligárquicas o cuando menos aristocráticas. (Cantero, 2003, p.6).

Ahora bien, como ya se reseñó anteriormente la democracia en la época clásica, es decir, en la antigüedad griega, se podría considerar como una práctica muy diferente, ya que la democracia de la época contemporánea tiene tintes individualistas, lo que no pasaba con la que se practicaba en Atenas, donde el sujeto y el Estado no podían ser separados, constituían un solo engranaje que se transmitía a los pequeños órdenes sociales de las familias; tal y como lo deja visto Aristóteles en la Política, quien consideraba que en todo sistema constitucional a la mujer debía regirse en su casa como a un ciudadano y al hijo de manera democrática (1259 b. 2- 3).

Incluso el jurista Carlos Gaviria Díaz duda que la democracia que se vivía en Atenas sea comparable con las prácticas democráticas del constitucionalismo actual, para lo cual se permite esclarecer las divergencias antropológicas de las culturas griega y romana con las actuales visiones y mentalidades sociales. Carlos Gaviria Díaz comienza indicando la problemática de comparar las visiones greco – romanas como germen de lo que se llama cultura occidental, pues considera que la cultura proveniente de Grecia y Roma es “una cultura plástica, presente, multiforme, digamos muy reducida en materia espacial del Estado –el Estado ciudad donde las artes que prevalecen son las artes plásticas–, una cultura fundamentalmente material” (Gaviria, 2010, pág. 175), mientras que la llamada cultura occidental es de tendencia inmaterial, más ligada a la transculturización y que tiene en la música su máxima expresión estética. Así mismo se evidencia en la concepción religiosa, que muestra en la época clásica una tendencia al politeísmo y a la personificación de los dioses en modo antropomorfo, los cuales suelen ser representados plásticamente, diferenciándose

de la cultura occidental donde la concepción monoteísta tiende a ser representado sin cuerpo y sin características antropomorfas, dios al cual se le da sentido a partir de la música y los cantos religiosos.

La argumentación de Carlos Gaviria Díaz parte de la consideración Platónica del ser humano como ente único, según la cual se considera que tanto el hombre como el Estado tiene dos tipos de componentes, que parten de los instintos inferiores ligados a la irracionalidad y los instintos inferiores ligados al logos, es decir, a las virtudes de la razón; sin que estos componentes consideren a la persona como un ser con voluntad, o mejor la conciencia del ser humano no se liga precisamente con lo volitivo (Gaviria, 2010, p.176).

El teatro y la tragedia griega da cuenta de esto, ya que los protagonistas nunca se ven como seres que en sus decisiones sean capaces de tomar decisiones que cambien su destino, por el contrario cada decisión que se toma está ligado a un destino, a un momento en el tiempo del cual las personas no pueden escapar; el ejemplo clásico que Carlos Gaviria da es el del Edipo Rey (que Aristóteles también da en su poética): héroe trágico del cual poco se sabe o poco se tiene en cuenta su personalidad, su destino es el que lo pone en presente, cualquiera puede sufrir el destino de matar a su padre y desposar a su madre, pero la tragedia es la que le da sus características como personaje, son factores externos los que lo immortalizan, nunca factores internos. A diferencia de Hamlet para quien las características internas están absolutamente individualizadas, personaje que no depende del destino preconstituido, sino de la riqueza de sus sentimientos y sus raciocinios; esto es, que mientras la tragedia griega muestra un ciudadano como parte de un engranaje, la tragedia occidental muestra ese ciudadano con posibilidades propias y posibilidad de actuar; en la tragedia griega la vida del hombre tiene sentido, en la tragedia occidental la persona tiene posibilidades.

La democracia de Atenas si bien puede considerarse participativa y como Polis se convocaba a diario a decidir los asuntos de la ciudad, difícilmente podía llamarse una democracia que garantizara las libertades que se tienen como tal en las constituciones modernas, así en la polis de Atenas las decisiones se tomaban a diario, la asamblea de ciudadanos se reunía a diario, y necesitaba que los ciudadanos estuvieran disponibles para deliberar y votar los asuntos públicos. Pero esos ciudadanos a su vez necesitaban subsistir sin trabajar, acción que delegaban en los esclavos; entonces se entiende que para que la libertad ciudadana pudiera manifestarse era absolutamente necesario que existiera la esclavitud, los no ciudadanos, los hombre y mujeres que se trataban como cosas, lo que infiere que la democracia ateniense no era el fundamento de lo que se llama libertad (Gaviria, 2010).

Por otra parte un filósofo como Platón no creía que la democracia fuera un tipo de gobierno racional o virtuoso, porque por una parte Platón pertenecía a una familia aristocrática y su propuesta política (consignada en la República) era de este tipo, aunque con consideraciones diferentes a las que se tiene sobre la aristocracia en estos días, que consideran la aristocracia como un gobierno de privilegiados por nexos de sangre, al contrario para Platón (concepto que después retoma Aristóteles en la Política) la aristocracia es un gobierno de virtuosos, un gobierno de la razón. Por otra parte, el filósofo ateniense la virtud y el conocimiento vienen a ser lo mismo, y un buen gobierno sólo podía ser llevado por personas que tuvieran el logos, la razón, el conocimiento y la suprema razón. Por ende, es necesario que Platón se ponga en contra de los sofistas defensores de la democracia, ya que en ellos observa la falta de universalidad en la creencia de la virtud, el raciocinio; cuestión que Platón en todo momento le achaca al pensamiento democrático y a las creencias relativistas y retóricas de algunos sofistas.

Luego como aporte de los griegos se destaca lo interesante del estilo de democracia practicado por ellos, pues estilaba en que la misma precisaba que los ciudadanos estuvieran pendientes de los asuntos públicos y del Estado; ya que la isegoría era no sólo un derecho sino un deber ciudadano; en tanto la isonomía era más que un derecho un principio de la estructura de las polis democráticas; hoy en día los Estados contemporáneos han retomado los anteriores principios aludidos para sustentar las bases mínimas para la democracia, aunque la lucha por este sistema político no cesa, para lo cual se verán otras construcciones jurisprudenciales y políticas de la Carta Política actual en Colombia y de donde partirá la propuesta democrática que se construye a partir de la meritocracia.

2.3 Democracia y Constitución. Una Definición de la Democracia Constitucional o Constitucionalismo Democrático.

Cuando Jorge Carpizo define la democracia como un orden jurídico basado en una constitución y un Estado de Derecho que garantice las libertades y los derechos fundamentales, lo que realmente está definiendo es la democracia constitucional o el constitucionalismo democrático, es decir, la definición de un sistema político que combina los elementos de la democracia y los recoge en una constitución generalmente escrita (Monroy, 2011).

En las teorías modernas de la democracia se han considerado varias formas de práctica, así se considera que el sistema democrático vincula necesariamente la opinión del pueblo soberano con la acción de gobierno, la democracia como sistema de varios partidos en igualdad de condiciones y de diversas tendencia, la democracia como igualdad de participación en las diferentes decisiones

públicas y políticas y como sistema de equilibrio entre las mayorías y las minorías limitadas por los derechos relacionados con la dignidad humana (Monroy, 2011, p.6).

La democracia constitucional, al decir de Pedro Salazar Ugarte (Salazar Ugarte, 2011) es una forma de organización política y social que incluye instituciones tradicionales de la democracia e instituciones tradicionales del constitucionalismo liberal. Por el lado del constitucionalismo, se incluyen el listado de derechos fundamentales, la división, al menos teórica de los poderes públicos y mecanismos relacionados con la garantía y control de la constitución misma; por el lado de la democracia, se vinculan las instituciones tradicionales del pensamiento democrático como la posibilidad de que las personas participen de forma directa, indirecta o semi-directa en la toma de decisiones que afectan a la comunidad, el voto igualitario, libre y universal, la regla de las mayorías y parámetros que permiten que las minorías y sus derechos sean protegidos de manera eficaz (Monroy, 2011).

En la unión de los conceptos políticos de la democracia y del constitucionalismo, surge la democracia constitucional, donde las instituciones de la democracia y del constitucionalismo se entrelazan de tal manera que les permite funcionar de forma complementaria (Monroy, 2011). Aquí se observa que el concepto de democracia se encuentra implícito en el poder del pueblo, implicando pluralismo y limitación a su poder soberano. Es en ese mismo marco de soberanía que el poder del pueblo se restringe a sí mismo y señala canales en los que pueda expresarse. La Corte constitucional ha caracterizado la democracia constitucional al mencionar que el pluralismo es parte integrante de la misma, entendiendo por pluralismo la convivencia de diferentes ideas, razas, géneros, orígenes, religiones, instituciones o grupos sociales, así la democracia parte de establecer límites a todas las autoridades, lo que trae consigo la coexistencia en equidad de todas las ideas que garanticen el respeto por el derecho ajeno (Corte constitucional. C-141 de 2010).

De lo anterior es necesario indicar, que es imposible organizar una democracia constitucional sin contar con un listado de derechos fundamentales inmerso en la Constitución Política Colombiana, ya que la constitución se presenta como una garantía jurídica formal que apunta a un marco fuerte de convivencia, y que además tiene la vocación de realizar una efectiva materialización de derechos; es así que estos derechos fundamentales se proyectan a todo el ordenamiento jurídico, desde el preámbulo mismo, pasando por las obligaciones de los ciudadanos y llegando a las obligaciones de las ramas del poder público (Gonzáles Trevijano, 1992).

La división de poderes, esbozada en forma original y primigenia por Montesquieu en 1748, fue considerada como un componente esencial de toda constitución, según los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, pasando a formar parte del derecho constitucional liberal de la época. La existencia de esta división de poderes, no lo es desde un punto de vista real o material, donde en ocasiones el legislativo y el gobierno se confunden bajo un mismo partido político, sino que debe ser visto desde un punto de vista jurídico-constitucional, donde las competencias y funciones de cada uno de los poderes difieren, pudiendo complementarse o controlarse (García, 1983).

En la revisión la constitución colombiana, se evidencia que la organización del Estado en ramas del poder público se divide en la legislativa¹⁴, la ejecutiva¹⁵ y la judicial¹⁶, cada una con funciones propias y autónomas. Al menos en teoría la Corte Constitucional ha identificado dos formas de separación de poderes: “El primero de ellos es un modelo estático que se enfoca primordialmente

¹⁴ ARTICULO 114. Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración. (Const. 1991)

El Congreso de la República, estará integrado por el Senado y la Cámara de Representantes.

¹⁵ ARTICULO 115. El Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa. El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno...(Const. 1991)

¹⁶ ARTICULO 116. Modificado por el art. 1, Acto Legislativo No. 03 de 2002. El nuevo texto es el siguiente: La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar... (Const. 1991)

en la necesidad de limitar el ejercicio del poder en el diseño de los órganos, entidades e instituciones públicas. Dice la Corte que este primer sistema “garantiza que el ejercicio del poder pueda limitarse en la medida en que los diversos órganos del poder público tengan funciones diferentes, y que éstas se encuentren perfectamente bien definidas en la Constitución y la ley” (Corte constitucional. C-630 de 2014).

El segundo modelo lo ha llamado el de sistema de balances y contrapesos. Este sistema de división de poderes “Reconoce que para poder garantizar la libertad de los ciudadanos es necesario controlar el ejercicio del poder del Estado, pero que esta función requiere de herramientas que permitan que los órganos del poder público se controlen mutuamente.” (Corte constitucional. C-630 de 2014)

El control de constitucionalidad, como aporte base del constitucionalismo en la democracia constitucional, consiste en la posibilidad que tiene, un órgano especializado o no, de revisar que cualquier norma del estatuto legal, esté acorde con la constitución o por el contrario, la contraría, lo cual tiene como consecuencia el restarle vigencia a la norma y sacarla del ordenamiento jurídico. Este control de constitucionalidad puede realizarse mediante un mecanismo difuso, a posteriori, que obra para casos concretos y a pedido de las partes, o un sistema abstracto y preventivo, realizado por un órgano cuasi político designado por un órgano político y un sistema mixto (Nino C. , 1989).

En Colombia el control de constitucionalidad se ejerce por vía de acción, mediante la acción de inconstitucionalidad, acción pública de nulidad y por acción de tutela; por otro lado, también se ejerce el control previo de constitucionalidad y el control por vía de excepción¹⁷ (Rey, 2008).

¹⁷ ARTICULO 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades. (Const. 1991)

El artículo 4° de la constitución permite que el control de constitucionalidad sea un sistema mixto ya que combina el control que ejerce la Corte Constitucional y el control ejercido por las mismas autoridades administrativas. Este tipo de control lo califica la Corte como un “control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución”. (Corte Constitucional. C-122 de 2011).

Entre los requisitos esenciales de la vertiente democrática para conformar esta democracia Constitucional, tenemos la regla de la mayoría, que “maximiza la cantidad de individuos que pueden ejercer la autodeterminación en las decisiones colectivas” (Dhal R. , 1992). De allí que, al tenor de la concepción de democracia, se considere que esta autodeterminación permite que la mayor cantidad de ciudadanos desarrolle sus actividades conforme a normas que ellos mismos crearon. Por el contrario, si las determinaciones necesitaran una mayoría calificada, por ejemplo, de 60-40, la no obtención de un porcentaje calificado, a pesar de ser mayoría absoluta, implicaría que la decisión sería impuesta por la minoría, lo cual desborda cualquier examen lógico de la democracia.

El voto universal, libre e igualitario se presenta como el avance y desarrollo del estado liberal, donde nuestro país ha tenido un trasegar extenso a partir de la independencia de España hasta la vigencia de la Constitución de 1991, quedando plasmado en el articulado de nuestra constitución, estos parámetros de igualdad y libertad, que presentamos como indispensables para poder hablar de Democracia constitucional.

La protección de los derechos de las minorías se ve reflejado en nuestra constitución en el artículo 13: El constituyente consagró una discriminación a la inversa, para que los grupos marginados y las personas en debilidad manifiesta logaran una igualdad material y no solo formal.

Los grupos tribales y étnicos también son objetivo favorable de la protección especial del Estado, a quienes se les respeta su autonomía y sus derechos (León, 2013).

Las acciones populares son el mecanismo eficaz para la protección de los derechos de las personas en condición de discapacidad y a los grupos étnicos y tribales, el orden jurídico le ha permitido “dispensas que no tienen las mayorías como admitir cierta discriminación a la mujer por parte de los pueblos indígenas en aras de sostenerles sus costumbres, o permitirles sancionar a sus miembros cuando cometen delitos.”

Frente a la protección de los derechos de las minorías, la Corte ha concluido que es parte fundamental de la democracia, ya que dichas garantías de protección le dan contenido y complementan el concepto de lo democrático, esto es, que el contenido electoral universal se hace uno con la protección de los derechos humanos (Corte Constitucional. SU-214 de 2016).

Concordante con la posición de Pedro Salazar, (2011) los parámetros esenciales para que exista una democracia constitucional, por la inclusión de elementos del constitucionalismo como de la democracia, están dado en Colombia como marco general, a partir del cual puede desarrollarse un concepto de democracia, que puede ser novedoso, pero concordante con los cánones constitucionales.

Desde la perspectiva constitucional cabe resaltar el papel preponderante que toma el voto como medio decisorio de los designios de un país a nivel nacional, regional y municipal, correspondiendo a este último ente territorial a través del concejo municipal el ejercicio de elección siendo un mecanismo el voto secreto.

2.4. Democracia Procedimental

Tal y como lo asevera nuestra Corte Constitucional, (Corte Constitucional. C-105 de 2013), no existe una teoría unificada sobre la democracia, sino por el contrario, perspectivas diferentes de acuerdo con autores diversos y de acuerdo a diferentes gobiernos, lo que nos enfrenta a la posibilidad de encontrar dentro del contexto mundial, algunos gobiernos que entendemos claramente como antidemocráticos, declararse democráticos, gracias a la concepción amañada de algún concepto de democracia.

La democracia procedimental, ha sido identificada por algunos autores como democracia formal, es la que identifica a la democracia con los procedimientos idóneos para que sea garantizado que las decisiones tomadas por el estado correspondan con la voluntad popular, sea por que las toma directamente o porque esa decisión se tomó por una vía indirecta. Teniendo en cuenta la definición de democracia como el poder de un pueblo para tomar sus propias decisiones, esta democracia procedimental es una condición esencial para que exista democracia (Ferrajoli, 2011).

Nuestro Estado de Derecho o Estado Social de derechos, según sea analizado en nuestra historia constitucional, ha contemplado la existencia y necesidad de la representación política como base de la democracia. Como lo ha recordado nuestra Corte Constitucional, “Bajo la vigencia de la Constitución de 1886, Colombia era una democracia representativa en los términos clásicos expuestos por Montesquieu, para quien “El pueblo no debe entrar en el Gobierno más que para elegir a sus representantes, lo que está muy a su alcance” (Corte Constitucional. C-041 de 2004)

Sin embargo, la democracia esbozada por Montesquieu implícitamente concebía la elección popular de los representantes como libre y autónoma, cuestión que, con el empoderamiento de los partidos políticos, perdió vigencia.

Según afirma Sanguinetti (2010),

...asistimos a un cambio sustancial del concepto de democracia, ella dejó paulatinamente de lado ese núcleo vital de valores a preferir, para reducirse a una maquinaria de gobierno, a una democracia procedimental. Ya no más predicación de valores, lo que supone preferir lo sustancial y posponer lo aleatorio. Para esta nueva democracia sólo vale que el procedimiento sea coincidente con el sistema de normas (Sanguinetti, 2010).

Resalta este autor que lo único importante a tener en cuenta en la democracia procedimental es la coherencia de las normas con el sistema de poder, es decir que cumpla con la finalidad de responder al cómo se toman decisiones, sin contenidos éticos o valores de ninguna clase y por lo tanto ajeno a lo injusto o antiético al que la aplicación del procedimiento conlleve (Sanguinetti, 2010).

Quiroga, plantea que desde una perspectiva meramente procedimental, la democracia no está instaurada para garantizar órdenes justos en políticas públicas y en la actividad de los gobiernos, es solo un método que no puede dar respuesta a importantes problemas sociales que aquejan un país, como el desempleo, la paz o la pobreza, por eso esta concepción debe estar separada completamente de la parte sustantiva de los derechos, para legitimar el concepto de democracia en sí, es decir que el método sea justo en sí mismo considerado, sin vincular los resultados a que lleva la aplicación de la democracia procedimental. Si no se logra esta diferenciación, ello podría llevar a que el concepto de democracia y gobierno se mezclara, y ante acciones gubernamentales contrarias al interés general, se pondría en tela de juicio la democracia (Quiroga, 2000).

Ibarra y Moreno a su vez, han expresado que la democracia procedimental, entendida solo como un método necesario para la toma de decisiones, tiene como objetivos por una parte legitimar a los “grupos gobernantes a través de la participación del pueblo en la emisión de votos” y posteriormente entregar privilegios a quienes aparecen teniendo la mayoría electoral. Esto no es otra cosa que la utilización de las reglas procedimentales para adjudicarse el poder de dirigir y gobernar, con sus propias capacidades y bajo sus propios intereses, pues el gobierno del pueblo se torna en un sofisma que da paso al gobierno de las elites.

Otro de los objetivos que busca la democracia procedimental es la competencia electoral bajo reglas claras para la contienda política de líderes, no naturales sino impuestos por los partidos (Ibarra y Moreno Velador, 2007). Estas reglas que deben ser cumplidas con rigor, confiere a cualquier forma de gobierno la característica de democrático, pues la pugna por el poder se llevó a cabo dentro de los parámetros reglados previamente establecidos de tal forma que la democracia “se convierte en un mecanismo que permite únicamente tener en cuenta los deseos de los ciudadanos, pero siempre limitando el acceso de estos a las decisiones de la política pública, dejándola en manos de unos pocos” (Ibarra y Moreno Velador, 2007); es decir, el pueblo lo único que hace es avalar el gobierno elegido conforme a los procedimientos preestablecidos: la democracia procedimental.

Esta concepción de la democracia es extractada y aplicada a la teoría de Joseph A. Schumpeter, quien entiende la democracia como un “arreglo institucional para llegar a decisiones políticas, confiriendo a ciertos individuos el poder de decidir en todos los asuntos como consecuencia de su éxito en la búsqueda del voto de las personas”. (Gil, 1997). Este argumento lleva al autor a la conclusión de que la democracia no puede ser un fin sino un medio para que los partidos que compiten entre sí por el poder logren el resultado esperado; por lo tanto, la democracia se encuentra

ajeno a la idea de bien común y no se constituye como una forma de vida donde la igualdad, los derechos fundamentales de los individuos y la participación permanente del pueblo tenga prevalencia (Gil, 1997).

En su texto, concluye Ibarra y Moreno Velador (2007) que

en general es posible observar cómo esta forma de concebir la democracia ha sido el paradigma que ha predominado sobre los órdenes políticos en la mayoría de los países de occidente. Paradigma que se ha acompañado de la creación de un orden institucional pretendidamente autónomo del estado como garante definitivo para la libre competencia política partidista.

Por su parte, Ferrajoli (2011), reconoce la necesidad de la democracia procedimental, como método con el cual la voluntad popular se expresa, pero expone razones para cuestionar su existencia como única y suficiente para poder hablar de democracia. Como una de las razones expuesta por el autor, es la que menciona que considerar la democracia como poder popular absoluto, donde la democracia se constituye como un procedimiento que garantiza la expresión de la voluntad del pueblo, es alejarse de la concepción del estado constitucional de derecho donde el poder del pueblo no es ilimitado. Afirmar el autor que el principio de igualdad y los derechos fundamentales dentro de la democracia constitucional, se constituyen como límite a la democracia formal o procedimental y por lo tanto es imposible la interpretación de esta visión de la democracia sin tener en cuenta el marco constitucional.

Entonces surgen como bases de esta democracia procedimental o formal, el voto como expresión de poder popular, las reglas de participación política y la organización de partidos. De acuerdo a la democracia procedimental y bajo la vigencia de nuestra constitución de 1886, la abstención no producía efecto jurídico alguno; la Corte Constitucional ha estudiado

el tema para quitarle relevancia a este tipo de democracia en el contexto de una democracia liberal clásica, que sin embargo trae un peligro, pues el voto popular y su abstención hacen parte de la democracia procedimental como sufragio positivo o negativo, cuestión que no acontece en otra forma de democracia como la participativa (Corte Constitucional. C-041 de 2004).

Por otro lado, el sistema de partidos ha sido establecido como uno de los parámetros necesarios para que la democracia procedimental cumpla su cometido. Se puede entender que los partidos políticos buscan la movilización de los ciudadanos a efectos de evadir el abstencionismo; buscan convertir las necesidades del pueblo en programas de acción que posteriormente se concretan en políticas públicas o de oposición y buscan formar cultura política frente al ejercicio responsable del voto (Corte Constitucional. C-303 de 2010).

También ha mencionado la Corte constitucional que los partidos cumplen la función de

...ofrecer a los electores las listas de personas entre las que pueden elegir a las personas llamadas a integrar y renovar los órganos estatales y garantizar a los electores que en proporción a sus resultados electorales y dependiendo de éstos, su capacidad organizativa podrá realizar los programas y propuestas presentadas (Corte Constitucional. C-303 de 2010).

Respecto a las reglas para la aplicación de la democracia procedimental, la Corte Constitucional ha dicho que el carácter reglado “se traduce en procedimientos diseñados para canalizar la expresión de la soberanía popular” (Corte constitucional. C-379 de 2016).

Como conclusión, la democracia procedimental es elemento esencial y constitucional para que se pueda hablar de democracia; sin embargo, no es el único elemento que en un Estado Social y Democrático de Derecho debe existir para honrar que sea democrático, pues su mirarla como

prevalente, podría conllevar a resultados abiertamente antidemocráticos. Así las cosas, es preciso indicar que la democracia procedimental se queda en el puro formalismo de la dictadura de las mayorías, y como un hecho sabido por todos los participantes activos en los procesos democráticos la alta abstención producto de la apatía de las formas institucionales, lleva a que esa mayoría sea incluso un minoría en el total del potencial electoral y por tanto la democracia procedimental termina siendo una democracia que no logra captar una mayoría que esté sujeta a la participación política y democrática.

2.5. Democracia Representativa

La representación efectiva es por lo tanto una característica inescindible del derecho ciudadano al ejercicio del poder público a través de sus representantes. (Corte Constitucional. T-358 de 2002) EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT (9) de mayo de dos mil dos (2002). Se puede entender en consecuencia, a la democracia representativa como aquella forma de organización de gobierno en que se identifica la voluntad de los representantes del pueblo soberano con la de sus representantes electos. (Hernández, 2002) La expansión territorial de los estados modernos, la densidad de población de los mismos y la cantidad de asuntos que requieren decisiones urgentes y precisas, impide o dificulta que la democracia directa, como decisión directa del pueblo en los asuntos que le incumben, tenga eficacia, y entonces, por causas pragmáticas más que lógicas, se requiere de una forma en que algunas personas sean encargadas, delegadas o comisionadas por el pueblo para la toma de decisiones.

La democracia representativa surge de los estados liberales y de la revolución francesa. Montesquieu, el Abad Siéyes y Stuart Mill, fueron algunos personajes de la época que plantearon

ideas relevantes para sostener la necesidad de la aplicación de esta forma de democracia: Que el pueblo es incapaz de la discusión de asuntos importantes y por lo tanto solo debe participar en el gobierno eligiendo sus representantes, quienes si tienen la destreza y capacidades suficientes para ello; que son los representantes los más capaces para conocer cuál ha de ser el interés general y de interpretar la voluntad del pueblo y; que la representación en la democracia es el sistema que permite que los más virtuosos y mejor dotados desarrollen sus capacidades frente al gobierno o a la gobernanza (Hernández, 2002).

Segovia (2008) afirma al respecto:

Bien podría decirse que el sistema representativo fue ideado como un mecanismo que dejaba el poder en manos de quienes pensaban con la razón liberal y sentían con el corazón burgués, y, ulteriormente, como un resorte que servía para moderar y limitar la democracia¹⁸ (Segovia, 2008).

Sin embargo, los mismos precursores y actores de la revolución francesa, que esgrimieron los principios de libertad e igualdad como estandartes de la revolución, temían que la base de electores de representantes, -que no había duda sobre su universalidad-, ocasionaran la existencia de divergencias abruptas entre los intereses del electorado y de los gobernantes. De acuerdo a esta inquietud se decide en la constitución de Francia de 1791 proclamar un sufragio censitario, es decir que solo ciertas personas podían tener los derechos políticos de elegir y ser elegido, y específicamente se excluía de ese censo a los criados, a quien no pague una contribución de tres jornales y quien no tenga una renta suficiente para vivir. (Estrada, 2016) Este sufragio censitario

¹⁸ Debe entenderse esta limitación a la democracia, en el sentido en que para autores contemporáneos a la revolución francesa, como Rousseau, la verdadera democracia estaba basada en la participación directa del pueblo en la toma de decisiones. Para algunos autores de la época, tanto de la Francia revolucionaria como del proceso independentista de los Estados Unidos de América, la representación es un instrumento republicano que evita los inconvenientes del gobierno democrático, identificado con el sistema despótico de ejercicio directo del poder por el pueblo. (Segovia, 2008)

también se aplicó en la historia democrática de Colombia, tal y como vimos en el primer capítulo de este trabajo, en el cual dijimos que no existía universalidad del electorado, por lo tanto los principios básicos de la democracia, igualdad y libertad, impedían el gozar de una democracia efectiva (Estrada, 2016).

En su estudio sobre Benjamín Constant¹⁹, Fonnegra (2015), afirma sobre el político francés que siempre le dio prioridad a la libertad, sin embargo concebía el sistema representativo como uno en el cual “los ciudadanos delegan a sus gobernantes la administración del Estado y la defensa de sus intereses, pero los ciudadanos no pueden abandonar el seguimiento de sus representantes, estos tienen el deber de vigilar que su gestión se oriente conforme a los principios de las leyes” (Fonnegra, 2015).

Nuestra Corte Constitucional ha señalado que, en la democracia representativa, los electores escogen a los representantes de la Nación, pero esto les quita control sobre las decisiones de los elegidos, a menos que se entienda que la soberanía nacional no suponga la transferencia de la democracia basada en la soberanía popular (Corte Constitucional. C-379 de 2016).

La democracia representativa es vista desde sus albores, como el sistema en que el pueblo toma decisiones, mediante un proceso electoral, en el cual participa la universalidad de la población o un grupo selecto mediante el sufragio censitario, en el que se hace legítimo el poder pues deriva del pueblo quien le ha delegado para ello.

La teoría de la democracia representativa se sostiene en el concepto de soberanía y esta a su vez surge por la conclusión de que la nación no puede ejercer directamente la soberanía, sino que

¹⁹ Escritor y político francés, defensor de las ideas liberales durante la época de la revolución francesa y el periodo napoleónico. Por esa época publicó sus Principios de política (1815), en donde defendía a ultranza las libertades individuales, poniendo a su servicio un modelo político moderado y pragmático de monarquía constitucional, con división de poderes y responsabilidad ministerial ante el Parlamento, inspirado en la práctica británica. (<https://www.biografiasyvidas.com/biografia/c/constant.htm>)

lo hace por medio del Estado como persona jurídica, que utiliza legisladores representantes para ejercer soberanía (Segovia, 2008).

La representación política, al igual que la representación de derecho privado, se basa en la idea de actuar por cuenta de otro; es decir, el representante es una persona física que realiza un determinado acto no para sí misma, sino en sustitución de otro a quien se imputan los efectos (Diez-Picazo, 2014).

La característica y elemento diferenciador de la representación política y la representación en el derecho privado, no es otro que la forma como se lleva a cabo la representación política, mediante la elección libre y universal o no de los representantes y la independencia en su actuar de los representantes con respecto a los representados, pues éste tiene el deber de cumplir con su función en la mejor forma posible. (Diez-Picazo, 2014).

Al partir de lo anterior se puede observar que para Castañeda (Castañeda, 2007), dentro de las virtudes de la democracia está el que los representados no tienen que ocuparse directamente de asuntos de gobierno sino que centran su trabajo en sus asuntos propios de la vida privada; sin embargo el mismo autor afirma que también en esa virtud se encuentra el vicio, pues el representado no tiene injerencia directa en las decisiones de su representante, pues en el medio colombiano, la legitimidad de la elección no está condicionada al cumplimiento de un programa o promesas específicas, que a lo sumo se plantean como abstractas. Pero dentro de sus falencias evidencia Dussell que la democracia representativa, vista como una delegación, hace que la comunidad otorgue facultades muy amplias a un representante, no para que haga lo que el pueblo determina como necesidad social sino para que interprete las necesidades del pueblo y obre en consecuencia (Dussel, 2017).

Este desfase entre lo que el pueblo quiere y lo que el elegido hace, es posible limitarlo con elecciones periódicas, con la prohibición a los representantes de perpetuarse en el poder, las relaciones entre ejecutivo y legislativo, leyes de bancadas y controles constitucionales (Castañeda, 2007); sin embargo el mejor elemento de limitación a el desfase en mención puede ser la institucionalización de la democracia directa, donde el pueblo decide sobre la proposición y contenido de la ley (Castañeda, 2007).

La Constitución Política colombiana, en su artículo tercero, plantea con acierto que la soberanía la ejerce el pueblo de forma directa o por medio de sus representantes. Conjuga este artículo, el fortalecimiento de la democracia representativa a la que se une sin dificultad alguna la democracia participativa, que se ejerce directamente por el pueblo.

ARTICULO 3. La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Este tipo de democracia por sí sola no permite el establecimiento de la soberanía popular, porque requiere que los organismos de elección compuestos por los representantes no renuncien a su control legal y político sobre los elegidos, he ahí el gran cambio que representó la Constitución Nacional, por lo menos sobre el papel, ya que la Constitución Real y los factores de poder que hay en Colombia se han convertido en una talanquera para la participación real, aun cuando se ha ido avanzando en el fortalecimiento de los organismos de participación; pero aún no se ha implantado la revocatoria directa y popular de los representantes parlamentarios o del presidente. Y tampoco hay un control suficiente de las actuaciones de las grandes cortes de la Rama Judicial.

2.6. Democracia Participativa

La Democracia representativa es una forma de democracia donde el pueblo delega en las elites sociales o políticas la toma de decisiones. La democracia directa se presenta en los eventos donde el mismo pueblo, bajo parámetros de libertad y universalidad, se manifiesta en la toma de decisiones que conciernen al conglomerado social.

La democracia participativa se plantea al menos en dos escenarios que la materializan y que representan el sentido que tiene un modelo democrático. La Corte constitucional, sobre este punto ha mencionado que la democracia es una redimensión de las relaciones existentes entre el ciudadano y el Estado, al poder elegir a los representantes y las decisiones colectivas por medio de mecanismos de participación ciudadana (Corte Constitucional. C-379 de 2016).

Esta democracia directa o participación ciudadana activa, es la que concibió Aristóteles bajo un contexto de ciudad estado de dimensiones pequeñas y población apta para la toma de decisiones directas. Sin embargo, la democracia participativa nace como una renovada toma de decisiones directas por el pueblo, en quien originalmente reposa la idea de soberanía.

En la Revolución Francesa es donde se planteará un primer intento de síntesis entre democracia directa y sistema representativo. A partir de la experiencia revolucionaria francesa que se aceptó la necesidad y la utilidad de una adecuada combinación de la tesis rousseauiana de la democracia directa con el sistema representativo (Hernández, 2002). La democracia directa, basada en el referendo, se inscribe más bien en una concepción más voluntarista del orden político, sometido de manera inmediata y constante a una voluntad política cambiante del pueblo (Hernández, 2002).

Esta democracia participativa cuyo concepto se concreta en las corrientes de pensamiento modernas, va mucho más allá de ser una mera forma de intervención en la toma de decisiones,

para ser parte de la idiosincrasia de un pueblo en su característica de Estado liberal y protector de valores constitucionales. Así, es un sistema de toma de decisiones y un comportamiento social, todo fundamentado en el pluralismo, la tolerancia, la protección de los derechos y libertades, lo que trae consigo que los ciudadanos participen en la definición del destino colectivo (Corte constitucional. C-180 de 1994).

Según nuestra Corte Constitucional, con la democracia participativa se funda un nuevo concepto de ciudadano para resaltar su rol en la vida política nacional. Implica que “el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios no electorales que incidirán significativamente en el rumbo de su vida. Se busca así fortalecer los canales de representación, democratizarlos y promover un pluralismo más equilibrado y menos desigual. (Corte constitucional. C-180 de 1994)

Existen muchos factores sociales y políticos por los cuales se hace necesario este nuevo enfoque de democracia participativa; pues “la insuficiencia de las democracias representativas en diferentes ámbitos, la conveniencia de mejorar y recualificar los mecanismos de legitimación de manera que no siga ahondándose la brecha entre legitimidad y confianza y las dificultades de los estados para ser el contenedor de los procesos económicos, políticos y sociales significativos” (Chaves, 2012).

Ante esta evaluación de la democracia representativa que hasta el momento se encuentra institucionalizada, la democracia participativa surge como necesidad de reconstruir la relación entre gobernantes y gobernados, en la que el gobernado pueblo no determina sus necesidades y no actúa en consideración a su satisfacción, sino que es presa de un líder creativo que vende su programa de gobierno al pueblo, y en ultimas resulta haciendo lo que el gobernante quiere y no lo que pueblo quiere, lo cual desdibuja completamente la noción de democracia. (Chaves, 2012).

Contrario a lo anterior, según lo menciona la Corte Constitucional, en una democracia participativa “los representantes electos por el Pueblo tienen el deber de ser voceros de la voluntad popular y acatar el mandato imperativo de sus electores (Corte Constitucional. C-379 de 2016)

En una democracia participativa, el ciudadano es quien debe decidir sobre asuntos de carácter público, por lo que “es indispensable que existan mecanismos adecuados para permitir que efectivamente la ciudadanía manifieste su opinión política, de tal modo que ésta sea tenida en cuenta por las autoridades. (Corte constitucional. T-066 de 2015).

Precisamente con la Constitución de 1991 se inició constitucionalmente el tránsito de la democracia representativa a la participativa. Esto conlleva a una concepción diferente de la calidad de ciudadano, lo cual apunta a un cambio del sistema político. (Corte constitucional. T 637 de 2001). En lo que se refiere a la democracia participativa en la constitución política colombiana, el preámbulo de la misma establece la necesidad de la participación como principio fundante de la dignidad democrática (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Este concepto de democracia participativa es más amplio que el de la democracia representativa.

Es una extensión del concepto de ciudadanía y un replanteamiento de su papel en una esfera pública que rebasa lo meramente electoral y estatal. El ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios que incidirán en el rumbo de su vida. Esto se manifiesta en varios artículos de la Carta sobre participación en escenarios diferentes al electoral (Corte constitucional. T 637 de 2001).

Al decir que el marco jurídico es democrático y participativo, señala las bases que soportan la forma de gobierno; esta directriz se ratifica en el artículo 1º de la constitución cuando se menciona

que Colombia está organizada en forma de república democrática y participativa²⁰ (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

En otra parte del articulado, la asamblea nacional constituyente quiso implantar en el marco jurídico de nuestro país unas claras formas de democracia y en su artículo 3º, estatuyo: “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). Al mencionar que la soberanía se ejerce en forma directa, se hace mención clara de la democracia participativa como nueva forma democrática que implementa la constitución, y cuando menciona que la soberanía también se ejerce por medio de sus representantes, está haciendo alusión a la democracia representativa, de tal forma que podemos concluir que el juego democrático colombiano oscila entre una y otra forma de democracia, constitucional y expresamente adoptadas.

El artículo 103 de la constitución enumera los “mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). Sin embargo, la democracia participativa es más que el solo establecimiento de mecanismos para tomar decisiones sobre asuntos en que las ramas del poder público, en especial el ejecutivo o el legislativo, deciden permitir la participación popular. Se materializa con la elección popular y el derecho a ser elegido, en la constitución de partidos políticos, en realizar fiscalización a la labor gubernamental, con las veedurías ciudadanas o la revocatoria del mandato, en tener iniciativas legislativas y en promover acciones que defiendan la constitución y la ley. (Const. 1991, art. 40).

²⁰ ARTICULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Const. 1991)

En sentencia C-089 de 1994, la Corte Constitucional señala que el principio de la democracia participativa contiene el ejercicio del poder público y social y penetra a su vez en ámbitos de los espacios privados, puesto que la vida política, cívica y comunitaria no sólo son derechos y bienes jurídicos, sino que se eleva como deber constitucional del Ser Humano (CP art. 95-5)” (Corte Constitucional, C-089 de 1994).

Según esto, la democracia participativa es vista desde la Corte, interpretando parámetros constitucionales, como un valor que se acerca al ideal democrático de una mayor participación de la comunidad y, además, este tipo de democracia ratifica derechos como la libertad y la dignidad de las personas, pues le reconoce al individuo su capacidad y facultad de autogobernarse y tomar decisiones autónomas que regirán su vida. Apunta la Corte constitucional que la participación del nuevo ciudadano dentro de un sistema democrático es capaz de inspirar el marco constitucional de Colombia y la ampliación cualitativa y cuantitativa de oportunidades materiales de participación ciudadana (Corte constitucional. C-180 de 1994)

2.7. Democracia deliberativa.

Dentro de los nuevos constituyentes de la democracia moderna se plantea la pregunta que desde los griegos se hace, la cual consiste en cuestionarse lo que es bueno para la ciudadanía, los individuos y el Estado. Dicha respuesta busca de forma material la razón (o el logos actual) que permita asegurar la convivencia pacífica, la integración social y el aseguramiento de la participación democrática; a esto le apunta Habermas en su postulado de la democracia deliberativa, y bajo los mismos supuestos interviene Bobbio en el debate, el cual considera que la

democracia representativa como se entiende en el demoliberalismo debe dar un curso que evite la restricción de los campos de intervención ciudadana.

Así, la manera de garantizar un mínimo de integración social no violenta pasa por una configuración cultural e institucional de valores que dé cuenta de esa realidad y que motive a las personas que la componen a pesar de sus diferencias - a la construcción de un proyecto de convivencia que garantice la libertad sobre bases justas de interacción. Es más, es imprescindible la búsqueda de un consenso mínimo de estados de cosas constitucionales.

Por ende, la política entendida en términos de una deliberación que incluya - ya sea a través de representantes y de consultas directas a la ciudadanía - a todos los destinatarios de los acuerdos que se adoptan en ella (normas jurídicas y prácticas políticas) puede dar una nueva base de sustentación a la idea de encontrar una actitud cívica común.

En este ámbito de preocupaciones, la idea de una Democracia Deliberativa se ha abierto espacio en el pensamiento filosófico, político, sociológico y jurídico. Así lo demuestran algunos autores entre los que se encuentra Carlos Santiago Nino (Stotsky, 1999) y el ya fallecido Carlos Gaviria Díaz, quien no duda en indicar la posibilidad de la veracidad en el individuo, es decir, que el individuo no necesite ocultar su ser real para evitar la discriminación. (Gaviria C. , 2013, pág. 20)

Gaviria Díaz coincide en lo concreto y estructural de los postulados de Habermas quien piensa y escribe su tesis de la democracia deliberativa pensando en dos problemas puntuales del Estado, quien se encuentra asediado desde el exterior en su integridad por el fenómeno de la globalización y desde el interior en su propia unidad antropológica por el multiculturalismo. Así los elementos que propone Habermas para la reconstrucción del Estado se basan en la reconstrucción universal de las ideas de ciudadanía y opinión pública, esfera pública, participación y deliberación pública (Domínguez, 2013).

Pero a ese diálogo se le deben impregnar los aspectos revisados de las democracias liberales, muy cercanas a entender la libertad como la libertad de comercio, pero poco dadas a entender la misma como libertad de participación en la dirección de la economía; o mejor en una economía centrada en el humano. Y es que en algo tiene razón el marxismo cuando considera que una democracia como la liberal se convierte en una democracia puramente formal, cuando las libertades declaradas en una carta de derechos no se acompañan de derechos sociales que permitan una vida digna. Por ende, tan sólo es posible hablar de democracia cuando todos los sectores económicos y productivos tengan el derecho a decidir sobre el rumbo que tomará la producción, lo que de suyo permite que esa decisión afecte y beneficie a toda la capa de la población (Badía., 1980). Sin embargo, ese camino deliberativo para la construcción del bienestar social está por ser construido, en gracia al reconocimiento material de los derechos sociales, culturales y económicos.

Considero la importancia radical de la participación en todos los asuntos importantes del Estado, la ausencia de una profundización de la misma en la historia republicana de Colombia ha traído que los sujetos intervinientes de la participación ciudadana, sean extremadamente apáticos en Colombia y muchas veces no entiendan lo importante que es para el destino de un país más justo y claro, la importancia del voto y no sólo el voto sino el interés sobre los asuntos más íntimos de la política, como por ejemplo la corrupción y el medioambiente.

La deliberación constituye un parámetro en el proceso de elección del personero municipal en tanto que a partir de la argumentación y presentación de criterios por parte de los postulados se abre un espacio de deliberación acerca de los posibles aportes que la persona hará a partir de este ejercicio como parte del ministerio público, pero sobre todo como representante de los intereses de la comunidad.

Por lo anterior, la democracia deliberativa no es exclusiva del sistema legal colombiano, ni siquiera se toma como una construcción coyuntural frente a los temas que se presenten en un momento, sino que requiere una libertad tal de compromiso ciudadano que exige un permanente cuidado ciudadano en condiciones de equidad participativa, para poder lograr una multiplicidad de discursos ciudadanos en cuanto a la ética administrativa; cuestión que si bien no se inserta en la doctrina política y jurídica reseñada, puede introducirse a nivel de aporte de la investigadora; con el fin de evitar que la demagogia de al traste con la libertad y el pluralismo participativo.

2.8. Democracia Social.

Tomando en cuenta la posición de la Corte Constitucional se tiene como Democracia Social una concepción del ejercicio político de tipo dialéctico o dialógico, que puede resumirse como los procedimientos canalizadores de la libertad colectiva e individual; a través del dialogo y la voluntad pluralista y la discusión colectiva, y a través del respeto mínimo a los derechos sociales y colectivos (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-105/13).

Carlos Nino defiende este tipo de democracia desde dos puntos de vista, el primero corresponde a Jhon Rawls y el segundo a Habermas. En cuanto al primero finca su pensamiento en dos principios de justicia: La exacerbación de la libertad y la limitación de las desigualdades sociales y económicas a aquellos ciudadanos que se encuentran en una posición de inferioridad, es decir, los miembros menos favorecidos; en razón a que los principios morales de universalidad, generalidad, publicidad y finalidad sean los que conciten las reglas técnicas de actuación de los Estados conforme a su carta organizativa y de derechos. Así, la justificación básica de un Estado está plena de presupuestos formales y límites de razonamiento (al mejor estilo criticista Kantiano),

que deben permear los mecanismos de participación dentro del Estado, lo que permite la validez de los principios constitucionales que son aceptados en términos de equidad e igualdad material por todos los sujetos que integran el Estado. (Nino C. S., 1996). De lo anterior cabe precisar en esta tesis, y como aporte de quien esto escribe que los principios éticos del Estado Social y Democrático de Derecho se constituyen en elemento vital para el fortalecimiento de la democracia, pues a partir de su puesta en práctica se garantiza el ejercicio en términos objetivos de las tareas trazadas en quienes se delegue o tengan a cargo determinada función al interior del Estado.

El discurso de Rawls sobre la posibilidad de fundar la democracia constitucional en términos sociales no parece una propuesta conclusiva, lo que indica la importancia que se miren a otros autores o filósofos del derecho para permitir que se construya una teoría más unificada; por lo cual es importante plantar las bases teóricas del discurso dentro de una democracia de deliberación como una democracia de tipo participativa, en ese sentido Carlos Gaviria se refiere a la importancia de construir la democracia a partir del sujeto primario, es decir, del pueblo como protagonista de la misma:

No es posible que haya democracia funcional a la demagogia, ¿cuál es la democracia funcional a la demagogia? aquella que se dirige a una masa amorfa, absolutamente amorfa, ambigua, que naturalmente para los demagogos es lo mejor porque es completamente manipulable, se encuentra en una situación de ignorancia, no sabe para dónde va. En cambio, cuando uno es un verdadero demócrata y piensa que lo que hay que hacer es construir la democracia, que lo que tiene que hacer es construir el sujeto de la democracia, y el sujeto de la democracia es el pueblo, el pueblo no puede ser una masa amorfa sino, como dice muy bien Adela Cortina: “tiene que ser una comunidad pensante, consciente, convivente (Gaviria, 2015, pág. 21).

Por qué se toma a Carlos Gaviria Díaz y las anteriores citas como partícipe de las concepciones de la democracia social; simplemente porque da el punto de apoyo de lo que implica la construcción del sujeto democrático, que es básicamente la propuesta de Habermas y que resuelve la aporía o paradoja difícilmente superable en la que se para Rawls.

Habermas sostiene que el discurso en su praxis se constituye por interacciones comunicativas en las cuales participa el sujeto de la democracia, es decir el pueblo organizado en el conjunto de ciudadanos y ciudadanas autónomos y libres, lo que permite que en plena libertad los ciudadanos coordinen sus discursos en favor o en contra del reclamo de validez que tienen las construcciones constitucionales, para formar el consenso mínimo de convivencia social. De lo anterior se evidencia que el inter - convencimiento subjetivo se hace en condiciones de imparcialidad, porque de la comunidad en diálogo permanente, o en acciones comunicativas continuas se termina decantando dentro de la imparcialidad lo que es común y necesario para el sujeto democrático llamado pueblo, discurso que se traduce en la dignidad humana y la igualdad material (Nino, 1996, p. 158). Respecto de la democracia social, de acuerdo a lo planteado por los autores, corresponde al individuo en su ser superar las barreras del yo para presentar y ejercer sus competencias en beneficio de la comunidad frente a la cual se enfrenta.

2.8.1 Democracia Sustancial o Sustantiva. La democracia sustantiva es un tipo de práctica política que necesariamente parte en Colombia con el advenimiento del Estado Social y Democrático de Derecho, el cual cambia el formalismo del sistema jurídico y pone la soberanía tanto en el pueblo como su mirada en el bienestar del ser humano. Así la parte orgánica, estructural y procedimental de la Constitución del 91 sólo puede interpretarse a través de la sustancialidad de sus derechos; por lo cual la parte orgánica de la Constitución sólo cobra sentido si se interpreta a

partir de lo contenido en el apartado de los derechos, principios, deberes y fines constitucionales, por tanto cualquier interpretación de la parte estructural de la constitución se encuentra dentro de la declaración de los principios y derechos constitucionales, de lo contrario peca por inconstitucional (Sentencia No. T-406/92).

De lo anterior se deduce la concepción de la democracia sustantiva como aquella que se basa en la igualdad material entre los asociados al Estado, se tiene por ende una visión de la democracia que conjuga todos las anteriores formas de la democracia constitucional; es decir, parte de una carta de derechos que incluye los derechos políticos e individuales, además incluye mecanismos amplios de participación en los asuntos del Estado; por otra parte este tipo de democracia contiene formulaciones de la democracia formal pues se supone que no puede existir por fuera de un Estado de Derecho (Social y Democrático de Derecho en el caso Colombiano), con elecciones periódicas y elecciones de representantes (en algunos casos con fuerte control político y en otros no tanto), así mismo se plantea este tipo de democracia con altos fundamentos deliberativos.

Así el Estado Social de Derecho se funda en tres pilares de democracia que dan lugar a la democracia sustantiva. En primer lugar, una función distributiva que se relaciona con la distribución de bienes y servicios culturales por parte del Estado, lo mismo que tiene que ver con aspectos tributarios de sostenimiento y desarrollo estatal. (SENTENCIA C-566/95).

En segundo lugar una gama de posibilidades participativas y deliberativas para los asociados; pues la democracia necesariamente trae consigo: la soberanía popular el poder del poder público derivado de la facultad de constituir, legislar, juzgar, administrar y controlar, que el Pueblo sea el creador del derecho que subordina a sus servidores, que el pueblo decida la conformación de los órganos por medio de los que actúa el poder público y que la soberanía popular actúa a través de delegados o directamente (Sentencia C-379/16). Y en tercer lugar un amplio espectro de

pluralismo político asociado a la dignidad humana: “entendida esta como la posibilidad de desarrollo del ser humano en todas las esferas de interacción social” (Sentencia C-052/18).

Así las cosas, y para concluir, la Corte Constitucional entiende que se puede tener la democracia sustancial como una práctica radical de la democracia, pero quien esto escribe pretende ir más allá, pues no se concibe la democracia sin la democracia económica, ya que la miseria absoluta y la jerarquía impositiva del mercado no es conducente, pertinente ni útil para la consecución de una democracia verdadera, porque sólo así, los espacios de validez para el desarrollo de la dignidad del ser humano, tanto como participe activo de los fines sociales y estatales, como de los bienes materiales e inmateriales relacionados con la vida digna y la dignidad humana tienen cabida para garantizar la isegoría y la isonomía estatal.

Se tiene que en este capítulo se pudo evidenciar que la democracia es un concepto que desde la Corte Constitucional nunca llega a ser completo, porque se mantiene en continuo desarrollo, la representación pura y simple determinada por la sola legitimación para la escritura y la construcción de leyes ha dado paso a la democracia tuitiva, proteccionista de los derechos fundamentales y la moralidad pública, que se determina por la defensa de la dignidad humana; esta democracia es participativa y deliberativa, propone que quienes accedan y se mantengan en los cargos públicos sean los más capacitados moral e intelectualmente, que los ciudadanos sean unos permanentes vigilantes de ese poder público y que el poder público sea en todo momento una herramienta para la protección de la dignidad humana. Esa influencia de la Corte Constitucional y de la filosofía de la Carta Política de 1991 en la elección por concurso de los personeros, se verá en el capítulo tercero, el cual viene a continuación.

A partir de lo ya establecido como democracia, se considera que la introducción del concurso de méritos en la elección del personero municipal, permite la llegada de una práctica democrática

más abierta; pues en estados anteriores de la elección del personero municipal, no se llega a desarrollar el concepto de meritocracia y por tanto no se presenta un concepto paradigmático tan abierto, como el que en esta tesis se presenta; así se incluye la teoría que Carlos Gaviria predica, la cual se explica como la posibilidad de que la persona y los grupos sociales puedan mostrar su vocación de contribución social, sin que sean discriminados o sufran violencia, por lo que son o por lo que luchan. Pero también acoge la representatividad (aunque disminuida en importancia, con respecto a lo que republicanamente se estilaba en Colombia), la participación, la meritocracia, la teoría de la inclusión del otro, la teoría deliberativa y demás modelos que ayuden a engrandecerla, siendo a diferencia de las anteriores propuestas, un modelo abierto, universal y sujeto a cambios en el avance de las libertades de sujetos y comunidades.

3. El personero municipal en la democracia colombiana

Este capítulo se justifica por su alcance introductorio y como conector entre los capítulos anteriores y el esquema principal de la tesis que se escribe, puesto que, si se habla del constitucionalismo democrático colombiano, obviamente se debe acudir a su historia constitucional y la filosofía de su historia constitucional. Como ya se habló este capítulo pretende establecer dentro de qué modelos de democracia se ubica la elección del personero municipal por concurso de méritos en el Derecho Constitucional colombiano.

3.1. El Personero Municipal en el ordenamiento jurídico colombiano a través de su historia.

Al parecer es difícil hacer un rastreo único de la historia de la Institución de la Personería Municipal en Colombia, por lo menos como institución se puede indicar que tiene origen en el antiguo derecho público romano y que en Colombia apareció (aunque sea de manera embrionaria como institución que buscaba salvaguardar derechos individuales e intereses colectivos) (ESAP. Escuela Superior de Administración Pública., sf, págs. 10 - 13).

Así, en la época del imperio romano hubo varias instituciones que cumplían con las características de las personerías municipales; así la institución de los “curiosi” consistía en funcionarios que eran inspectores imperiales sin funciones judiciales, pero que se encargaban de vigilar que las normas y los decretos imperiales se cumplieran adecuadamente. Ahora bien, se puede asimismo observar que no era la única institución que cumplía funciones que se relacionan hoy en día con la Personería Municipal, pues también existía la institución del defensor civitatis, quien debía defender a los ciudadanos, en general a los más pobres contra las arbitrariedades y abusos de los funcionarios, igualmente reemplazaban y representaban a la víctima frente a los delincuentes (ESAP. Escuela Superior de Administración Pública., sf, págs. 10 - 13).

Frente a cómo las anteriores instituciones llegaron y se instalaron en América Latina y en Colombia, la ESAP indica que en el periodo de la colonia hubo un traslado constitucional a las colonias en América de varias instituciones de origen real, entre las que se encuentra el Procurador del Cabildo, funcionario que defendía los derechos ciudadanos y los intereses de la ciudad. Ya en tiempo de la república por medio de la Ley del 11 de marzo de 1825, se reglamenta la organización de las municipalidades y a su vez se incluye al procurador municipal como un funcionario que se encarga de representar los intereses municipales, en 1830 se expide la Ley Orgánica del Ministerio

Público en su artículo 2, que dispuso que los síndicos personeros del común fueran funcionarios del Ministerio Público. La del 3 de junio de 1848 estableció que el presidente del Concejo Municipal ejercería las funciones del personero, en 1850, por la Ley del 22 de junio, asigna el nombramiento y remoción de los personeros a los concejos municipales, el acto legislativo No. 3 de 1910 da a los Concejos Municipales la facultad de nombrar a jueces, personeros y tesoreros municipales. Por último, la Ley 4ª de 1913 establece las funciones y consagra la potestad de los concejos municipales de nombrar a los personeros. Posteriormente, se le quitaron al personero las funciones de representante legal del municipio, incluso mediante el acto legislativo No. 1 de 1979 declarado inexecutable se planteó la desaparición de dicha institución (Alcaldía Mayor de Bogotá, 2002). Ya mediante la Ley 11 de 1986 se le dio el rol como el defensor del pueblo o veedor ciudadano concretando sus funciones como agente del Ministerio Público y fijando unos requisitos mínimos para desempeñar el cargo. La Ley 3 de 1990, le amplió el período a dos años y completó sus funciones como defensor del pueblo y de los derechos humanos, por último con la expedición de la Ley 136 de 1994, se amplió su período a 3 años, vinculó su dependencia al Ministerio Público, y además prohibió la reelección del personero y definió su régimen salarial. (Alcaldía Mayor de Bogotá, 2002).

3.1.1. Los antecedentes de la Personería Pública y el Ministerio Público en Colombia, a través de su constitucionalismo. La personería de la Ciudad de Santiago de Cali indica que en América apareció con la imposición de la legislación indiana de dos figuras, la de los síndicos personeros del común o procuradores de las ciudades designados por los cabildos, quienes se encargaba de cuidar el fisco y defender los derechos ciudadanos (Personería Municipal de Santiago de Cali, s.f.)

Hacia el año de 1855 hubo la necesidad de complementar la estructura del Ministerio Público, en dicha oportunidad la ley les señaló a los Síndico Personeros la función de llevar la voz de la Nación ante los jueces parroquiales en los asuntos en los que fuese parte, igualmente la de llevar la voz fiscal en todas las causas seguidas de oficio ante los mismos funcionarios, los deberes como funcionarios de instrucción y por último la colaboración con los demás agentes fiscales. Para la Constitución de 1858 hubo ciertos cambios, si bien se mantuvo la institución de las Personerías, se incluyó a la Cámara de Representantes como agente del Ministerio Público, sin embargo continuaron las figuras del Procurador General de la Nación y demás funcionarios a quienes la ley atribuye esa facultad, pero la ley 73 de 1880 desarrolla la estructura del Ministerio Público y señala que los Fiscales y Personeros Municipales continúan con sus mismas funciones. La Carta Política de 1886 de tendencia extremadamente centralista y conservadora le restó autonomía al Ministerio Público al someterlo a la dirección del gobierno, pero le dejó la dirección al Procurador General de la Nación y a los fiscales de los tribunales superiores del distrito; la ley 61 de 1886 dispuso: Al expedirse la Carta de 1886 quedó consagrado que el Ministerio Público sería ejercido En cada Distrito Municipal habrá un Personero que residirá en la cabecera de cada Distrito y será nombrado por el Presidente de la República, quien puede delegar esa facultad en los Concejos Municipales (Personería Municipal de Santiago de Cali, s.f.).

La Ley 149 de 1888, sobre Régimen Político y Municipal, que desarrollaba la estructura del poder público en Colombia igualmente se encargó de normativizar el Ministerio Público y determinó que sería ejercido entre otros los Personeros Municipales, pero centralizó aún más sus funciones en el poder ejecutivo, el cual tenía la prerrogativa de nombrar los miembros del Ministerio Público, aunque le daba cierto poder de desconcentración y delegación pues podía delegar esa facultad en los Concejos Municipales para el caso del nombramiento de los

funcionarios que ejercerían como personeros, para el año de 1903 los Personeros comenzaron a ejercer las funciones de los fiscales del circuito, la norma fue ratificada en la Ley 63 de 1905 (Personería Municipal de Santiago de Cali, s.f.)

Las instituciones relativas a la personería y al Ministerio Público, se puede observar que la institución del personero y en cierta manera la del Ministerio Público tiene varios antecedentes en el imperio Romano y en la República y pasó a la América Hispana a través del imperio español, de tal manera se observa que hasta muy avanzado el Siglo II, el pueblo solía reunirse en Asambleas a las que se llamaban Comitia, Curiata o Tributa y asignaban a un funcionario llamado “Actor Publicum” que era lo que hoy conocemos como PERSONEROS y que en otra época se llamó Cindici – Municipium las funciones de protección de los intereses del pueblo y la defensa del tesoro público o erario. En el imperio español en el período de 1517 a 1700, el pueblo elegía los llamados Jurados, vigilantes de la función de los regidores, posteriormente fueron llamados Síndicos o Procuradores. Para el reinado de Carlos III se creó la resolución del 5 de mayo de 1766 crea una serie de reformas administrativas entre las cuales le dio un tiempo mínimo de permanencia de dos años (Personería Municipal de Santiago de Cali, s.f.).

Las anteriores formas institucionales del reino español vinieron a nutrir el aspecto democrático de la constitución del 91, lo cual estructura la forma democrática de la constitución, y de la que se hablará posteriormente, sin embargo se puede decir que la institución de la Personería por la forma de elección corresponde a un tipo de democracia participativa y representativa, además con otras estructuras mixtas, lo que supone la participación directa de los ciudadanos en las decisiones importantes del Estado, bien sea a través de la elección o de la vigilancia. Aquí se muestra que las autoridades más representativas de los intereses de la colectividad deben ser escogidos por medio del sufragio directo, pero en el caso de los Personeros mediante una elección de segundo grado

por parte de los integrantes del Concejo Municipal, los cuales están atados a un concurso de méritos, que antes de ser una elección aristocrática (gobierno de los mejores), potencia la democracia participativa, pues la misma se desarrolla cuando la posibilidad de vigilancia y de meritocracia de las instituciones crece en posibilidades (Personería Municipal de Santiago de Cali, s.f.).

Es bueno advertir de antemano que la elección por méritos de Personero Municipal es un gran avance histórico en cuanto al desarrollo de la democracia participativa, pues como dice la jurista Mónica Herrera; el Personero Municipal depende del Ministerio Público y por ende debe proteger los derechos humanos y la función pública, mediante la vigilancia de sus funcionarios. Y ya a partir de la Ley 1551 de 2012, la elección de personeros debe estar precedida de un concurso público de méritos, regulación declarada exequible mediante la sentencia C-105 de 2013, indicando que la democracia participativa y representativa se fortalecía con los principios de la meritocracia. Concretándose así un fortalecimiento de los valores de participación, igualdad, publicidad, transparencia, debido proceso, mérito, selección objetiva etc. (Herrera, 2016).

Si bien la sentencia citada responde parcialmente al problema de investigación planteado, no obstante, cabe advertir que el análisis se realiza en el sentido de poder determinar el porqué de las conclusiones del legislador para establecer esta modalidad de selección respecto del personero municipal, a continuación, se citan algunas de ellas:

1. Evidenciar un modelo de democracia en el cual con la postulación de los diferentes aspirantes se busca de manera objetiva seleccionar la mejor opción, que permita desarrollar sus funciones.
2. Exigir del colectivo de concejales representantes del ejercicio democrático a partir del voto popular, el análisis de las hojas de vida y el ejercicio de un proceso riguroso de selección elección

basado en el mérito, entendido éste como la capacidad máxima para cumplir con la mayor eficiencia y eficacia los principios y fines de la función pública.

3. Respetar el proceso de selección para poder determinar de la lista de elegibles quién debe ser la persona idónea para el ejercicio del cargo de personero municipal, y de esta manera hacer un ejercicio juicioso del 10% que les es asignado en el desarrollo de la entrevista y evitar poner en tela de juicio la decisión final y que no se constituya en un escenario de abuso de poder.

4. El Estado confía en sus instituciones jurídicas, es así que promueve el concurso de méritos como una forma de fortalecimiento de las personerías municipales.

Si bien se puede indicar que el origen de la Personerías es inherente al del Estado, pues ha existido tanto en los Estados imperiales y religiosos antiguos, como en los Estados modernos y contemporáneos, dicha institución subsistió a la llegada de la edad media europea, aunque sus funciones se especificaban más en el cuidado del tesoro y los impuestos, y sólo a veces como defensora del pueblo y como parte de los procesos penales. Cuando la institución llega a América se retomó la institución de los síndicos personeros del común, los cuales eran designados por el cabildo para la defensa de la población indígena, tanto en concejos, audiencias y tribunales. Aun así, la figura del personero municipal en Colombia llegó a la colonia traída por el reino español, como funcionario que se encarga de defender los derechos humanos de los ciudadanos y la moralidad administrativa (Personería de Medellín, 2018).

Sin embargo, también es de indicar que el papel del derecho público francés fué muy importante para el nacimiento de la figura de las personerías y en general de Ministerio Público, tanto en su labor en defensa de los intereses del Estado, como en su antigua labor (para Colombia) de ser agencia impulsora de los procesos criminales:

3.1.2 La Personería Municipal y el Ministerio Público en Colombia como garante de los derechos humanos y La ética Pública. Como ya se dijo, la institución constituyente del Ministerio Público se originó en la Carta Fundamental de la República de Colombia, Venezuela y Ecuador, en el periodo conocido como el de la gran Colombia, la cual fue expedida el 29 de abril de 1830, esta institución se organizó, mediante la Ley del 11 de mayo de 1830, y fue ejercida por el Procurador General de la Nación, como agente del poder ejecutivo, el cual se encargaba de la defensa de los intereses jurídicos de la Nación frente a tribunales y juzgados, velar por el respeto a las leyes y defender y promover el orden público. En un comienzo, la ejerció el Procurador General de la Nación, como agente del poder ejecutivo, con atribuciones para defender a la Nación ante los tribunales y juzgados, velar por la observancia de las Leyes y promover el orden público (Procuraduría General de la Nación, SF).

Así, la primera ley orgánica que incluyó al Ministerio Público como institución republicana, determinó que el Ministerio Público fuese un cuerpo de funcionarios que promovieran tanto la ejecución como el cumplimiento de las Leyes, así como las disposiciones del gobierno y sentencias o la jurisprudencia de los tribunales; igualmente tenía como función vigilar la conducta oficial de los funcionarios públicos y perseguir los delitos penales. Los integrantes del Ministerio Público eran: El Procurador General (quien lo dirigía), y en su orden jerárquico los Procuradores Generales de los Departamentos, los Procuradores de Provincia, los Síndicos Personeros y los agentes de Policía (Procuraduría General de la Nación, s.f.).

Para la Carta Política de 1991 se definió de manera clara cómo debía ser el carácter de la institución del Ministerio Público, dentro del esquema de una democracia participativa, pues si bien no era una rama del poder público (como lo pensó en un principio Bolívar o como aparece en la Constitución de Venezuela, que se entiende como poder moral), si lo entendió como un órgano

autónomo frente a las demás ramas del poder público del Estado, asignando igualmente al Procurador General de la Nación la dirección, con autonomía administrativa y financiera. La Constitución de Colombia de 1991 suprimió las funciones que tenía el Ministerio Público para perseguir los delitos y actuar como ente acusador en los procesos penales, por tanto se suprimieron los fiscales de tribunales superiores de distrito y los demás fiscales de juzgados, para lo cual se crearon funciones de control disciplinario y de intervención para protección de los derechos en todo tipo de procesos judiciales, a necesidad del Ministerio Público, con el fin de salvaguardar el imperio del Derecho, la eficacia y eficiencia del orden jurídico, la dignidad humana y los derechos humanos, e igualmente el interés superior social. Por último, se crea igualmente la institución de la defensoría del pueblo, encargada de tutelar y luchar por el respeto a los derechos humanos. Igualmente, el Procurador General de la Nación por cuenta de la Constitución de 1991 recibió el poder preferente disciplinario frente a otras agencias estatales, además, podía el Procurador exhortar al Congreso para lo atinente a la expedición de normas y leyes sobre Derechos Humanos (Procuraduría General de la Nación, s.f.).

Desde Simón Bolívar, se tenía en mente lo que hoy es el Ministerio Público en gran parte de América Latina, o sea, un ente investigador e impulsor de los procesos criminales, pero a su vez, un ente investigador de los procesos disciplinarios, que investigara no solamente los delitos criminales, sino también las conductas de los funcionarios en calidad de proteger la ética del Estado.

Volviendo a la época más contemporánea, con el fin de garantizar la ética pública y el respeto por los derechos humanos, con la Ley 201 de 1995 se crearon varias instituciones y surgieron varias reformas, entre otras la creación del Instituto de Estudios del Ministerio Público, la cual funcionaba como unidad administrativa especial, de tipo académico y cuyas funciones consistían

en asistir al Procurador en el desarrollo de programas de capacitación orientados a favorecer la calidad administrativa, y a facilitar el reconocimiento y respeto de los derechos humanos de los distintos grupos existentes en la sociedad colombiana. Por otra parte, se da más jerarquía a la Oficina de Investigaciones Especiales, con el fin de otorgársele la categoría de Dirección, oficina que pasó a ser adscrita al despacho del Procurador, con la función de asesorar y colaborar con ayuda técnico-científica para las distintas dependencias en las materias señaladas, esto con el fin y con el ánimo de robustecer la lucha contra el enriquecimiento ilícito y contra la corrupción administrativa. Con relación a esto último se crea la Oficina de Control Interno, la cual debía ser responsable tanto de aplicar los mecanismos de gestión de control en las áreas de auditoría funcional, administrativa, financiera, de sistemas y comunicaciones, lo que permitiría avanzar en eficiencia y eficacia. Otro Órgano importante que fue creado, es el Centro de Atención al Público, CAP, cuyo deber se centra en acercar la Procuraduría a los ciudadanos y facilitar su participación en los trámites disciplinarios, pues es la oficina que recibe, diligencia y coordina el trámite de las quejas presentadas de manera personal o por escrito, igualmente orienta e informa a los ciudadanos acerca del curso del proceso disciplinario, del cual se puedan derivar denuncias (Procuraduría General de la Nación, SF). Por el Decreto 262 de 2000 crea la Sala Disciplinaria, la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios y desaparecen las procuradurías departamentales y municipales, la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública y a nivel territorial se estructura en las procuradurías regionales, provinciales y distritales; se crea la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública.

3.2. Papel del personero municipal en el Estado Colombiano y en la Estructura Jurídica del mismo.

Con este aparte se demuestra en una fase más técnica cuáles son las funciones del personero con respecto a la democracia colombiana, cuáles son sus fines constitucionales y sus principios respecto a las obligaciones internacionales del Estado Colombiano, para con sus integrantes o asociados.

La Personería es una institución que involucra un punto de convergencia entre las autoridades y la sociedad civil o la comunidad; es esencialmente un órgano de control que establece y desarrolla a nivel regional las funciones del Ministerio Público, tanto como salvaguarda de la ética administrativa como de salvaguarda de los derechos humanos fundamentales. Además la personería debe representar los intereses colectivos y a su vez ejercer el control administrativo en el municipio, teniendo autonomía presupuestal y administrativa y fungiendo como ordenador de gasto. Ahora bien, la Personería en relación a la democracia participativa que Colombia ha admitido en su estructura constitucional es defensora del pueblo y veedora ciudadana, defensora de los derechos humanos, veedora del tesoro y defensora del interés general (Torres Alzate, 2004).

La institución de la Personería Municipal tiene como forma estructural la defensa de varios principios importantes para cualquier democracia (sea participativa, deliberativa o representativa). Así el artículo 24 establece que debe el Personero Municipal cumplir las funciones allí asignadas y que de manera general corresponden a la defensa de la constitución mediante la vigilancia de la función pública y los derechos humanos, por tanto, se establecen conceptos relacionados con la defensa del derecho a la moralidad administrativa que implica la protección del erario y la pulcritud y honestidad en el desempeño de las funciones del empleado estatal. Igualmente debe el Personero

velar por la prevalencia del interés general en la función pública (Sentencia C-643/12). Como defensor de los derechos humanos el Personero municipal es un funcionario que implica la defensa de la democracia verdadera, la que se basa en la protección de la dignidad humana y los intereses colectivos, pero también como ya se evidenció es una institución de carácter democrático que busca siempre la paz social y la igualdad con justicia social (Alcaldía de Bogotá:2002).

Además dicha función no solamente implica hacer respetar los derechos fundamentales relacionados con la estructura de los derechos relacionados con la vida, sino que también es un ejecutor de los derechos que tienen que ver con el respeto a los derechos, en éste caso el personero puede interponer acciones judiciales como lo son la acción popular, la acción de tutela y el derecho de petición de los ciudadanos que se encuentren en estado de indefensión; e igualmente por la defensa de los derechos de los funcionarios públicos a los que vigilan (Alcaldía de Bogotá:2002).

Sin embargo, la función como defensor de los derechos humanos, es sólo una de tantas de las que cumple como funcionario del Ministerio Público, de hecho, hay varias como, por ejemplo:

La vigilancia de la normatividad jurídica, desde las leyes hasta los actos administrativos legales, vigilar el cumplimiento de la ley de leyes, es decir la carta política, para lo cual debe promover las acciones jurídicas necesarias que garanticen la democracia colombiana al ratificar los fines esenciales del Estado Social de Derecho en su aplicación material, por esto defender los intereses de la sociedad y en especial los relacionados con la dignidad humana y el erario le abre la posibilidad al Personero de ocuparse del bienestar colectivo, de procurar que el interés general se sobreponga e integre en todos los actos de la administración. Pero, de hecho, el control que ejerce el personero municipal sobre la función pública, como agente que es del Ministerio Público, no es solamente material, sino que también tiene una dimensión personal, pues realiza una vigilancia de

la conducta oficial de quienes han desempeñado funciones públicas. Igualmente, en las intervenciones que hacen por mandato o solicitud de la Procuraduría en los procesos judiciales, policivos o administrativos, los personeros deben buscar por que las garantías judiciales se otorguen de manera adecuada (Alcaldía de Bogotá, 2002).

3.2.1 El Personero Municipal como órgano de Control y Vigilancia ética en el sistema democrático colombiano. Como su título lo indica se pretende demostrar que este órgano de vigilancia es esencial para lograr que Colombia sea un Estado ético y respetuoso de las garantías de los ciudadanos para con la función pública. Ahora bien, para la consecución de este acápite es necesario mostrar cómo se entiende la ética filosófica, relacionada con nuestro ordenamiento democrático.

En un principio la ética pública en Colombia tiene referencia al tema de la corrupción, de hecho, la ética pública es el fundamento del derecho disciplinario y su vigilancia es la principal función, junto con la promoción y el cuidado de los derechos humanos, del Ministerio Público, de por esto es tan importante la ética pública que se entiende como un derecho humano sin la cual los Estados no pueden garantizar otros.

Son dos los principios que debe proteger en esencia un personero municipal en su labor de agente del ministerio público, en primer lugar está la dignidad humana, y en segundo está la moralidad administrativa, o sea la ética pública, de hecho la Corte Constitucional trae a colación la exposición de motivos de la ley 734 de 2002, donde se declara exequible la mayor severidad de las sanciones, teniendo en cuenta que el legislador persigue un fin constitucional sumamente importante para nuestro ordenamiento, darle al ministerio público, a las autoridades y a la ciudadanía armas para perseguir a la corrupción administrativa (Sentencia C – 1076 de 2002).

Para nadie es un secreto que el incremento de la corrupción en Colombia en los últimos años ha generado desvío y derroche de recursos, lo que trae en consecuencia ineficiencia en el funcionamiento de las instituciones del Estado, incumplimiento de los objetivos constitucionales, agravamiento de las necesidades sociales y pérdida de confianza en el Estado (Bautista, 2014).

La Moralidad administrativa es un concepto y además un derecho humano, dado que las características de la representatividad, la participación y la confianza institucional, son necesarios para el cumplimiento de los intereses y principios ordenadores del sistema democrático; la libertad, la igualdad, el orden y la justicia (Montenegro Calvachy, 2008).

Este contexto muestra que la Personería Municipal para poder cumplir sus funciones éticas y constitucionales como actor vigilante de la función pública debe por lo menos cumplir con las siguientes directrices, que permitirán cumplir un compromiso social con la ética democrática de la transparencia y la probidad ciudadana y administrativa:

- En relación con los directivos: La Personería municipal debe encargarse de estudiar el perfil ético de los directivos, con el fin de establecer reglas claras, precisas y públicas para resolver los conflictos de interés; ocupándose el Personero que el directivo tenga una conducta ejemplar que lo haga confiable para los usuarios. Lozano Barragán indica que el sentido moral de la acción directiva precisa que el directivo genere espacios e intercambio de expectativas, con el uso de una perspectiva democrática del poder (Lozano Barragán, 2009).

- En relación con los funcionarios: La Personería debe permitir y proteger el desenvolvimiento integral de las necesidades y capacidades de los funcionarios públicos, debe apoyar por tanto y proteger un empleo que promueva el desarrollo humano integral, por tanto se debe proteger el libre desarrollo de la personalidad y la facilidad para que los funcionarios puedan tomar las decisiones que afectarán el bien común, igualmente la prestación personal del servicio

público no sólo debe ir en torno del bien común, sino que también debe producirse en torno al crecimiento de las personas en los niveles profesional, personal y familiar. El Personero debe prestar sus funciones teniendo en cuenta que los servidores públicos tienen derechos que deben ser garantizados y respetados, y además necesidades que deben resolverse. Por eso el sistema de evaluación de desempeño debe ser objetivo y no conllevar favoritismos ni prejuicios negativos (Lozano, 2009).

- Frente a los contratistas: Teniendo en cuenta que no todos los servicios pueden ser prestados directamente por el Estado y que los contratistas son los que muchas veces aportan a la Personería los bienes o servicios que necesita para cumplir sus funciones; está la personería obligada a cumplirles los compromisos contractuales, establecer una política de información, establecer mecanismos para prevenir los sobornos, el tráfico de influencias, la competencia desleal etc.

- Frente a las otras entidades públicas es vital la colaboración en la lucha contra la corrupción, pero además evitar el conflicto de intereses, el desarrollo de una cultura ética y además fomentar la actividad de la responsabilidad social empresarial.

- Frente a lo que ya se dijo con relación a la colaboración con otros órganos de control, se deben tomar las propuestas de Lozano Barragán:

La Personería está legalmente obligada a cumplir las responsabilidades que tiene frente a los órganos de control político (Concejo Municipal), control fiscal (Contralorías Municipal, Contraloría General de la República), control disciplinario (Procuraduría General de la Nación) y control administrativo (Oficina de Control Interno), en cuanto al suministro oportuno, veraz y suficiente de la información que los órganos competentes requieran para cumplir sus funciones, así como al acopio y procesamiento en forma previa y sistemática de la información que la

normativa jurídica le ordena para dar cuenta de su gestión. Igualmente, la entidad debe tomar las medidas necesarias y pertinentes para atender las sugerencias y recomendaciones que hagan los órganos de control conducentes al mejoramiento de su gestión (Lozano, 2009).

- Por último, frente a los gremios, los medios de comunicación y a la ciudadanía en general, los compromisos éticos de las personerías tienen que ver con la participación y el derecho a la información; por lo que son muy importantes las acciones que promuevan y hagan respetar las veedurías ciudadanas, la divulgación de los compromisos éticos y de probidad con los grupos económicos y la información veraz y objetiva con respecto a los medios de comunicación y la ciudadanía (Lozano, 2009).

3.3. Cambio normativo en la elección del personero municipal.

Acá la tesis se adentra en el significado para la democracia de los cambios institucionales que trae la nueva forma de elección por mérito público de los dirigentes de las personerías municipales. La Corte Constitucional no se ha mantenido ajena de pronunciarse sobre el modo de elección de los personeros municipales que se concreta por el concurso de méritos. En primer lugar, se considera que este tipo de elección profundiza la dinámica de la lucha democrática en el sentido que es la mejor manera de proteger la moralidad administrativa, ya que el concurso de méritos es un mecanismo democrático que evita que en los cargos relativos al control constitucional y público se sobreponga el clientelismo y la corrupción, pues el concurso de méritos es la modalidad idónea para certificar si el funcionario público es el idóneo para ejercer el cargo (C – 040 de 1995).

Dentro de la anterior jurisprudencia encuentra la Corte Constitucional que el concurso de méritos es una manifestación de la democracia en Colombia, jurisprudencia y complementada posteriormente.

Pero aún en gracia de la discusión, y suponiendo que el precedente anterior fuese inaplicable, los cargos formulados por el demandante no ponen en evidencia la inconstitucionalidad del precepto acusado.

En este sentido, encuentra la Corte que las consideraciones relativas a la anulación del principio democrático y al desconocimiento del procedimiento constitucional de elección, por bloquear la dinámica natural de las corporaciones públicas como órganos que canalizan y representan la voluntad general.

Frente a esto es de anotar que la Corte Constitucional no limita la elección por méritos a la categoría de la democracia representativa, que es lo que según la Corte hace el actor al solicitar que los Personeros Municipales sean electos por medio de concurso de méritos, pues la argumentación va dirigida a que limita los poderes del Concejo Municipal al indicarles la manera de elegir el funcionario que represente al Ministerio Público a nivel territorial, lo que traería consigo un límite o restricción a la democracia en Colombia y al principio de la democracia electoral descentralizada, pues no debía haber límites injustificados a los poderes de los representantes de los ciudadanos a nivel municipal. Ante esto la Corte Constitucional responde que el actor confunde la democracia representativa con el concepto general de democracia; que la norma no le impone límites al elector colegiado representativo sino que al contrario enmarca la elección dentro de los conceptos de la democracia deliberativa y la participativa, pues permite una mejor veeduría y una mayor posibilidad para que la ciudadanía interponga las acciones que

controlen la elección, además de permitir un mejor control de la moralidad administrativa en la elección de los funcionarios.

3.3.1. Necesidad del Cambio Normativo en la Elección de Personero Municipal en Colombia en concordancia con los principios de la función pública. La necesidad de este cambio en la forma de elegir el personero municipal corresponde a la exigencia para los Estados contemporáneos de ampliar los principios democráticos de la función pública, y a la propuesta de la política igualmente actual que propone otros modelos alternativos de democracia. Tal y como lo propone la Corte Constitucional, que indica que la democracia sustancial se compone de los contenidos mínimos de la dignidad humana, que ni siquiera la voluntad general puede conculcar; además también dichos contenidos deben dirigir los espacios discursivos de la deliberación democrática.

De lo anterior, y siguiendo con la sentencia C- 105 de 2013 se puede colegir que los nuevos modelos de democracia hacia los que se dirige la actual forma de elección de Personero Municipal, buscan modelos alternativos que refrenden a la democracia directa o participativa, en primer lugar la democracia sustancial, que guarda tras de sí un elemento común y mínimo, que se refiere a la carta de derechos, principios y fines relacionados con la dignidad humana, la soberanía y la moralidad administrativa (estos dos últimos equivalentes a la dignidad humana como conjunción de derechos sociales y estatales). No más mírese la importancia que tienen la transparencia, la eficacia, la responsabilidad, la eficiencia y la economía planificada para la Convención Americana de Los Derechos Humanos, pues sus consideraciones inscritas en el preámbulo indican que la lucha contra la corrupción es importante, porque ésta atenta contra la soberanía de los países, la

democracia, el bien común y el desarrollo, que además socava incluso los pilares de la democracia representativa y el desarrollo normal de las relaciones internacionales.

3.3.2. Principios de la nueva estructura Electoral en el Sistema de Elección de Personero Municipal. Dichos principios se evalúan desde lo que el derecho administrativo se conoce como la esencia de la función pública. De la sentencia C – 105 de 2013 se evidencia por la intervención de la Procuraduría los principios que justifican el concurso para selección de personeros municipales, según la Procuraduría la disposición normativa va dirigida a proteger los principios de moralidad, eficacia, eficiencia, imparcialidad, igualdad y publicidad en la administración pública.

De acuerdo con lo anterior se deduce que dichos principios que hacen parte de la estructura de un Estado Social de Derecho componen un tipo de democracia que no sólo es participativa, deliberativa o sustancial, sino que además supera la concepción de la razón de Estado, con el fin de reemplazarla por el principio de la dignidad humana y el Estado como factor de desarrollo y justicia social.

La transparencia y la publicidad hacen parte de una misma estructura de principios y sus significados no se presentan el uno sin el otro, implican la oportunidad de que el público pueda informarse en términos de certeza a todas las actuaciones del Estado que puedan afectar el bien común, sea de manera positiva o negativa, los administrados pueden por tanto saber los pormenores de las políticas públicas y cómo se aplican (C – 274 de 2013), la eficacia como un principio basado en la gestión de resultados con miras a desarrollar las políticas y lograr los contenidos del Estado Social de Derecho, la eficiencia en cambio más que a los resultados se relaciona a los medios para lograr los objetivos del Estado social de Derecho, por eso se encarga

la eficiencia de planificar adecuadamente el gasto público y además de valorar los costos y los beneficios de la función pública (C – 826 de 2013). La imparcialidad y la igualdad hacen parte de la misma concepción de derechos, porque garantiza tanto la independencia de los funcionarios para tomar decisiones que afecten a los administrados, sin tener la oportunidad de tomar criterios discriminatorios para decidir, sino que además debe reflejar el derecho de todos y todas a ser respetados en su dignidad (C – 486 de 2016). La Moralidad en cambio consiste en el comportamiento adecuado de los funcionarios públicos, frente al manejo de los recursos públicos, el cumplimiento de la ley y la total pulcritud y honestidad (C- 643 de 2012).

Volviendo al aporte que se hace desde esta tesis, se puede indicar que la democracia no puede suscribirse a lo procedimental, representativo, participativo y deliberativo, pues el sistema democrático como lo entiende la Corte Constitucional se establece a juicio de quien esto escribe como un sistema cerrado, y en cambio la meritocracia establecida por la ley para elegir los personeros, propone un sistema abierto, por ende la interpretación que hace la Corte Constitucional si bien es certera es incompleta; puesto que la interpretación de la meritocracia frente al sistema democrático colombiano propone un sistema de creación política de profundización inacabada de la democracia; los valores mínimos de la dignidad humana requieren constante vigilancia, discusión análisis, práctica y además se elevan en la elección de los funcionarios más capacitados para el servicio; pues de lo contrario a falta de esta capacidad los servidores se convierten en servidos; esto es lo que ha enseñado la historia colombiana, tanto de la personería como de esta democracia, una constante lucha por la democracia, los derechos humanos y la ética de la prestación de la función pública; ya que de no hacerse, la democracia puede verse restringida, tal y como se ha mostrado con claridad por la historia de las constituciones; las cuales avanzan y

retroceden en la adquisición de derechos; se ve mucho con la institución de la personería y con los principios de defensa de los derechos humanos.

3.3.3. La Transparencia como uno de los componentes necesarios de la Democracia. Será este acápite dedicado a mostrar cómo la función pública se va poniendo a tono con los tratados de derecho internacional que ha firmado Colombia con respecto al tema de lucha contra la corrupción. En sentencia C – 172 de 2006 la Corte Constitucional aprobó o, mejor dicho, declaró exequible la ley que acogía la Convención de las Naciones Unidas para Prevenir la Corrupción, bajo la necesidad de aplicar los principios de transparencia que la Constitución acoge para la organización del Estado, pero también porque este principio hace parte de las obligaciones internacionales de Colombia:

Ahora bien, por qué la transparencia, el principio de legalidad y la democracia son tan importantes en el desarrollo de una democracia deliberativa y además participativa, como la que se pretende con las nuevas formas electorales de los personeros municipales, la respuesta la hallamos en García Vargas cuando habla de la apertura de canales de comunicación entre Estado y Asociados, como forma de coordinación y control del poder político y forma de engrandecer la cultura de la legalidad: (García, 2016).

De lo anterior se deduce que la transparencia facilita la integración social, política y cultural, la democracia participativa, deliberativa y la sustancial; así, la transparencia al facilitar la posibilidad de afianzar la comunicación entre los espacios públicos y privados, garantiza el desarrollo y la promoción de los derechos y el acceso a la administración de justicia y se incluye dentro del modelo de contenido sustancial y estructura abierta y paradigmática propuesto en líneas anteriores;

pero la propuesta concreta de esta tesis no se agota en éste capítulo sino en las conclusiones que vienen a continuación.

4. Conclusiones

El desarrollo de la democracia va ligada a las ideas de la igualdad y la libertad, entendiendo la primera en su concepto político, es decir, la equidad y la segunda entendiéndola como la posibilidad más cercana al desenvolvimiento de lo que hoy se entiende como libre desarrollo de la personalidad.

Con respecto a lo anterior se puede concluir también, que la democracia ha tenido cambios progresivos desde su concepción clásica hasta la concepción contemporánea, quiera que los antecedentes pretendían un cubrimiento más corto; por ejemplo la Constitución de 1886 exigía para garantizar el derecho al voto ser varón con bienes de fortuna, lo que llevaba a que la participación fuera restringida a un número menor de personas y a veces se limitaba a una representación en los asuntos políticos; hoy en día la pretensión de la democracia es la participación universal que tiene su límite en los derechos fundamentales de los habitantes de Colombia.

Hasta la Constitución de 1886 la democracia tendía a centrarse en la protección de la soberanía nacional radicado en los representantes legislativos (con un breve periodo de tendencia a descentralización y federalización de las decisiones del Estado en las repúblicas liberales del siglo XIX), hoy en día se entiende como tal la democracia como proteccionista de los derechos fundamentales, la protección de la hacienda pública y la participación de los ciudadanos en las anteriores esferas de la vida pública, es decir, los derechos humanos y la lucha contra la corrupción.

La Institución de la Personería Municipal sí bien no se presentó siempre en regímenes democráticos, si ha sido una institución que ha propendido por el cuidado de los asuntos del Estado, los asuntos de protección de las personas y a su vez la prevención de la corrupción administrativa.

Los conceptos de Constitución y Democracia no son iguales, el primero se refiere a un ordenamiento social y estatal, en cambio el segundo se refiere a una organización del Estado para con los derechos ciudadanos y para el desarrollo de la libertad, así puede haber Constituciones no democráticas y constituciones que sí lo son; y a su vez hay constituciones con democracia más restringida que otras. Pero en el pensamiento democrático griego se mantienen más o menos las mismas consideraciones del pensamiento democrático contemporáneo: La necesidad de garantizar la justicia, el respeto mutuo y la colaboración.

La Corte Constitucional de Colombia considera que la democracia se basa en un sistema de protección de derechos personales, fundamentales y colectivos, todos relacionados con el derecho a la vida y la participación en los asuntos de interés social; que trae consigo un sistema de balances y controles entre las diferentes ramas del poder público, de colaboración de poderes y a su vez de control constitucional de las leyes expedidas por el Congreso de la República, cuando no se comparecen con la ley de leyes.

El Tribunal máximo de lo constitucional reconoce varios tipos de democracia, aun cuando parte de que la misma no tiene criterios unificados, por la multitud de autores que han escrito acerca de la misma: La procedimental o indirecta reside en delegar en los gobernantes y representantes ante el Congreso el manejo de los asuntos públicos mediante votación popular, pero, suele resultar que las votaciones tan sólo sirven para legitimar las decisiones del Estado central, el cual no se encuentra limitado por el poder de revocatoria popular o por un programa específico; lo que permite en ocasiones que el poder otorgado a los representantes sea muy amplio y en no pocas

ocasiones dicho poder se desvíe y no se cumplan las necesidades sociales sino las necesidades de los representantes. La participativa no sólo es activa en cuanto a la posibilidad de escoger y revocar a sus representantes sino también en la participación activa y en la toma de decisiones colectivas, por medio de mecanismos de participación, tales como el referendo, el plebiscito, la consulta popular etc. Este Modelo Democrático se fundamenta en los principios del pluralismo, la tolerancia y la protección de los derechos y libertades.

Por último, la democracia deliberativa y social son dos derivadas de la democracia participativa que se sustentan en el principio de la veracidad y la confianza ciudadana; dichos sistemas democráticos deben cimentarse en las ideas de ciudadanía y opinión pública, no solamente dentro de la esfera privada sino también la participación y la deliberación pública. Donde la economía se centre en el ser humano, y así mismo las decisiones políticas; esto incluye la intervención del Estado en pro de los menos favorecidos y la participación de los ciudadanos en pro de la protección de la riqueza estatal, estas dos acciones garantizan el predominio del Estado Social y Democrático de Derecho.

La institución de la Personería Municipal es la representante del Ministerio Público en Colombia, cuyas principales misiones se concentran en el cuidado de la moralidad administrativa, ejerciendo el poder de control sobre las actuaciones de los funcionarios, el cuidado del tesoro público y la defensa de los derechos de los habitantes de los entes territoriales municipales de Colombia, aun cuando esta defensa se amplía a los intereses nacionales.

Independiente de esto, la institución en comento ha tenido y ejercido las mismas funciones a través de la historia en cuanto a los diferentes tipos de Estado. Es decir, siempre ha sido una expresión de convergencia entre los intereses de los asociados y del Estado mismo, aun en los

territorios imperiales y antidemocráticos de sociedades como la romana o las sociedades medievales.

De esta manera, si bien los personeros municipales son elegidos por mandato constitucional y legal por los Concejos Municipales, también es cierto que por su estructura normativa responde a las necesidades de la consecución de la democracia participativa, deliberativa y sustancial, lo más coherente es que sea el concurso de méritos la manera más eficiente para su elección, porque evita la contaminación de los intereses políticos y partidistas en su elección y posterior cumplimiento de competencias. Lo que lleva a materializar las democracias de tipo deliberativo (por garantizar el cuidado ciudadano en la convocatoria y en el desarrollo del concurso de méritos) y sustancial (porque el concurso de méritos garantiza de mejor manera la aplicación de la moralidad y la transparencia en la elección de funcionarios públicos).

La elección de los Personeros Municipales por conducto del Concurso de Méritos establece un procedimiento idóneo para garantizar la transparencia democrática, y de ninguna manera interviene en las competencias constitucionales de los Concejos, porque los mismos no están llamados a definir el procedimiento para materializar la escogencia de los personeros.

Con relación a lo anterior, se puede decir que se confirma la hipótesis que establece la Elección del Personero Municipal en El Marco de la Ley 1551 de 2012 como una aplicación de un nuevo modelo de Democracia, por la sustentación que se dará a partir de las conclusiones relacionadas con el objetivo general, que a continuación se fundan:

La democracia como modelo constitucional limita los poderes absolutos del soberano, pero a su vez en muchos casos también conlleva el deseo de limitar el poder a esos mismos individuos, al poner restricciones de edad, género, condición económica, entre otros. La complejidad de la democracia como concepto filosófico suele simplificarse en premisas engañosas y tendientes a

soterrar las verdaderas intenciones de los proponentes de la misma, frases tales como “la democracia es el gobierno de la mayoría” llevan consigo el uso excesivo o abusivo de los que logran pasar los filtros que esta misma ha trazado.

Entonces ¿qué es la democracia y qué no? Desde el punto de vista jurídico es el modelo sobre el cual un Estado determina cómo se eligen los funcionarios y representantes de sus instituciones, y cómo se va a dar la legitimación popular que respalde y acoja a estos; desde el punto de vista filosófico es un concepto que defiende la pluralidad, el respeto por el individuo y la defensa de la dignidad humana.

El desarrollo de la democracia frente a las teorías políticas reseñadas en el presente trabajo no se satisface, solamente con la receta de la teoría política clásica, pues la democracia se consolida a partir de la reducción máxima de la corrupción, y el respeto de las condiciones mínimas de dignidad humana.

Históricamente la democracia colombiana toma rasgos de la democracia griega, la democracia liberal, la democracia constitucional moderna, la democracia participativa y la democracia participativa derivada de la sustancial y la deliberativa. Esto ha permitido que la entidad del Personero Municipal haya trascendido al día de hoy, como una institución que se ha encargado de la protección de los derechos humanos o ciudadanos y además de proteger el Estado y la institucionalidad de los peligros de la corrupción, que son rasgos comunes entre la democracia clásica y la democracia contemporánea.

Otro aspecto de la democracia es su función como reguladora del Estado, puesto que en un principio como se expuso sirvió para limitar las funciones de la monarquía, con el paso del tiempo y a partir de experiencias totalizantes de la misma, siguió vigente la regularización del Estado desde los mecanismos que otorgaba esta, como por ejemplo la preponderancia del deseo de la

mayoría, frente a la minoría, entre otros. En la actualidad los países que se identifican como demócratas, hacen uso de dicha función reguladora, para justificar dinámicas propias de cada nación, es ejemplo de ello la defensa de los derechos humanos y de la paz o estar adscritos a tratados internacionales de defensa de derechos humanos.

Ahora en una democracia cuya justificación se encuentra en la declaración universal de los derechos del hombre y por ende de los derechos civiles de los ciudadanos de un país específico, la figura del personero como defensor de los derechos humanos y garante de la moralidad administrativa es indispensable para el buen desarrollo de esta.

Por lo tanto, la figura del Personero Municipal es una institución propia del cambio de la democracia indirecta a la democracia directa participativa, sustancial y deliberativa, pues es una institución que se encarga de tres pilares básicos de la democracia, primero proteger el erario y evitar y castigar la corrupción, proteger los derechos humanos y proporcionar un puente de comunicación entre lo público, lo civil y lo privado. Además, en el marco actual colombiano, en el cual la corrupción ha traspasado los diferentes niveles de la vida pública y privada, una figura como la del personero es fundamental para recuperar la confianza en las instituciones estatales y en el Estado mismo.

Es por ello por lo que la democracia permite la inclusión de nuevos modelos, esto contiene la nueva forma de elección de Personero Municipal que facilita el desarrollo de la democracia directa o participativa, logrando el dominio de la transparencia, la responsabilidad y la eficacia de los procedimientos, lo cual crea las condiciones para el deceso de la corrupción administrativa, entre otros males que la aquejan.

La elección de personero municipal por medio de concurso de méritos profundiza la democracia participativa y la deliberativa, porque evita que el clientelismo y el abuso de poder elijan al

funcionario; sólo la capacidad y la idoneidad son las que pueden indicar cuál es el funcionario más capaz para ejercer la personería y da la posibilidad a los ciudadanos para que vigilen y controlen el concurso, bien sea usando los recursos de la etapa administrativa o depurando el control administrativo mediante las acciones judiciales pertinentes.

Se puede igualmente indicar que la democracia como sistema político es inacabado, lo que parecía democracia en el antiguo sistema griego hoy en día sería autoritario y excluyente, el sistema liberal netamente representativo hoy sería considerado dictatorial y demagógico; para el constitucionalismo contemporáneo no es de recibo una democracia que viole continuamente los fundamentos de la moralidad administrativa y los derechos humanos, sean sociales o civiles; es indispensable calificar la democracia desde la forma de elegir a sus funcionarios, pero es difícil que esta triunfe en un país donde la meritocracia no está fundamentando el bien común ni la función pública; por eso es necesario seguir apoyando el mérito ciudadano para lograr el acceso a los cargos del Estado.

Es ineludible decir dentro de este trabajo varias cosas, que necesariamente se deben indicar puesto que hace parte del aporte a una nueva visión de la democracia. La elección de Personero Municipal por concurso de méritos incluye todos los tipos de democracia que se han desarrollado, pero también trasciende a partir de lo simplemente electoral, a una visión más integrada y con contenido sustantivo; por eso; la democracia contemporánea contiene o debe contener los siguientes presupuestos, que si bien no están contenidos todos en los autores que a esta tesis sustenta, si es cierto que quien esto escribe puede llegar a deducir a través de la mirada del fenómeno, que en este caso proviene de la incidencia de la elección de personeros municipales por concurso de méritos, en la cultura y en el engrandecimiento republicano en Colombia:

En primer lugar, la democracia es tal cuando ésta llena todos los contenidos que hacen del sujeto un horizonte de posibilidades en comunidad, lo que trae y contiene un umbral de sujeto de derechos y deberes para con los demás, tanto como ciudadano que puede participar en vida pública como sujeto que es digno porque es único e irrepetible; dicha democracia se amplía porque contiene elementos que se salen de los estamentos de lo simplemente electoral; así la democracia se fortalece cuando el sujeto de derechos es capaz de o puede tener la posibilidad de vigilar las actuaciones del Estado y cuando estas actuaciones vigilan la correcta y universal práctica de los derechos.

Pero la democracia también se fortalece con la idoneidad de los sujetos que se eligen para la función pública, ya que la meritocracia, base esencial del fundamento electoral, permite la participación ciudadana de varias maneras; en primer lugar, la vigilancia ciudadana es potencializada por los procesos de transparencia en los concursos de méritos, tanto desde el punto de vista de la vigilancia jurídica, como de la posibilidad que sean los más calificados quienes accedan a la estructura del Estado, lo que permite que la defensa de los derechos humanos y de la moralidad en la administración pública sea idónea, y entregue las mayores garantías para el ejercicio de los derechos ciudadanos; frente a la política electoral, la administración pública y sus derechos fundamentales.

En Segundo Lugar, partiendo de la teoría de la inclusión del otro propuesta de Habermas se puede observar que la elección meritocrática de los personeros, se hace más incluyente; ya que generalmente estos se elegían a partir de acuerdos electorales de los partidos mayoritarios en el Concejo, lo que en realidad tendía a dar al traste con el control político, puesto que se ataba a los funcionamientos electorales. Así es indiscutible que, con la participación en concursos de los nominados al cargo de personeros municipales, se evidencia mayor posibilidad de escogencia de

los sujetos más capacitados para la defensa de los derechos humanos y la función pública; así como mayor independencia en la toma de decisiones de control administrativo.

En tercer lugar, el concurso de méritos que está establecido, permite introducir dentro la administración pública otra posibilidad muy importante dentro de la democracia; pues desde la teoría de Carlos Gaviria, se deduce que el concurso permite que el mérito de la escogencia del personero o la personera, se proporcione no sólo a partir de las capacidades intelectuales, sino de las capacidades humanas para dirigir una entidad que debe proteger la dignidad humana y la soberanía popular; la participación política y los derechos íntimos a la calidad de cada una de las personas y las comunidades.

Por último, teniendo en cuenta todo lo que ha mostrado la Corte Constitucional a través de la jurisprudencia que se ha citado en esta tesis, no hay nada que compagine con la democracia más que el servicio público orientado a conseguir la prosperidad general y la felicidad individual de los sujetos en sociedad; y no hay manera mejor de garantizarlo que eligiendo los mejores y más capacitados para ejercer la función pública; ahora bien, siendo que se ha venido avanzando en la meritocracia y en la participación democrática a través de concursos públicos en las diferentes corporaciones administrativas y judiciales, se plantea esta pregunta, que quizás pueda ser desarrollada por otro investigador, contando con los elementos que en el marco teórico de esta tesis se plantea; por qué no buscar la conformación de concursos de Méritos para elección de los Magistrados de las Altas Cortes, la Fiscalía y los Órganos de Control como lo son la Procuraduría y la Contraloría; esto fortalecería la democracia tanto a nivel conceptual como de servicio público. Sería la consecución básica de la democracia con una estructura paradigmática más abierta.

Referencias

- Acuña, O. Y. (Ene.-Jun. de 2017). La reforma constitucional colombiana de 1910 y el sistema electoral (1910 – 1914). *Revista Historia y Memoria*(14), 97-126. Obtenido de http://revistas.uptc.edu.co/index.php/historia_memoria/article/view/5817/4811
- Alcaldía Mayor de Bogotá. (2002). Documentos Para la Gestión Pública. En A. M. Bogotá, *El Personero Municipal* . Bogotá D.C., Colombia: ESAP.
- Alcaldía Mayor de Bogotá. (s.f.). *Constitución Política 1 de 1863 Asamblea Nacional Constituyente*. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13698>
- Aristóteles. (1988). *La Política* (Vol. 1). (M. G. Valdez., Trad.) Madrid, Madrid, España: Gredos.
- Asamblea Nacional Constituyente. (06 de 07 de 1991). Constitución política colombiana . Bogotá.
- Bautista, O. D. (2014). *Ética Para Corruptos*. Bilbao, España: Desclée.
- Bellón, L. E. (Jun. de 2015). Naturaleza jurídico-política de la Procuraduría General de la Nación. *Tesis*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia. doi:<http://hdl.handle.net/10983/2613>
- Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. (Feb de 2019). *Constitución para la Confederación Granadina de 1858*. Obtenido de http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/colombia-26/html/02612764-82b2-11df-acc7-002185ce6064_1.html
- Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. (s.f.). *Constitución de Cundinamarca*. Obtenido de http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-de-cundinamarca-30-de-marzo-de-1811-y-promulgada-el-4-de-abril-de-1811--0/html/008e4dae-82b2-11df-acc7-002185ce6064_2.html#I_4

Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. (s.f.). *Constitución de la República de Nueva Granada de 1853*. Obtenido de http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/colombia-23/html/02610de2-82b2-11df-acc7-002185ce6064_1.html

Bobbio, N. (1986). *¿Qué es el socialismo?* Barcelona: Plaza y Janes.

Colombia. Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa. (1830). *Constitución de la República de Colombia : sancionada por el Congreso Constituyente del año de 1830, 20o. de la independencia*. Bogotá: Imprenta de José Antonio Cualla.

Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia NO. C-544. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (1995). Sentencia C-223.

Democracia Participativa, Participatory Democracy. (s.f.). *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789)*. Obtenido de <https://democraciaparticipativa.net/documentos-data-a-referenda/documentos-en-espanol/documentos-sobre-derechos-humanos/10371-declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano-1789.html>

Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE. (1975). *Estadísticas Históricas*. Bogotá: DANE. Obtenido de http://biblioteca.dane.gov.co/media/libros/LD_959_EJ_4.PDF

Díaz, A. (s.f.). *Aproximacion a la Democracia Normativa en las Constituciones Colombianas de 1863, 1886 y 1991*. Recuperado el Jun de 2017, de <https://es.scribd.com/document/287408676/Aproximacion-a-La-Democracia-Normativa-en-Las-Constituciones-Colombianas-de-1863-1886-y-1991>

El Tiempo. (3 de abril de 2009). Población, conquista y colonización. *El Tiempo*. Obtenido de <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-3388267>

Estados Unidos de América. (s.f.). <http://hmc.uchbud.es/Materiales/DeclaraUSA.pdf>.
doi:<http://hmc.uchbud.es/Materiales/DeclaraUSA.pdf>

Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*. Madrid, España: Trotta.

Gaviria, C. (2008). Constituyente originario y constituyente delegado. *Conferencia presentada en el 1er Congreso Internacional de Teoría y Derecho Constitucional. Universidad de Santander "UNDES" Facultad de Derecho. Bucaramanga*. (pág. 23). Bucaramanga: Universidad de Santander, UNDES. Obtenido de <https://docplayer.es/28158627-li-congreso-internacional-de-teoria-y-derecho-constitucional-los-desafios-del-derecho-constitucional-frente-al-siglo-xxi.html>

Gaviria, C. (2013). Lectio inauguralis. Fundamentos éticos de la democracia. *Revista Ciencias Humanas*, 8(2), 9-20.

González, R. (2013). Estados, Federación y Soberanía en la jurisprudencia temprana de la Corte Suprema Americana. *Estudios Constitucionales*, 11(1), 89 - 142. Recuperado el 23 de 12 de 2017, de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v11n1/art04.pdf>

Hauriou, A. (1980). *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Barcelona, España: Ariel.

Henao, J. (2013). *Panorama del Derecho Constitucional Colombiano* (15a ed. ed.). Bogotá, Colombia: Temis.

Henao, J. C. (7 de May de 2013). El ideario de la Constitución de 1863 no ha muerto. *El Tiempo*. Obtenido de <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12785475>

Hernández, J. G. (2006). Temas Constitucionales. *Revista Jurisdictio*, 1(1). Obtenido de <https://encolombia.com/derecho/revistajurisdictio/revista11/asomagister11206temascons/>

- Herrera, M. (2016). *Provisión del empleo de Personero distrital o municipal*. Obtenido de Espacio Virtual de Asesoría de la Función Pública: <http://www.funcionpublica.gov.co//eva/red/publicaciones/provision-del-empleo-de-personero-distrital-o-municipal>
- Lozano, G. G. (2009). *Código de ética y valores*. Los Patios, Norte de Santander: Personería Municipal Los Patios, Norte de Santander. Obtenido de <http://lospatios-nortedesantander.gov.co/NuestraAlcaldia/Informacin%20Documental%20Personeria/C%C3%B3digo%20de%20%C3%89tica.pdf>
- Manrique, A. (2003). *El personero municipal*. Obtenido de Escuela Superior de Administración Pública: <http://cdim.esap.edu.co/BancoMedios/DocumentosExternos/PERSONERO.pdf>
- Monroy, C. L. (2012). De Federalismo a Regeneración. El Paso de Estados Soberanos a Departamentos Político – Administrativos. *Historelo. Revista de Historia Regional y Local*, 4(7), 218-239. Obtenido de <https://revistas.unal.edu.co/index.ph>
- Montenegro, A. (2008). La Moralidad Administrativa. *Ratio Juris*(7), 121-128. Obtenido de <http://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/article/viewFile/228/208>
- Ojeda, J., & Meyer, J. (2016). *Democracia y ciudadanía: el camino de la transparencia*. México: Benemérita Universidad Autónoma de Puebla; Universidad Autónoma del Estado de México; Ciudadanos por Municipios Transparentes; Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.
- Pedraza, A. (Ene.-Jun. de 2014). La Democracia participativa, ¿utopía o realidad? *Criterios. Cuadernos de ciencias jurídicas y Política internacional*, 8(1), 71-101. Obtenido de <http://www.revistas.usb.edu.co/index.php/criterios/artic>

- Peña, J. (2011). La república moderna ante la democracia: gobierno de las leyes y soberanía popular. *Revista de historia de las ideas políticas*. (25), 59-82. Obtenido de revistas.ucm.es/index.php/RPUB/article/viewFile/47809/44742
- Personería de Medellín. (s.f.). *Nuestra historia*. Obtenido de <http://www.personeriamedellin.gov.co/index.php/informacion-al-ciudadano/sobre-la-personeria/nuestra-historia>
- Personería Municipal de Santiago de Cali. (s.f.). *Reseña Histórica: Historia de las Personerías en Colombia*. Obtenido de <https://www.personeriacali.gov.co/resena-historica>
- Procuraduría General de la Nación. (s.f.). *La creación del Ministerio Público en 1830*. Obtenido de https://www.procuraduria.gov.co/portal/infoinst_historia_1830.page
- Ramírez, A. (2017). Breve estudio comparado de la democracia participativa en Colombia y España. *Revista de Derecho. Universidad libre de Barranquilla UNED*, 21, 433-453. Obtenido de <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/viewFile/21167/174>
- Real Academia Española. (2017). *Definición Democracia*. Recuperado el 28 de 01 de 2019, de <http://dle.rae.es/?id=C9NX1Wr>
- Registraduría Nacional del Estado Civil. (s.f.). *Historia del voto en Colombia*. Obtenido de <https://wsr.registraduria.gov.co/-Historia-del-voto-en-Colombia-.html>
- Rodríguez, N. D. (Ene.-Dic. de 2015). La Constitución de la República de Tunja de 1811: Acto independiente del ámbito español. *Iter Ad Veritatem*, 13, 133-164. Obtenido de revistas.ustatunja.edu.co
- Saa, E. (1984). *El proceso de la Constitución de 1886 y Don Rafael Nuñez*. Popayán, Cauca, Colombia: Impresora Feriva Ltda.

- Sanguinetti, E. (Abr. de 2010). *Conceptos de Ciencias Sociales: Concepto de Democracia Procedimental*. Obtenido de <http://conceptosdeccss.blogspot.com/2010/04/concepto-de-democracia-procedimental.html>
- Sierra, M. A., Sierra, A., & Zapata, O. (segundo semestre de 2014). Derechos humanos: su presencia en las constituciones colombianas. Parte I: del análisis de contenido de los textos correspondientes a las Constituciones de 1886 y 1991. (F. d. Sociales, Ed.) *Derecho y Realidad*, 1(24), 7 - 21.
- Slye, R. C., & Hongju, H. (1999). *Democracia deliberativa y Derechos Humanos*. Barcelona: Gedisa.
- Subgerencia Cultural del Banco de la República. (2015). *Historia electoral en Colombia*. Obtenido de http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/politica/historia_electoral_en_colombia
- Torres, H. (. (2004). *Aspectos Municipales. Personero Municipal*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.
- Universidad Santo Tomás. (2016). *Narrativas sobre la construcción del ciudadano en las constituciones colombianas del siglo XIX*. Bogotá: USTA. doi:https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/4826/Informe%20final_Narrativas_sobre_la_construccion_del%20ciudadano.pdf?sequence=1&isAllowed=y