

UNIVERSIDAD DE SAN BUENAVENTURA CALI

CARLOS FELIPE RÚA DELGADO
MARÍA LILIANA CASTILLO CASTILLO

EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

UNA REVISIÓN DE LA
LEGITIMIDAD POLÍTICA

2015

El principio de transparencia
en el Estado social de derecho:
una revisión de la legitimidad política



**UNIVERSIDAD DE
SAN BUENAVENTURA
CALI**

El principio de transparencia en el Estado social de derecho: una revisión de la legitimidad política

Carlos Felipe Rúa Delgado
María Liliana Castillo Castillo

2015
Editorial Bonaventuriana

Rúa Delgado, Carlos Felipe

El principio de transparencia en el Estado social de derecho: una revisión de la legitimidad pública / Carlos Felipe Rúa Delgado; María Liliana Castillo Castillo. -- Cali: Editorial Bonaventuriana, 2015

92 p.

ISBN: 978-958-8785-53-0

1. Estado social de derecho 2. Estado de derecho - Colombia 3. Legitimidad de los gobiernos 4. Derecho social 5. Colombia - Derecho constitucional 6. Poder político en Colombia 7. Corrupción política - Colombia 8. Clientelismo - Colombia 9. Poder político en Colombia I. Castillo Castillo, María Liliana II. Tít.

342.861 (D 23)

R894

© Universidad de San Buenaventura Cali



Editorial Bonaventuriana

El principio de transparencia en el Estado social de derecho: una revisión de la legitimidad política

© Autores: Carlos Felipe Rúa Delgado, María Liliana Castillo Castillo

Grupo de investigación: *Problemas contemporáneos del derecho y la política (Gipcodep)*

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de San Buenaventura
Colombia

© Editorial Bonaventuriana, 2015

Universidad de San Buenaventura

Dirección Editorial de Cali

Calle 117 No. 11 A 62

PBX: 57 (1) 520 02 99 - 57 (2) 318 22 00 – 488 22 22

e-mail: editorial.bonaventuriana@usbrecgen.edu.co

<http://servereditorial.usbcali.edu.co/editorial/>

Colombia, Sur América

El autor es responsable del contenido de la presente obra.

Prohibida la reproducción total o parcial de este libro por cualquier medio, sin permiso escrito de la Editorial Bonaventuriana.

© Derechos reservados de la Universidad de San Buenaventura.

ISBN: 978-958-8785-53-0

Tiraje: 150 ejemplares

Cumplido el depósito legal (ley 44 de 1993, decreto 460 de 1995 y decreto 358 de 2000)

Impreso en Colombia - Printed in Colombia.

2015

Si el vaso no está limpio, lo que en él derrames se corromperá

Quinto Horacio Flaco

Contenido

Introducción	9
Capítulo I	
Manifestación del principio de transparencia.	
Acercamientos teóricos	11
– Concepto y contenido de los principios constitucionales	13
– Caracterización del principio de transparencia	17
– El principio de transparencia en relación con el derecho de acceso a la información y el principio de publicidad	18
– El principio de transparencia en relación con el principio democrático	23
– El principio de transparencia como contenido del Estado social de derecho	27
Capítulo II	
La captura del Estado: amenaza a la legitimidad en el ejercicio del poder político en el Estado social de derecho	
– Aproximación al concepto de legitimidad política y su relación con el ejercicio del poder en el Estado	31
– Corrupción y clientelismo: de la captura a la ilegitimidad material en el Estado social de derecho.....	37
– Los efectos de la captura de Estado en el Estado social de derecho.....	45
Capítulo III	
Democracia deliberativa: un marco teórico para la legitimidad del orden político en el caso colombiano	
– Imbricación política-democracia-derecho.....	51

- Constitucionalismo y democracia en Colombia 55
- Un posible marco teórico..... 61

Capítulo IV

La moralidad administrativa: un principio menoscabado por la corrupción 67

- Aproximación al concepto de corrupción administrativa 69
- La concepción jurisprudencial de la corrupción en el Consejo de Estado..... 71
- El principio de moralidad administrativa como materializador del concepto de corrupción administrativa 73

Conclusiones 79

Bibliografía 83

Introducción

Si bien el principio de transparencia no se encuentra consagrado expresamente en la Constitución Política, se considera de naturaleza superior en cuanto está íntimamente relacionado con otros que sí gozan de asidero constitucional, como los principios de publicidad, acceso a la información y el principio democrático.

En el ordenamiento jurídico, el principio de transparencia se manifiesta de múltiples maneras y con pluralidad de sentidos, razón por la cual hablar de sus específicas materializaciones puede resultar un tanto arduo, sobre todo si se tienen en cuenta elementos jurídicos y políticos. Sin embargo, ello es factible en el presente texto, cuyos cuatro capítulos se centran en desentrañar ese carácter polisémico del principio de transparencia en diferentes ámbitos de manifestación del derecho.

El primer capítulo *Manifestación del principio de transparencia. Acercamientos teóricos*, sirve de construcción preliminar en la medida en que se trata de una aproximación conceptual al principio de transparencia a partir de su naturaleza superior y su relación con otros principios del mismo rango.

El segundo capítulo, *La captura del Estado: amenaza a la legitimidad en el ejercicio del poder político en el Estado social de derecho*, se escribió en clave de diálogo entre la ciencia política y el derecho constitucional, con el fin de comprender la manifestación de la legitimidad en el ejercicio del poder político en el Estado social de derecho. Para ello, se apeló a dos conceptos de captura del Estado: clientelismo y corrupción, como hilo conductor del análisis de la legitimidad política (particularmente la legitimidad material) y cómo se ve afectada por estos dos factores, para lo cual se propone un examen compartido entre la óptica constitucional y la óptica de la ciencia política.

El tercer capítulo, *Democracia deliberativa: un marco teórico para la legitimidad del orden político en el caso colombiano*, es una minuciosa reconstrucción teórica

del concepto de democracia deliberativa, como soporte para el abordaje de la legitimidad del orden político. Hace especial énfasis en el papel decisivo desempeñado por la Corte Constitucional, cuyas sus decisiones han propiciado la construcción de escenarios de discusión. En suma, se trata de una revisión teórica de los diferentes debates sobre la democracia deliberativa y su construcción, en la medida en que esta es necesaria para los procedimientos de legitimación de decisiones y el develamiento del papel de los tribunales constitucionales en esa construcción. La revisión es una apuesta académica para determinar la situación actual, en Colombia, de una democracia deliberativa cimentada en las decisiones de la Corte Constitucional y si este tribunal da lugar a un espacio para la democracia deliberativa o si por el contrario, cierra otras vías de acceso a la justicia.

Los capítulos 2 y 3 incluyen elementos de la ciencia política y de la filosofía política, respectivamente, con el fin de establecer un diálogo de saberes que permita una aproximación a las diversas manifestaciones del principio de transparencia, expresiones que si bien no resultan palmarias, se encuentran articuladas con otros principios, como el de Estado social de derecho y el de democracia deliberativa. La revisión de la legitimidad material en el Estado social de derecho, implica observar escenarios donde es patente la ausencia de transparencia, a saber: la captura del Estado, el clientelismo o la corrupción. A su vez, la democracia deliberativa requiere de la transparencia, dada su relación con otros principios constitucionales –como la libertad de expresión y el acceso a la información– que encuentran su punto de manifestación en el principio democrático, el cual, a su vez, se concreta en la democracia deliberativa.

En el capítulo final, *La moralidad administrativa: un principio menoscabado por la corrupción*, se examina el devenir jurisprudencial que llevó a la edificación del principio de moralidad administrativa por parte del Consejo de Estado y cómo el fenómeno de la corrupción ha implicado una degradación de este principio orientador de la actividad administrativa.

Así las cosas, el propósito de este texto es abordar el concepto de principio de transparencia y sus diferentes manifestaciones, con base en su relación con el principio democrático y tomando como óptica la expresión de la legitimidad política y las amenazas a las que se ve sometida.

Los autores

Capítulo I

MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. ACERCAMIENTOS TEÓRICOS

La Constitución Política de 1991 implicó un giro de ciento ochenta grados en el modelo estatal colombiano, en cuanto configuró nuevas cláusulas generales que influyeron directamente el sistema democrático, una de las cuales es el Estado social de derecho, la cual atraviesa, transversalmente, el texto constitucional en toda su extensión. De este modelo se derivan cláusulas constitucionales –como el principio de transparencia– que permiten la concreción de los postulados del nuevo modelo estatal. Esta cláusula, aunque no goza de expresa consagración en el texto constitucional, se considera como un principio que ancla su naturaleza en la Constitución Política, en cuanto emana de otros principios que gozan de consagración positiva superior, tales como el principio democrático, el principio de publicidad o las garantías iusfundamentales de petición y el debido proceso.

El principio de transparencia suele confundirse con otros derechos y principios, como el acceso a la información y la publicidad, que aunque se relacionan intrínsecamente con este, no gozan del mismo contenido, razón por la cual se requiere una caracterización del principio de transparencia en torno a su naturaleza constitucional.

Concepto y contenido de los principios constitucionales

Los principios son normas jurídicas que pueden o no aparecer consagrados de forma positiva, pero que en todo caso cumplen una función orientadora. Quintero (2008), siguiendo a Dworkin, explica al respecto:

Los principios, que en algunas ocasiones coinciden con los principios generales del derecho no escritos y en otras con los principios contenidos en las constituciones y en las leyes, se definirán como disposiciones jurídicas que contienen alguna dimensión moral, y que sirven de orientación para la creación de reglas, por su carácter más general (p. 34).

En la iusfilosofía contemporánea se destaca el pensamiento de Dworkin, quien considera los principios como estándares jurídicos que deben ser alcanzados y que integran los contenidos de justicia y equidad principalmente, así como otras dimensiones de la moralidad. Este autor manifiesta:

Llamo “principio” a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad (Dworkin, 1995, p. 72).

Los principios se ubican en el plano deontológico porque expresan un “deber ser”, entendido como la mayor medida posible y no como un absoluto, lo que Alexy (1993), define como “mandato de optimización”:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo

depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. (p. 86).

Ese “algo” al que se refiere Alexy “[...] es, por lo general, un derecho o un bien valioso para la sociedad y para el ordenamiento jurídico” (Quintero, 2008, p. 34). Respecto de la distinción entre reglas y principios, Alexy (2004) señala:

La base del argumento de los principios está constituida por la distinción entre reglas y principios. Las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando se cumplen determinadas condiciones, ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo. Por lo tanto, pueden ser llamadas “mandatos definitivos”. Su forma de aplicación característica es la subsunción. En cambio, los principios son “mandatos de optimización”. En tanto tales, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no solo de las posibilidades fácticas, sino también jurídicas. Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por las reglas, por los principios opuestos. Esto último significa que los principios dependen de y requieren ponderación. La ponderación es la forma característica de la aplicación de los principios (p. 75).

La Corte Constitucional (2000) reitera la ubicación de los principios en el plano deontológico:

Los principios constitucionales, por su parte, están ubicados en el plano deontológico. La estructura propia de estas normas –que contienen prescripciones jurídicas– permite al juez, a través de una metodología eminentemente jurídica, que “descubra” las reglas jurídico-constitucionales contenidas en el principio; ello no impide, en todo caso, al legislador su desarrollo, en virtud del principio democrático (sentencia C-1514, de noviembre 8 de 2000).

Los principios constitucionales son aquellos que devienen directamente del texto de la Constitución Política, bien sea porque gozan de consagración expresa o porque su contenido resulta de la aplicación de una o más cláusulas superiores. Es así como la jurisprudencia constitucional, desde sus primeros fallos, se ha preocupado por delimitar los contenidos de los principios constitucionales y atribuirles el valor de normas jurídicas orientadoras con plena fuerza vinculante. De esta manera, la Corte Constitucional definió:

Los principios Constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación,

lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. Son principios constitucionales, entre otros, los consagrados en los artículos primero y tercero: el Estado social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general (artículo 1); la soberanía popular y la supremacía de la Constitución (artículo 2). Ellos se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana.

Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa. En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial (sentencia T-406, de junio 5 de 1992).

En este mismo sentido, la Corte Constitucional reafirmó el valor normativo de los principios constitucionales, de esta manera:

Los principios constitucionales, a pesar de tener una forma de interpretación y aplicación diversa a las reglas, pues están sujetos a un ejercicio de ponderación, no por ello dejan de ser normas constitucionales, por lo cual deben ser respetados por la ley. Por ende, una disposición legal incompatible con un principio constitucional debe ser declarada inexecutable, en caso de que no admita una interpretación conforme a la Carta. Esta Corporación ha señalado que la fuerza normativa de los principios y valores constitucionales es tan clara que incluso habría que retirar del ordenamiento aquellas disposiciones que vulneran el Preámbulo, ya que este forma parte de la Carta y “goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden

que la Carta instaure y, por tanto, toda norma –sea de índole legislativa o de otro nivel– que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios (sentencia C-126, del primero de abril de mil novecientos noventa y ocho).

Los principios constitucionales no pueden considerarse como simples “proclamas retóricas”, sino que su efectividad toma cuerpo, por un lado, con la aplicación de cláusulas constitucionales particulares que definen la organización estatal; y por el otro, como criterio hermenéutico determinante en la comprensión del texto constitucional. Este aspecto fue abordado por la Corte Constitucional:

La Carta señala en sus primeros artículos que Colombia es un Estado social de derecho, que además de ser democrático, participativo y pluralista, está fundado en la dignidad humana, se encuentra al servicio de la comunidad y debe garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (CP arts. 1º, 2º, 3º, 5º, 7º y 8º). Estos enunciados no son proclamas retóricas sin efectos normativos sino que establecen las fórmulas constitucionales básicas, que definen la naturaleza de nuestra organización institucional y delimitan las relaciones que existen entre los ciudadanos y las autoridades. Esas primeras normas condensan entonces la filosofía política que inspira el diseño institucional previsto por la Carta, y por tanto representan los principios esenciales que irradian todo el ordenamiento constitucional y condicionan la acción de las autoridades en general, y del Legislador en particular. Por ello el intérprete de la Carta encuentra en estos principios o fórmulas constitucionales básicas unos criterios hermenéuticos esenciales para determinar el contenido propio de otras cláusulas constitucionales más particulares, como aquellas que regulan la organización institucional (sentencia C-251, de mayo 2 de 2002).

Caracterización del principio de transparencia

De acuerdo con el argumento que se desprende del pensamiento de Dworkin y Alexy, la transparencia aparece como un principio en el sentido de que sus contenidos son de obligatorio cumplimiento e integran exigencias de justicia, equidad y dimensiones de moralidad (Dworkin). Asimismo, son normas con un contenido de mandato de optimización (Alexy), en cuanto su alcance está en función de las posibilidades jurídicas existentes, las cuales, a su vez, se encuentran determinadas por el texto constitucional. Por tal razón, el principio de transparencia aparece como un principio de naturaleza constitucional que sustenta su valor normativo en el artículo 4° superior, lo que implica que goza de plena fuerza vinculante. Este principio encuentra su asidero en cláusulas constitucionales, como el principio democrático, el principio de publicidad, los derechos fundamentales de petición y al debido proceso y en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, que forman parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la Constitución Política.

El principio de transparencia aparece como una cláusula abierta gracias a su relación con la diversidad de contenidos constitucionales que lo sustentan, razón por la cual ostenta un carácter polisémico tal y como lo define Barnés Vásquez (2010):

La transparencia en el Derecho administrativo constituye una suerte de “abreviatura” que encierra cosas diversas. Se ha convertido en una palabra de “anchas espaldas” que soporta realidades y perspectivas distantes entre sí. Puede describir o designar a un tiempo un proceso de toma de decisiones, un método de trabajo interno y de dirección social, o un resultado. Y en cada uno de esos planos, como

sucede con los abstractos valores y principios generales, es susceptible de expresarse en múltiples formas, máxime si se tiene en cuenta su carácter instrumental –la transparencia no constituye una finalidad en sí misma–, lo que significa que, en función del contexto en el que se inserte y de los objetivos que con ella se persigan, adquirirá por refracción manifestaciones distintas.

La transparencia se puede canalizar a través de las estructuras organizativas y de procedimientos. Organización y procedimiento, instituciones básicas del moderno Derecho administrativo, representan su sede natural (p. 51).

Precisamente por su carácter polisémico, se hace necesaria la caracterización del principio de transparencia en aras de lograr su comprensión como principio y el entendimiento de su ámbito de aplicación. Entonces, de conformidad con su naturaleza y con las cláusulas constitucionales de donde se desprende, el principio de transparencia puede caracterizarse en torno a dos ejes principales: 1. el principio de transparencia en relación con el derecho de acceso a la información y el principio de publicidad; 2. el principio de transparencia en relación con el principio democrático. Estos dos ejes, propuestos como comienzo de una caracterización del principio de transparencia, son los principales y sobre ellos gravitan los principales sentidos y conceptos en torno a la transparencia. Sobre este punto, vale la pena tener en la cuenta lo manifestado por Blasco Díaz (2010):

Todo lo anterior nos lleva a la conclusión de que la transparencia se traduce en un conjunto de principios y obligaciones que determinan una forma de actuar de la administración, condicionándola. De ahí que tenga un carácter poliédrico, ya que en nuestro ordenamiento jurídico comprendería, cuanto menos, el derecho de acceso a la información, la publicidad y difusión de la actividad pública en todos los supuestos posibles, la participación de los ciudadanos en la formación de las decisiones administrativas, y, finalmente, la ausencia de obstáculos o dificultades al natural conocimiento. Por consiguiente, un buen entendimiento de este concepto implica que la actividad de la Administración debe ser más visible, al tiempo que la información que en ella se encuentra depositada debe ser más accesible. (pp. 127-128).

El principio de transparencia en relación con el derecho de acceso a la información y el principio de publicidad

Dentro de la caracterización propuesta, el primer eje tiene que ver con la relación intrínseca entre el principio de transparencia y otras cláusulas constitucionales, como el derecho de acceso a la información y el principio de publicidad,

vínculo que nos lleva a una primera definición de transparencia en relación con el conocimiento de las actividades de la administración, tal y como lo describe Marzuoli (2010):

La transparencia es uno de los principios que afectan a las pretensiones de los sujetos para conocer en general qué es y qué hace la administración, y para conocer los actos, los documentos y la información que esta posee. A la transparencia hay que añadir los principios de publicidad y acceso (p. 152).

Se debe tener presente que la transparencia no es lo mismo que el acceso a la información, en cuanto que la primera es un principio y el segundo un derecho. Además, la transparencia tiene un alcance más amplio, dada su relación con el principio democrático, la cual será abordada más adelante. Aún así, la transparencia suele confundirse con el derecho de acceso a la información, cuando se trata solo de esta relación. En este sentido, Lasagabaster (2010) manifiesta: “Así, la transparencia lleva a la idea de la difusión de información por los poderes públicos, difusión que adquiere. Al igual que el resto de derechos, un significado especial como consecuencia de las nuevas tecnologías de la información” (p. 108). De todos modos, resulta procedente efectuar una revisión del derecho de acceso a la información, pues este sostiene una relación intrínseca con el principio de transparencia. En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de acceso a la información aparece consagrado en el artículo 74 de la Constitución Política bajo la denominación de “derecho de acceso a los documentos públicos”, aun cuando también forma parte del núcleo esencial del derecho fundamental de petición consagrado por el artículo 23 superior. A esta cláusula constitucional le fue atribuida una función de control de la gestión pública por parte de los asociados. Sobre este punto, la Corte Constitucional determinó:

El fortalecimiento de una democracia constitucional guarda una estrecha relación con la garantía del derecho de todas las personas a acceder a los documentos públicos, salvo los casos que establezca la ley. La publicidad de la información permite que la persona pueda controlar la gestión pública, en sus diversos órdenes: presupuestal, grado de avance en los objetivos planteados, planes del Estado para mejorar las condiciones de vida de la sociedad, entre otros. En tal sentido, el control efectivo de los ciudadanos sobre las acciones públicas requiere no sólo una abstención por parte del Estado de censurar la información sino que demanda una acción positiva consistente en proporcionarle a los individuos los medios para que accedan a los archivos y documentos en los cuales se plasma, día a día, la actividad estatal.

Al respecto, la Constitución de 1991 consagra a la democracia participativa como uno de los principios fundamentales del Estado colombiano. De allí que, en consecuencia, en su artículo 74 establezca, como regla general, que las personas

tienen derecho a acceder a los documentos públicos, y que únicamente por voluntad del legislador y de manera excepcional, algunos de aquellos estarán sometidos a reserva. En tal sentido, uno de los propósitos de los delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente fue aquel de desterrar la llamada “cultura del secreto”, característica de sociedades de tendencia antidemocrática en las cuales no existe publicidad de los actos de las autoridades públicas, ya que toda información en poder del Estado es reservada, salvo algunas excepciones.

Al respecto, una interpretación histórica del artículo 74 constitucional, evidencia que fue la voluntad de los Constituyentes profundizar aún más en la garantía del derecho de acceso a documentos públicos (sentencia C-872, de septiembre 30 de 2003).

Dentro del ordenamiento internacional, el derecho de acceso a la información aparece ligado continuamente al derecho a la libertad de expresión. Así, en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1948) y en el numeral 2° del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1966), aparece una redacción prácticamente coincidente con el derecho a la libertad de expresión, en la que se incluyen, como parte del núcleo esencial, los verbos recibir y difundir informaciones de toda índole; es decir, el derecho de acceso a la información. En este mismo sentido, se patentiza este derecho como parte integrante del derecho a la libertad de expresión contenido en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en el marco de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (1969). Precisamente, esta norma fue objeto de protección especial por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006), en el caso *Claude Reyes y otros contra Chile*. Aquí, la Corte fue clara en señalar:

76. En este sentido, la Corte ha establecido que, de acuerdo con la protección que otorga la Convención Americana, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende “no solo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”. Al igual que la Convención Americana, otros instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen un derecho positivo a buscar y a recibir información.

77. En lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la

información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea.

78. Al respecto, es importante destacar que existe un consenso regional de los Estados que integran la Organización de los Estados Americanos (en adelante “la OEA”) sobre la importancia del acceso a la información pública y la necesidad de su protección. Dicho derecho ha sido objeto de resoluciones específicas emitidas por la Asamblea General de la OEA. En la última Resolución de 3 de junio de 2006 la Asamblea General de la OEA “inst[ó] a los Estados a que respeten y hagan respetar el acceso a la información pública a todas las personas y [a] promover la adopción de disposiciones legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para asegurar su reconocimiento y aplicación efectiva.

El derecho a la información y el principio de publicidad, puestos aquí en consonancia con el principio de transparencia, tienen, asimismo, una dimensión individual articulada con los procedimientos administrativos que involucran a los ciudadanos, en cuanto se pueden generar o modificar situaciones jurídicas mediante la expedición de actos administrativos. Por ello, se expresa que la transparencia encuentra sustento en la garantía iusfundamental al debido proceso, consagrada en el artículo 29 superior, en el sentido de que la comunicación de los actos administrativos implica garantías de mínima justicia y acogimiento a los contenidos de la cláusula general de Estado social de derecho. Sobre este aspecto, la Corte Constitucional puntualizó:

Sin una adecuada oportunidad de conocer el contenido de las decisiones administrativas, el particular afectado con ellas no tendrá una oportunidad real de utilizar los mecanismos jurídicos a su alcance para oponerse a ellas. Además, la notificación determina con claridad el momento a partir del cual comienzan a correr los términos preclusivos para ejercer tales mecanismos jurídicos, concretamente los plazos para el agotamiento de la vía gubernativa o para la interposición de las

acciones contenciosas a que haya lugar. Con lo anterior se facilita la realización práctica del principio de celeridad de la función pública (sentencia T-103, de febrero 16 de 2006).

Aún así, el principio de publicidad no se puede agotar en el acto procesal de notificación, sino que su relación con la transparencia se evidencia en el verdadero acceso a la información de la administración pública, con el fin de conocer las actuaciones de estos, en ejercicio de la condición de asociados al Estado. La Corte Constitucional indicó al respecto:

Tratándose de la comunidad, el principio de publicidad se realiza mediante el reconocimiento del derecho que tiene la comunidad a conocer las actuaciones de las autoridades públicas y, a través de ese conocimiento, a exigir que ellas se surtan con total sometimiento a la ley. Es decir, aparte de las notificaciones como actos de comunicación procesal, el principio de publicidad comporta también el reconocimiento del derecho ciudadano a enterarse de las decisiones tomadas por la administración y la jurisdicción, aunque, desde luego, con las limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico. En este último evento, el principio de publicidad constituye una garantía de transparencia en la actuación de los poderes públicos y un recurso que permite las condiciones necesarias para el reconocimiento del derecho a controlar el ejercicio del poder (sentencia T-555, de julio 7 de 2010).

De lo anterior, cabe concluir que el derecho de acceso a la información comporta una garantía del mantenimiento del sistema democrático, pero esta función se corresponde más con la naturaleza y el contenido del principio de transparencia que con el derecho de acceso a la información como tal. A esta conclusión llega la Corte Constitucional al asumir que el derecho de acceso a la información no se agota en la posibilidad de acceder a documentos públicos, sino que se estatuye un deber de “promoción, creación y fomento de las condiciones idóneas a la discusión pública”, lo cual aparece directamente dentro de los contenidos del principio de transparencia en su relación intrínseca con el derecho de acceso a la información. En esa decisión, lo dicho por la Corte en su *ratio decidendi*, fue lo siguiente:

Pues bien, en procura de la materialización del derecho a participar en las decisiones que afectan o puedan llegar a afectar los legítimos intereses y derechos de los habitantes del país, le corresponde a las entidades estatales suministrarles a las personas oportunamente toda la información que no goce de reserva constitucional o legal; advirtiendo sí, que esta información oficial debe ser completa, consistente, coherente, verificable, comparable, contextualizada, diáfana y siempre oportuna. Desde luego que el derecho a la información así servido se convierte en poderoso instrumento de reflexión-acción tanto individual como colectiva, en el entendido de

que las autoridades estatales, a más de esa información, deben asumir la promoción, creación y fomento de las condiciones idóneas a la discusión pública de los temas pertinentes; recordando a la vez que la participación ciudadana en esos ámbitos de discusión constructiva supone el recíproco respeto de los criterios expuestos por los interlocutores institucionales y privados, pero no pasivamente, sino reedificando mutuamente sobre la comprensión de lo ya examinado y depurado de manera concertada, a tiempo que la diferencia y pluralidad de opiniones actualizan su poder constructivo en el suceso democrático (sentencia C-251, de mayo 2 de 2002).

El principio de transparencia en relación con el principio democrático

El segundo eje de la caracterización propuesta tiene que ver con la relación existente entre el principio de transparencia y el principio democrático, que goza de consagración positiva en el artículo 1° de la Constitución Política, aunque por su contenido, se evidencia como una cláusula general que atraviesa transversalmente el texto constitucional en su integridad, al igual que la cláusula de Estado social de derecho con la cual va de la mano.

El principio de transparencia ostenta, igualmente, una relación intrínseca con el principio democrático al fortalecerlo. Una democracia participativa exige que sus asociados, efectivamente, participen en la toma de decisiones y de esa manera ayuden en la construcción y consolidación del poder político. En esta vía, una forma de participación radica en la exigencia de cuentas a la administración, la veeduría, la construcción de espacios de discusión de políticas y, en suma, la configuración de una conciencia política que permita tomar decisiones electorales con base en realidades y responsabilidades. En síntesis, el fortalecimiento del principio democrático, a partir del principio de transparencia, implica la posibilidad de efectuar un real control democrático de la administración. Sommermann (2010) manifiesta al respecto:

Sin embargo, la realización de la democracia, cuya idea principal es la autodeterminación del pueblo, presupone la transparencia de la organización y de la actuación estatal en su conjunto. La posibilidad de informarse directamente sobre las actuaciones y motivos del poder legislativo, así como de los poderes ejecutivo y judicial, constituye un elemento importante para la formación democrática de la opinión y de la voluntad. Sin conocimiento de las responsabilidades de los actores y de sus criterios de actuación el control democrático queda incompleto o inoperativo. La claridad de la atribución de responsabilidades tanto entre los poderes públicos como entre los órganos de cada uno de ellos constituye, pues, una condición para hacer visible la responsabilidad política (p. 19).

La participación se asienta en el núcleo de la democracia y la transparencia constituye uno de sus componentes, al punto que fueron los propios revolucionarios franceses quienes en el texto de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789), consagraron en su artículo 15 la rendición de cuentas al pueblo por parte de la administración. Dicha norma disponía: “La sociedad tiene derecho a pedir cuentas de su gestión a todo agente público.” Igualmente, instrumentos internacionales contemporáneos, como la Carta Democrática Interamericana, adoptada por la Organización de Estados Americanos (2001), dispone en su artículo cuarto, que la transparencia es uno de los componentes fundamentales del ejercicio de la democracia. Así mismo, en su artículo sexto se señala que la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones es, a su vez, un derecho y una responsabilidad. También se debe tener presente la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (2003), en cuyos artículos 10 y 13 se refiere a la transparencia en relación con el fortalecimiento democrático.

La transparencia aparece, entonces, como una necesidad y una exigencia de la democracia. “Que la transparencia es un elemento esencial de cualquier Estado democrático es ya algo fuera de toda duda. Se trata de una de las más insistentemente reivindicadas exigencias de la democracia” (Piñar, 2010, p. 82). Igualmente, sobre este aspecto, Uvalle (2008) manifiesta:

La transparencia responde a un perfil de sociedad, en la cual la participación de los ciudadanos es realidad tangible, no quimera. Denota el avance de condiciones de vida que apuntan hacia la postura activa de los ciudadanos en los asuntos públicos, con objeto no solo de analizar y discutir su derrotero, sino de tomar parte en los procesos que se generan con la gestión institucional. Una condición para que la transparencia sea valorada como un producto democrático, es que los ciudadanos vigilen y controlen el ejercicio del poder de manera continua. La transparencia es un medio para que la vigilancia y el control del poder, sean parte de las ventajas que los ciudadanos tienen para evitar que el gobierno se comporte de modo distante. [...].

La transparencia es propia de las sociedades abiertas y liberales que reclaman ante el poder, el derecho que tienen para conocerlo, monitorearlo y evaluarlo; a fin de que no se convierta en un mal necesario. Las sociedades abiertas y liberales son testimonio de cómo las libertades civiles y políticas tienen vigencia efectiva, para que el ejercicio del poder no sea entendido en un horizonte de unilateralidad, sino a partir de espacios horizontales que dan cuenta de relaciones intensas y diferenciadas, que se conjugan por efecto de los actores políticos, interesados en la construcción y el desenvolvimiento de las instituciones públicas. (pp. 103-104).

La relación entre el principio de transparencia y el principio democrático, involucra, además, una revisión de la legitimidad política en el ejercicio del poder político –distinta de la legitimidad del orden político– en la cual una administración poco transparente, es decir, poco accesible al control ciudadano y a la generación de espacios de construcción de políticas y de deliberación, significaría una administración que puede ser objeto del fenómeno de captura del Estado (CdE) y, por ende, perder legitimidad.

En este acápite es válido concluir, de forma primaria, que el principio de transparencia permite el fortalecimiento del principio democrático, al facultar a los asociados para la generación de espacios de participación a partir del conocimiento pleno del actuar del Estado en procesos abiertos al público, lo que actúa, finalmente, en los controles sociales de la administración y en la reconfiguración del poder político.

El principio de transparencia como contenido del Estado social de derecho

La cláusula general de Estado social de derecho conlleva una reconfiguración de el sistema democrático en pleno, ya que el actuar del Estado debe orientarse hacia la satisfacción de los fines contenidos en el artículo 2° superior, que no son cosa distinta de la funcionalidad social que se afina en el centro mismo del concepto de Estado social de derecho. Sobre este aspecto, vale la pena contar –como punto de partida– con la definición de Rodríguez (1998):

Se entiende por Estado social el ordenamiento político que atribuye al poder del Estado fines estrictamente sociales orientados a la eficaz prestación de los servicios públicos y a la satisfacción de las necesidades fundamentales de la población que se materializan en el bienestar general y en el mejoramiento de la calidad de vida de todos los ciudadanos, de tal forma que el interés social o interés general tenga prevalencia sobre el interés particular, en la búsqueda de la convivencia y de la justicia social (p. 35).

La cláusula de Estado social de derecho debe materializarse en cláusulas concretas que posibiliten la eficacia de los postulados normativos superiores, puesto que la parte orgánica de la Constitución se instituye con el fin de darle alcance eficaz a la parte dogmática, tal y como lo expresa la Corte Constitucional:

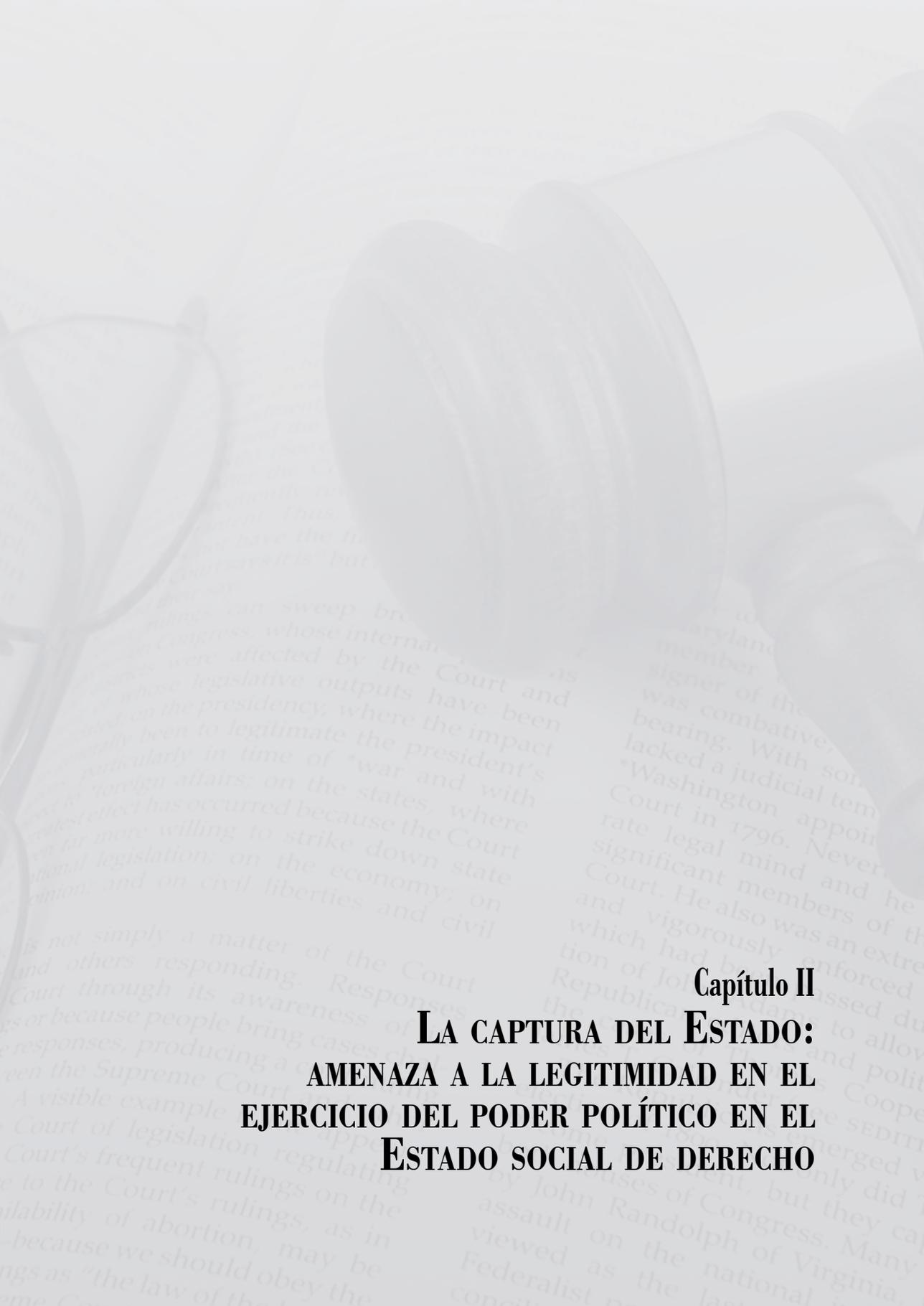
En síntesis, la Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican

como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales (sentencia T-406, de junio 5 de 1992).

Dentro de esas cláusulas de concreción del Estado social de derecho se encuentra el principio de transparencia, el cual define su contenido en relación con la actividad estatal orientada a la satisfacción de la finalidad esencial consagrada en el artículo 2° superior. De esta manera, la transparencia se explica a partir de las relaciones entre el Estado y sus asociados, puesto que su basamento radica en presupuestos morales estructurales del quehacer administrativo, en un contexto democrático en el cual se permite al asociado acceder a los procesos de toma de decisiones. Sommermann (2010) lo explicita de este modo:

La transparencia de la actuación del Estado, es decir, el grado de publicidad y de apertura a los procesos estatales, en la toma de decisión, y de la publicidad en cuanto a los actores que han participado en ellos y en cuanto a los argumentos utilizados, viene percibiéndose como barómetro de realización de un Estado democrático de Derecho (p. 11).

El principio de transparencia aparece, entonces, como un contenido concreto de la cláusula general de Estado social de derecho que permite, en un contexto de democracia participativa, el acceso y la participación de los asociados en la configuración del poder político, lo que lleva, a su vez, a constituirse como parte esencial en la generación de espacios de discusión y control de la actividad administrativa, en aras de verificar su orientación hacia la satisfacción de los objetivos planteados por el Estado social de derecho.



Capítulo II

**LA CAPTURA DEL ESTADO:
AMENAZA A LA LEGITIMIDAD EN EL
EJERCICIO DEL PODER POLÍTICO EN EL
ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

El modelo estatal colombiano escogido por el constituyente de 1991 corresponde al de un Estado social de derecho, concepto polisémico que encierra un énfasis en lo social por parte de la administración pública. Ello implica que la parte orgánica del texto superior solo adquiere sentido cuando está orientada a la satisfacción de los derechos y principios que aparecen consagrados en la parte dogmática, en aras de que lo social, precisamente, no se convierta en una “[...] simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado” (Corte Constitucional, sentencia T-406, de junio 5 de 1992). Por tal razón, la configuración de los organismos y autoridades que componen la parte orgánica de la Constitución, deben gozar de legitimidad no solo desde un punto de vista formal (a partir del cumplimiento de unos requisitos externos y de alguna manera procedimentales, como lo son las elecciones libres, que buscan la autodeterminación del pueblo en claro acatamiento del principio democrático como soporte fundante del Estado social de derecho), sino también de forma material, en tanto exista esa relación consecencial “[...] entre fines y medios expresados en la Constitución” (Rodríguez Ortega, 1998, p. 15). Es decir, que quienes en virtud de un proceso democrático integren los órganos del Estado, deben orientar su labor y su actividad administrativa hacia el cumplimiento de los fines esenciales definidos por la teleología constitucional, lo que implica una relación inescindible entre la función administrativa y los postulados del Estado social de derecho (Montaña, 2010).

Esta descripción constitucional se ubica en el plano deontológico, en cuanto expresa un *deber ser* cuya búsqueda comprende una constante en el Estado social de derecho. Aún así, en muchas ocasiones esa constante parece desaparecer ante la revelación de intereses particulares que se anteponen al interés general que entraña el cumplimiento de los fines del Estado, razón por la cual si bien los procedimientos se cumplen, las elecciones se ganan y formalmente se reivindica la legitimidad política a partir de una satisfacción aparente del principio democrático. En la práctica, esa democracia se vislumbra como capturada por grupos de poder que anteponen sus propios intereses a los del conglomerado, generando de esta manera bien una captura o bien una reconfiguración cooptada del Estado colombiano (Garay, Salcedo-Albarán, De León-Beltrán y Guerrero, 2008). Ello afecta directamente la legitimidad política, ya no desde un punto de vista formal, sino material, mientras se desnaturaliza el Estado social de derecho que las instituciones que lo componen no se enfocan en la satisfacción de los principios y derechos consagrados en la parte dogmática de la Constitución, sino que se sirven del Estado para los intereses de quienes han capturado las instituciones, apropiación que se da a través de diversas prácticas dentro de las cuales el clientelismo es una de las más comunes y constituye el objeto de este texto.

Aproximación al concepto de legitimidad política y su relación con el ejercicio del poder en el Estado

El devenir conceptual de la legitimidad política se da como representación justificatoria del poder político, bien sea mediante la concreción de un consenso a partir de un proceso electoral (Bobbio, 1986) o como necesidad en términos de funcionalidad del poder (Scharpf, 2005). La legitimidad contiene el reconocimiento del ejercicio del poder político por parte de quien es llamado a ejercerlo y no por otro. López (2009) señala al respecto:

La legitimidad es el reconocimiento por parte de la población de que los gobernantes de su Estado son los verdaderos titulares del poder y los que tienen derecho a ejercerlo: a crear y aplicar normas jurídicas, disponiendo del monopolio de la fuerza, de acuerdo con esas normas, sobre la población (p. 156).

El concepto de legitimidad se presenta, pues, ceñido al de poder político y como justificación de su ejercicio (Rodríguez, 1998). En términos de Russell (1948), el poder es un concepto cuantitativo que se puede definir como la producción de los efectos pretendidos. No cabe referirse a legitimidad sin hablar de poder, ni aludir al poder sin relacionarlo con la política, dado que esta se define a sí misma a partir del ejercicio del poder. López (2009) lo explicita del siguiente modo:

La política hace referencia a aquellos fenómenos que afectan a una sociedad en su conjunto y que tienen que ver con la organización y dirección de la misma mediante el uso de la fuerza. Estas tres características, organización, dirección y uso de la fuerza en una sociedad, definen el hecho del poder político (p. 154).

El carácter justificatorio de la legitimidad se revela en Ferrero (1943), en cuyo saber esta aparece como una necesidad de justificación de un poder político ligado al concepto de dominación, entendido como el derecho de unos hombres de mandar sobre otros. “Entre todas las desigualdades humanas, ninguna es tan importante por sus consecuencias ni tiene tanta necesidad de justificarse ante la razón, como la establecida por el poder” (p. 35).

Al corriente de lo anterior, Ferrero encuentra cuatro principios que se desprenden de lo que él denomina *principios de legitimidad*, como justificaciones del poder: principio electivo, principio democrático, principio aristocrático-monárquico y principio hereditario. Al decir de Martínez (2009), “[...] los principios de legitimidad no son más que ensayos de justificación del poder, explicaciones que pretenden fundamentar el derecho del gobernante a mandar y el deber de los gobernados a obedecer” (p. 204) y en esta vía, Ferrero considera que el ejercicio del poder en las democracias modernas se justifica sobre dos principios de legitimidad que se mezclan: el principio democrático y el principio electivo, el primero referido al reconocimiento de la soberanía popular y el segundo fundamentado en las elecciones libres de los representantes del pueblo.

Esta relación entre soberanía y legitimidad también aparece en Kriele (citado por López, 2009), para quien “[...] la soberanía del Estado depende de su legitimidad y la legitimidad fundamenta su soberanía. Más aún, el problema de la legitimidad es el lado interno del problema de la soberanía” (p. 156). Líneas más abajo señala: “Por tanto, la soberanía y la legitimidad son las propiedades esenciales del poder político estatal. Pero la legitimidad se refiere sobre todo a la cuestión interna del título y ejercicio del poder” (p. 156).

La relación legitimidad-poder cimentada en la dominación, encuentra en Weber (1974) uno de sus autores más importantes. Para este pensador, la legitimidad corresponde a una creencia de los dominados en hacerse sumisos a la autoridad, lo cual asegura la capacidad de esta para hacer cumplir sus decisiones. En Weber, el concepto de dominación corresponde a “[...] la probabilidad de encontrar obediencia dentro de un grupo determinado para mandatos específicos (o para toda clase de mandatos)” (p.170). El sociólogo alemán identifica tres tipos de dominación legítima: a. dominación de carácter racional, que se refiere a la creencia en la legalidad del orden estatuido y del derecho de mando de las autoridades por virtud de la legalidad (dominación burocrática); b. dominación de carácter tradicional, que corresponde a la creencia en la santidad de las tradiciones y de los señalados por esas tradiciones para ejercer autoridad (dominación patriarcal); y c. dominación carismática, referida a la creencia en

la santidad, el heroísmo o ejemplaridad de una persona para ejercer autoridad (dominación caudillista, profética o demagógica). De estos tipos de dominación surgen sus correspondientes creencias de legitimidad, las cuales deben asegurar el mantenimiento de las relaciones de dominación-sumisión. Los motivos estrictamente materiales, afectivos o racionales no pueden garantizar por sí mismos el mantenimiento de la dominación, si esta no se representa como una creencia del dominado (Weber, 1974).

El estudio weberiano del poder y la legitimidad que deviene, tiene como uno de sus propósitos fundamentales establecer el momento cuando un poder es legítimo, dado que la dominación depende de motivos diferentes, como el juego de intereses particulares, el hábito de sumisión o el puro gusto personal del súbdito, motivos que, en todo caso, hacen que la relación de dominación resulte inestable. Por ello, Weber (1974 b), señala que la motivación más estable y que legítima se funda en motivos jurídicos. Al respecto, señala:

En las relaciones entre dominantes y dominados, en cambio, la dominación suele apoyarse internamente en motivos jurídicos, en motivos de su "legitimidad", de tal manera que la conmoción de esa creencia en la legitimidad suele, por lo regular, acarrear graves consecuencias (pp. 706-707).

Sobre este punto, Martínez (2010) concluyó lo siguiente:

En la concepción de Weber encontramos varios criterios que nos ayudan a caracterizar un poder legítimo: en primer lugar, un poder es legítimo si sus mandatos son acatados y obedecidos como obligatorios, lo que quiere decir que la eficacia prueba y justifica la legitimidad del poder; otro criterio de legitimidad lo constituye el modo permanente como se ejerce el poder, recordemos que para que un grupo de poder sea tenido por una asociación política debe garantizar que se obedezca su ordenamiento en un territorio de forma continua mediante la amenaza de la coacción física; el tercer criterio de legitimidad es la legalidad, que se desprende de la célebre distinción weberiana entre poder (macht) y dominación (herrschaft), de la que se puede concluir que el poder legítimo (herrschaft) se distingue del poder de hecho (macht) por estar regulado por normas (p. 425).

La legitimidad weberiana está basada en la legalidad iuspositiva del momento, situación criticada duramente por Habermas (1999), quien considera que el pensador alemán no supo reconocer el ingrediente moral que pervive en las entrañas del derecho que proviene de los Estados liberales, dada la postivización de muchas normas morales. Sobre este punto, Habermas (2005) expresa:

Finalmente, hay que tener presente que los discursos jurídicos, cualquiera sea su modo de vinculación al derecho vigente, no pueden moverse en un universo cerrado de reglas jurídicas unívocamente fijadas. Esto es algo que se sigue de la propia estructuración del derecho moderno en reglas y principios. Muchos de estos principios son de naturaleza jurídica y simultáneamente de naturaleza moral, como fácilmente puede verse en el caso del derecho constitucional. Los principios morales del derecho natural racional se han convertido en los Estados constitucionales modernos en derecho positivo. Por eso las vías de fundamentación institucionalizadas mediante procedimientos jurídicos, cuando se las mira desde la perspectiva de una lógica de la argumentación, permanecen abiertas a discursos morales (p. 545).

Siguiendo estas mismas trazas argumentales, Habermas (2005) expresa la tesis de que “[...] solo una racionalidad procedimental llena de contenido moral puede extraer la legalidad su propia legitimidad” (p. 536). Por ello, el concepto de legitimidad habermasiano está atravesado por una legalidad que supera al iuspositivismo estricto, e impregnado de una teoría procedimental de la justicia, con elementos de mezcla entre derecho y moral. En consecuencia,

[...] legitimidad significa que la pretensión que acompaña a un orden político de ser reconocido como correcto y justo no está desprovista de buenos argumentos; un orden legítimo merece el reconocimiento. Legitimidad significa el hecho del merecimiento de reconocimiento por parte de un orden político (Habermas, 1981, p. 243).

López Hernández (2009), comprendió la caracterización del orden político derivado del pensamiento habermasiano de la legitimidad, de la siguiente manera:

1. La Constitución regula el proceso político a través de normas: mayoría, proceso parlamentario, ley electoral, etc. 2. La labor del Parlamento debe estar apoyada en una participación cada vez mayor de la población. 3. La calidad de la vida pública debe mejorar constantemente y en ello tienen especial importancia los medios de comunicación (p. 161).

La legitimidad habermasiana parte de su teoría de la acción comunicativa para sustentar sus tesis de legitimidad. En ella, la legitimación se desprende de un consenso social logrado a partir de la comunicación, esfera en la cual se concretan –de consuno– los contenidos materiales de justicia. López Hernández (2009) lo dilucida de este modo:

Habermas actualiza estos presupuestos a partir de una teoría comunicativa de la acción, donde los individuos, desde condiciones pragmáticas universales de entendimiento, interactúan construyendo un consenso racional basado en argumentos y produciendo así las decisiones consideradas justas. Por tanto, el contenido normativo justo se construye íntegramente desde la pureza del procedimiento democrático a

través de un proceso de diálogo en una situación ideal de habla. Para Habermas la legitimación es un proceso de comunicación, cuyo objetivo es la búsqueda del entendimiento, basado en condiciones pragmáticas ideales que posibilitan dicho entendimiento y sin que exista ninguna coacción externa, incluida la del propio poder político. Este procedimiento no solo es formalmente correcto, sino que, a través de él, el grupo social acuerda los contenidos materiales de justicia que considera convenientes (p. 162).

En el caso colombiano, la cláusula general de Estado social de derecho comporta tomar el modelo weberiano que concibe la legitimidad como la creencia de los sometidos a un orden determinado en la validez de dicho orden o la legitimidad habermasiana, basada en el reconocimiento del orden político que gobierna. La legitimidad en el ejercicio del poder político en un Estado social de derecho, debe orientarse hacia la plena satisfacción de los fines esenciales del Estado. El modelo habermasiano contiene la legitimidad de todo el orden político –incluso la del Estado–, pero ello no riñe con la posibilidad de analizar la legitimidad en el ejercicio del poder político por parte de los agentes estatales. En ese sentido y desde un punto de vista eminentemente constitucional, se distinguen dos tipos de legitimidad en el ejercicio del poder político en el Estado social de derecho: 1. una legitimidad formal, que comprende aspectos procedimentales relacionados con la forma como los individuos consiguen detentar el poder político, es decir, el ejercicio electoral en sí, en un sistema democrático; y 2. una legitimidad material, que se refiere al ejercicio del poder propiamente dicho, lo cual, en el marco del Estado social de derecho, significa la satisfacción de los postulados contenidos en la parte dogmática de la Constitución por parte de la estructura definida en la parte orgánica del mismo texto superior. Ese es el hilo conductor de la organización de la administración pública de acuerdo con el diseño del constituyente de 1991, razón por la cual los procedimientos administrativos aparecen vinculados irremediabilmente con la teleología constitucional “[...] en cuanto mecanismos para la satisfacción de estos cometidos” (Santofimio, 2011, p. 33).

Estos dos tipos de legitimidad política se deducen del análisis de la legitimidad en el campo jurídico y de alguna manera conllevan la evocación de los principios de legitimidad enunciados por Ferrero (1943), particularmente los principios democrático y electivo, de cuya comunión el autor dedujo una clave explicativa de los regímenes políticos democráticos en el siglo XX, como contraposición al autoritarismo fascista que le tocó vivir.

Igualmente, resulta inevitable pensar en el antecedente de las dos legitimidades que se desprenden de la descripción de las tiranías hecha por el jurista Bartolo:

legitimidad de título y legitimidad de ejercicio, las cuales surgen, precisamente, de las dos clases de poder ilegítimo o tiranía descritas por este autor: *ex defectu tituli* y *ex parte exercitii* (Bobbio, 1996). Sin duda alguna, los contenidos de estas dos legitimidades medievales encuentran plena correspondencia con los contenidos de la legitimidad formal y la legitimidad material aludidas.

Corrupción y clientelismo: de la captura a la ilegitimidad material en el Estado social de derecho

En el Estado social de derecho, el concepto de ilegitimidad material se refiere al hecho de que las estructuras que edifican el Estado no cumplen los cometidos definidos por la dogmática constitucional. Esto puede darse por una multiplicidad de factores: anteposición de intereses privados en la configuración de normas y políticas públicas, elección de representantes que provienen de grupos ilegales, corrupción administrativa y configuración del sistema democrático a partir de relaciones clientelares, entre otros. Estas causas pueden llevar a la captura del Estado (CdE) o a la reconfiguración cooptada del Estado (RCdE), entendidas como manifestaciones concretas de la ilegitimidad material en el Estado.

El concepto de captura del Estado (CdE), es esbozado por el Banco Mundial, en cita que hacen Garay *et al.* (2008), como:

[...] la acción de individuos, grupos o firmas, en el sector público y privado, que influyen en la formación de leyes, regulaciones, decretos y otras políticas del gobierno, para su propio beneficio como resultado de provisiones ilícitas y no transparentes de beneficios privados otorgados a funcionarios públicos (p. 16).

Esta concepción clásica se circunscribe a aspectos netamente económicos, en los cuales el sujeto de regulación efectúa la CdE con el fin de extraer “[...] rentas del Estado para el beneficio de individuos privados, firmas o sectores mediante la distorsión del marco legal y regulatorio” (p. 18). Según los mismos autores, el fenómeno de la captura también se presenta en ámbitos como el legislativo, el jurisdiccional y la configuración de la política pública en general y aclaran que los agentes captores pueden ser legales con intereses particulares o ilegales

con intereses criminales y son los actores ilegales quienes capturan a los actores legales. Sin embargo, fenómenos como el de la parapolítica demuestran que en los últimos años es más frecuente la captura invertida; es decir, de los actores legales hacia los ilegales, situación explicada por López (2010) de esta manera:

Los hallazgos coinciden con los supuestos teóricos en cuanto a que las formas de captura invertida, y también de captura usual, incrementan la exposición penal tanto de los actores supuestamente legales, como los políticos, como de sus aliados ilegales, narcotraficantes y grupos armados ilegales, y en cuanto a que a ambos se les ejecuta parte de ese riesgo. Sin embargo, la evidencia indica que los legales usualmente logran minimizar su exposición penal, mientras que tienen ventajas para maximizar y ejecutar el riesgo de exposición penal de sus socios ilegales. Los ilegales, además, tienen serios problemas de “riesgo moral” típicos de la relación agente/principal para hacer cumplir a los políticos su parte de lo pactado. Aunque los ilegales tienen en teoría el recurso diferencial y eficaz del chantaje y la violencia, los políticos también acceden a esos recursos por otras vías y no dudan en usarlos. Son usualmente los políticos, no sus socios ilegales, quienes logran prevalecer y legitimarse en el largo plazo. Los unos terminan extraditados y los otros siguen gobernando (p. 46).

A su vez, el concepto de reconfiguración cooptada del Estado (RCdE) tiene que ver con la modificación del régimen desde su interior. Garay *et al.* (2008), lo definen como sigue:

La acción de organizaciones legales e ilegales que mediante prácticas ilegítimas, buscan modificar, desde adentro, el régimen político de manera sistémica e influir en la formación, modificación, interpretación y aplicación de las reglas de juego y de las políticas públicas, para obtener beneficios sostenibles y lograr que sus intereses sean validados política y legalmente, y legitimados socialmente en el largo plazo, aunque éstos no obedezcan al interés rector del bienestar social (p. 96).

De acuerdo con las conceptualizaciones presentadas, cabe concluir que tanto la CdE como la RCdE son conceptos diferentes: “[...] la captura opera desde fuera del sistema, mientras que la reconfiguración lo hace desde dentro” (García Villegas y Revelo Rebolledo, 2010, p. 67). No obstante, ambos participan en la ilegitimidad material en el Estado social de derecho. Según los autores mencionados, “[...] la RCdE pareciese ser un momento más avanzado de la CdE en el cual los distintos actores ilegales ponen al Estado a su servicio” (p. 67). Aun así, no puede hablarse de ellos como fenómenos secuenciales y lineales, comoquiera que dependen de la relación entre actores legales e ilegales, de sus motivos y su margen de operación y de reglas establecidas (López, 2010). Para Garay *et al.*, (2008), en Colombia se ha pasado de prácticas de CdE a prácticas de RCdE

(estas últimas en fase inicial) llevadas a cabo por actores ilegales y facilitadas por el auge y penetración del narcotráfico en las esferas de decisión política (el legislativo y el ejecutivos territoriales), prácticas que incluyeron propósitos de refundación de la patria por parte de organizaciones paramilitares. Esta actividad es conocida como “parapolítica” y definida como “[...] un fenómeno nacional de captura masiva de la representación política y el poder público por parte del narcotráfico y el paramilitarismo, a través de políticos y otros servidores públicos en los niveles local, regional y nacional”. (López y Sevillano, 2008, p. 62). Aquí, el actuar de paramilitares y agentes estatales comenzó con prácticas de CdE, sin dejar de enfocarse hacia una RCdE, en cuanto lo pretendido era la modificación del régimen desde su interior; de ahí la tesis de la refundación. Si bien es cierto que la parapolítica no implicó una RCdE, condujo a la presencia de altos niveles de CdE en el legislativo y el ejecutivo, sin dejar de lado las administraciones territoriales y lo judicial. Esta CdE entrañaba una apropiación de las instituciones del Estado bajo la apariencia de legalidad, tal como lo explican García y Revelo (2010):

Es importante tener presente que la mafia y los paramilitares no pretenden, como la guerrilla, cambiar las instituciones, sino que, por el contrario, intentan que esas instituciones se mantengan con todas sus formalidades y sus rutinas. Su propósito central es la captura institucional sin afectar su funcionamiento aparente. Buscan apropiarse de las instituciones del Estado, sin cambiarlas, solo haciendo que ellas sigan sus propósitos (p. 103).

El clientelismo político es un fenómeno conducente, asimismo, hacia la CdE, dado que lo que se pretende es aprovechar las posibilidades de decisión legislativa y política para satisfacer los intereses particulares de grupos de poder ligados a movimientos o partidos políticos que se nutren de la institución capturada para llevar a cabo una depredación de los recursos públicos. Ello incide directamente en la legitimidad material en el Estado, dada la imposibilidad de satisfacer los fines esenciales definidos por la teleología constitucional y que constituyen el hilo conductor de la cláusula general de Estado social de derecho.

Así las cosas, corrupción y clientelismo son fenómenos simbióticos que se reproducen el uno a partir del otro y crean las condiciones para la CdE por parte de grupos ligados a organizaciones legales. Della Porta (1996) ha señalado al respecto:

Resumiendo, en los sistemas de corrupción difundida, los partidos políticos no sólo socializan para lo ilícito, reduciendo los costos morales de la corrupción, sino que además aseguran, gracias a la difusión de la corrupción en todas las áreas

geográficas, en los diferentes organismos públicos y en los diversos sectores de la administración pública, una especie de “repetición del juego” corrupto: el que respete los acuerdos ilícitos podrá seguir haciendo negocios con la administración pública; el que abandone la causa una vez, será excluido por siempre del mercado de las adquisiciones gubernamentales. Además, llegando a un acuerdo entre sí, mayoría y oposición reducen los riesgos materiales ligados a la identificación de la contraparte y la negociación de la comisión. Controlando los nombramientos en todos los organismos públicos, los partidos pueden generalizar la “matraca”, transformando lo ilícito de excepción en praxis difundida con sus normas compartidas, y garantizando la continuidad del sistema en el tiempo, no obstante el hecho de que el personal político se rote en la administración pública. Esto equivale a decir que los partidos asumen una función de garantes de pactos ilegales, participando en aquellas operaciones en las que se requiere una certificación de la confianza, o bien en las que, para obtener un beneficio, se usan promesas de otros, las cuales deben garantizarse de alguna manera (pp. 13-14).

Las prácticas clientelares son generadoras de corrupción, comoquiera que permiten que el ganador de las elecciones y por ende, el orientador de la agenda política durante el cuatrienio, reproduzca, durante su administración, prácticas tendientes a mantener las estructuras sociales de la misma manera, un *statu quo* orientado al afianzamiento del poder político a partir del mantenimiento de las condiciones del mercado electoral (Cendales, 2012). Es decir, se da una relación directamente proporcional entre corrupción y pobreza (Saíz, Mantilla y Cárdenas, 2012).

La preservación de estructuras sociales de pobreza implica una inversión social mínima, aun cuando en apariencia sea diferente. Los presupuestos se configuran sobre una multiplicidad de rubros y de estas acciones se extraen tres elementos importantes para el análisis: 1. un alto porcentaje en gastos de funcionamiento, lo que permite la consolidación de relaciones de patronazgo político a partir de la asignación de “cuotas burocráticas”; 2. un porcentaje alto en infraestructura en sectores diferentes de los deprimidos, propicios para prácticas clientelares como la compra de votos; y 3. un porcentaje en inversión social basado en políticas asistencialistas –propias de un Estado paternalista– que permiten mantener la clientela sin transformar sus condiciones socioeconómicas (al mejor estilo lampedusano: que todo cambie para que todo se quede como está). Esto, sin contar con el hecho de que una buena tajada de los recursos es objeto de depredación a partir de prácticas como la sustracción directa de dineros del patrimonio público, la exigencia de coimas o comisiones para facilitar la asignación de contratos o el pago de sobornos con el mismo fin. Así las cosas, “[...] el monto y la incidencia de los sobornos está relacionado con el nivel

general de los beneficios disponibles y con el poder relativo de negociación de los políticos y funcionarios potencialmente corruptos” (Artavia, 2008, p. 18).

Lo anterior nos encamina a hacer unas breves conceptualizaciones en torno a la corrupción, a fin de relacionarla con el fenómeno de CdE.

El concepto de corrupción es polisémico y multivocista y se puede mirar desde las perspectivas de la ética, la política, la economía y el derecho. Para efectos de este análisis, se toma la noción de corrupción esbozada por Cazzola (2006):

La definición que me parece más útil para los fines de una reconstrucción empírica del fenómeno es la siguiente: para que exista corrupción, en tanto intercambio de favores bajo la forma de trueque o de intercambio social, es necesaria la presencia de cuatro elementos constitutivos: 1. que exista la violación de normas y de reglas sancionadas normativamente; 2. que dicha violación suceda en el transcurso de un intercambio que se desarrolla en modo clandestino entre arenas políticas y mercado económico; 3. que la violación tenga como finalidad la apropiación por parte de individuos o grupos que actúan en las arenas políticas o en el mercado económico de recursos de uso o de intercambio (dinero, prestaciones, influencia, etcétera) de origen público para su utilización no prevista normativamente; 4. que todo esto tenga como consecuencia (deseada o aceptada) a nivel político modificar las relaciones de poder en los procesos decisionales, así como acrecentar la asimetría entre poder y responsabilidad (para algunos grupos o individuos el poder aumenta sin que esto comporte una mayor responsabilidad), mientras que a nivel social y económico, a la imposibilidad “legal” de hacer respetar los contratos de intercambio sobreviene la violencia como elemento de sanción (p. 44).

La corrupción ostenta una naturaleza transaccional que facilita la captura de instituciones estatales, como lo demuestra el conocido estudio codirigido por García y Rebolledo (2009), que da cuenta de la captura de entidades como el Consejo Superior de la Judicatura, el Consejo Nacional Electoral o la extinta Comisión Nacional de Televisión. La naturaleza transaccional de la corrupción es explicitada por Della Porta y Mény (2006) de la siguiente manera:

Por consiguiente, la corrupción puede ser, ante todo, definida como un intercambio clandestino entre dos “mercados”, el político y o administrativo y el mercado económico y social. Es un intercambio oculto por el hecho de que viola normas públicas, jurídicas y éticas, y sacrifica el interés general por los intereses privados (personales, corporativos, de partido etcétera). Esta transacción, que permite a los privados acceder a recursos públicos (contratos, financiamientos, decisiones...) en manera privilegiada y mediada (ausencia de transparencia, de competencia) ofrece a los personajes públicos corruptos beneficios materiales presentes o futuros para sí mismos o para la organización de la cual forman parte (p. 38).

Asimismo, revela una naturaleza transaccional, dada la “[...] relación diádica entre patrón y cliente” (Acuña, 2009, p. 30).

Ahora bien, sin el ánimo de ofrecer una descripción completa del concepto ni poner de presente la categorización que hoy exhibe la ciencia política, sino de hacer una aproximación que permita identificar los elementos mínimos que habiliten el apareamiento entre clientelismo y corrupción como factores detonantes de la ilegitimidad material en el Estado social de derecho, a partir del fenómeno de CdE, y de acuerdo con Audelo (2004), se puede definir al clientelismo como:

[...] aquellas relaciones informales de intercambio recíproco y mutuamente benéfico de favores entre dos sujetos, basadas en una amistad instrumental, desigualdad, diferencia de poder y control de recursos, en las que existe un patrón y un cliente: el patrón proporciona bienes materiales, protección y acceso a recursos diversos y el cliente ofrece a cambio servicios personales, lealtad, apoyo político o votos (p. 127).

La lealtad constituye uno de los elementos esenciales del clientelismo, en cuanto le permite legitimarse a partir de la justificación del ejercicio del poder por los representantes elegidos. Por tal razón, no solo aparece como un intercambio de dinero o favores por votos, “[...] sino como actos que contienen objetos, palabras, acciones distributivas y públicas” (Acuña, 2009, p. 32). Luego entonces, cabe afirmar que el clientelismo se legitima a partir del resultado obtenido: la elección del representante en cuanto comporta la satisfacción del procedimiento estatuido en la ley: la elección. De hecho, podría sostenerse que todos los elegidos gozan, en alto grado, de una estructura política que les garantiza votos; vale decir, redes clientelares en cualquiera de sus clases: a partir de ejercicios de patronazgo político, por transacción con líderes comunitarios o por compra de votos. Estas configuraciones –conocidas popularmente como maquinarias–, encuentran su justificación ante la opinión pública, pues forman parte de la “tradicón” política. Ahora bien, las organizaciones políticas estructuradas sobre la base de relaciones clientelares, deben asegurar su subsistencia a partir del mantenimiento y profundización de esas relaciones, pues de otra forma se les dificulta conservar el número mínimo de votos necesario para alcanzar el umbral exigido por la normatividad colombiana para obtener la curul y conservar la personería jurídica del partido o movimiento político.

Así las cosas, mantener esas redes clientelares que sustentan la organización exige acudir a prácticas de corrupción, como la apropiación de recursos públicos y el tráfico de influencias, por mencionar solo dos de las más frecuentes. Con la primera (la apropiación de recursos públicos) se garantiza el mantenimiento

del *statu quo* socioeconómico del mercado electoral mediante mañas como la compra de votos. Ahora bien, si los clientes logran un ascenso social, se puede presentar un encarecimiento del voto o una deserción de la red clientelar, lo que obligaría a conseguir nuevos clientes. La segunda práctica (el tráfico de influencias), apunta a establecer redes clientelares de patronazgo político a partir de la asignación de las llamadas cuotas burocráticas, lo cual genera lealtades y, por supuesto, favores.

La simbiosis clientelismo-corrupción favorece la CdE en instituciones donde lo público se pone al servicio de los intereses particulares de los captores. Esa CdE resulta, a su vez, en un fenómeno claramente deslegitimante del Estado social de derecho, comoquiera que la entidad capturada, junto con todo el tinglado que compone la estructura del Estado, debe orientar sus actuaciones hacia el cumplimiento de los fines esenciales definidos por la dogmática constitucional, obligación que no podría cumplir si su accionar se destinase a la satisfacción de intereses particulares y a la depredación de recursos que mina la inversión pública.

Los efectos de la captura de Estado en el Estado social de derecho

El constituyente de 1991 adoptó el modelo de Estado social de derecho como piedra angular del nuevo diseño constitucional, razón por la cual lo concibió más que como un modelo estatal, como una cláusula general que abarca todo el texto superior, de tal suerte que los principios y reglas que lo componen se encuentren en consonancia con dicha cláusula. Rodríguez (1998) define al Estado social de derecho de la siguiente manera:

Se entiende por Estado social el ordenamiento político que atribuye al poder del Estado fines estrictamente sociales orientados a la eficaz prestación de los servicios públicos y a la satisfacción de las necesidades fundamentales de la población que se materializan en el bienestar general y en el mejoramiento de la calidad de vida de todos los ciudadanos, de tal forma que el interés social, o interés general tenga prevalencia sobre el interés particular, en la búsqueda de la convivencia y de la justicia social (p. 35).

La Corte Constitucional cifró el objeto del Estado social de derecho en las personas, razón por la cual debe tener un papel activo –más que pasivo de simple gendarme de las libertades– en la consecución de los fines señalados. Al respecto, expresó la Corte:

Con el término social se señala que la acción del Estado debe dirigirse a garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerles a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales (sentencia SU-747, de diciembre 2 de 1998).

Esto implica un cambio en el papel desempeñado por la administración pública, detallado por Montaña Plata (2010):

De una administración pública que garantiza libertades individuales, absteniéndose de violarla y logrando que terceros también lo hagan, se pasa a una administración pública que continúa por esta línea pero de manera instrumental para el desarrollo de su propósito principal, consistente en garantizar derechos sociales y estándares de igualdad (material) fundados en la solidaridad (p. 80).

En suma, del cumplimiento del objeto definido para el Estado en el marco de la cláusula general de Estado social de derecho, se deriva la legitimidad del ejercicio del poder público, tal como lo señala la Corte Constitucional: “La legitimidad del poder del Estado y de sus instituciones políticas y jurídicas se basa en el respeto, la garantía y la promoción de los derechos fundamentales” (sentencia 522 del 10 de julio de 2002). Y más que de los derechos fundamentales exclusivamente, de todos los principios definidos por la dogmática constitucional (Corte Constitucional, sentencia T-406, del 5 de junio de 1992). Siguiendo las mismas trazas argumentales (Sierra, 2008) manifestó:

El Estado constitucional colombiano fue pensado por el constituyente de 1991 como un típico Estado social de derecho, esto es, dotado de abundantes y prolíficas declaraciones de derechos y principios que nos muestran el norte o razón de ser de la actividad del Estado: en la parte inicial de la Constitución se establecieron 95 artículos dedicados a los derechos constitucionales en sus distintas variedades y clasificaciones; allí se encuentran derechos de todo tipo: derechos de autonomía, políticos y prestacionales o asistenciales y, en esta segunda variedad, derechos de segunda y tercera generación. A esta amplia regulación de la parte dogmática le correspondería una estructura estatal igualmente amplia y diseñada con el propósito y con el tamaño suficiente para dar respuesta a las aspiraciones y a las garantías del texto constitucional (p. 191). En líneas anteriores se expuso la idea de que la legitimidad en el ejercicio del poder político, diferente de la legitimidad del orden político, debe ser coherente con el objeto del Estado social de derecho y en esta vía se distinguen dos tipos de legitimidades: una de tipo formal y otra de tipo material. La mayoría de la literatura política se refiere a la legitimidad formal, en cuanto se pretende dar respuesta a la cuestión de por qué unos hombres libres deben obedecer a otros hombres, y distinguir, de acuerdo con la solución, un régimen político de facto de uno de derecho.

Por su parte, la legitimidad material se refiere al cumplimiento del objeto del Estado, esto es, la satisfacción de los cometidos definidos por el constituyente

en su parte dogmática. Esta legitimidad se equipara en contenidos a lo que la Corte Constitucional (sentencia C-292 de 2003), denomina legitimidad por vía de institucionalización. La legitimidad material apunta a que no solo basta con resultar elegido mediante un procedimiento democrático, sino que también se requiere que el mandato entregado por los electores desarrolle un cumplimiento efectivo de sus funciones, pero sin olvidar que esa gestión debe estar orientada a la satisfacción de los fines esenciales del Estado definidos por el constituyente y que se desprenden de los contenidos de la cláusula general de Estado social de derecho. Montaña (2010) señaló al respecto:

La presencia de una Constitución Política de la que se derivan los fines del Estado, es, entonces, presupuesto de existencia de la función administrativa; y la forma de Estado y las características principales de este, constituyen un argumento de forzosa revisión para los fines de materializar y actuar un concepto de función administrativa como el que se propone desde esta óptica (p. 89).

El concepto de legitimidad material en el Estado social de derecho conlleva que si un representante es elegido democráticamente, pero sus actuaciones se dirigen en un sentido diferente al cumplimiento de los fines del Estado, vale decir, con miras a satisfacer intereses particulares discordantes del interés público, ese ejercicio del poder político carecerá de legitimidad en el sentido material, aun cuando en apariencia esté revestido de legitimidad formal. Por ello, cuando ocurre la captura del Estado en alguna entidad pública, se menoscaba la legitimidad material, puesto que la entidad o institución capturada dejará de orientar su quehacer administrativo hacia el cumplimiento de los fines del Estado, para orientarlo hacia la satisfacción de los intereses particulares de los agentes captadores, sin importar que estos sean de naturaleza legal o ilegal. Esto no quiere decir que la satisfacción de todos los intereses particulares implique una deslegitimación material, puesto que ello no sería coherente con el propio texto superior que también pondera los derechos e intereses individuales.

En consecuencia, la CdE produce un efecto directo en la legitimidad material del ejercicio del poder en el Estado social de derecho, efecto que no solo involucra la institución capturada, sino también el Estado, ya que se hace imposible la concreción de acciones que busquen la satisfacción de los fines esenciales definidos por la dogmática superior, dadas la depredación de recursos públicos y la primacía de los intereses particulares de los captadores sobre el interés público. Ahora bien, ello no entraña que la legitimidad material en el ejercicio del poder político se convierta en una utopía; por el contrario, su ubicación en el plano deontológico conlleva una cláusula orientadora hacia el deber ser como punto de llegada.

Capítulo III

DEMOCRACIA DELIBERATIVA: UN MARCO TEÓRICO PARA LA LEGITIMIDAD DEL ORDEN POLÍTICO EN EL CASO COLOMBIANO

La corrupción, como fenómeno político, es una conducta que evidencia la descomposición social que atraviesan los Estados sin distinción de su sistema de gobierno o modelo económico. Colombia no ha sido ajena a ella y sus efectos envuelven todos los sectores y niveles.

Sus repercusiones se afincan en diversas dimensiones, una de las cuales –y para nuestro interés– es la esfera de lo político, pues atenta contra la democracia, hace evidente las deficiencias del sistema legislativo y judicial y vulnera la legitimidad y el reconocimiento hacia la administración y, de contera, todos sus productos o formas de manifestación.

El presente texto, atiende a la idea de que la democracia tiene la oportunidad de fortalecerse en aquellos espacios de deliberación donde se discuten y analizan los efectos de la corrupción, gracias a la reflexión transparente de los asuntos de interés público, cuya consecuencia más positiva apunta a la recuperación de la legitimidad de la administración, en la medida en que se incluya a los administrados. La respuesta a estas formulaciones dependerá del papel desempeñado por las instituciones jurídicas –particularmente las constitucionales– respecto de las representaciones democráticas, en el entendido de que son los escenarios de deliberación ciudadana la propuesta más afín a la esencia de la democracia.

Analizado lo anterior, cabe aventurar una hipótesis respecto de cuál sería el marco teórico en el que pueda encajar el caso colombiano. Para este fin, se debe tener en cuenta que dentro del proceso democrático las instituciones estatales desempeñan una función determinante en la misión de acercar a los ciudadanos a los procesos de deliberación. Sin embargo, en nuestro país esta función ha venido en declive debido a una política presidencialista que ha concentrado un gran poder en cabeza de una persona. El Congreso de la República, sede por excelencia de los procesos deliberativos, tampoco ha dado respuestas que permitan ese acercamiento, componente transcendental en la participación ciudadana dentro de los procesos democráticos de deliberación.

En este orden de ideas, abordaremos, en primer lugar, la imbricación política-democracia-derecho, a fin de establecer la conexión de orden sustantiva entre la política y el derecho. En segundo lugar, examinaremos las cuestiones pertinentes al constitucionalismo y la democracia en Colombia, para identificar el papel que juegan las instituciones constitucionales –específicamente, el tribunal constitucional– en los escenarios de deliberación. Finalmente y en tercer lugar, determinaremos un marco teórico que se acomode a las intervenciones del tribunal constitucional colombiano.

Imbricación política- democracia-derecho

La segunda parte del siglo XX se caracterizó por el despliegue de nuevas dinámicas políticas con perspectivas fuertemente economicistas que intentaban armonizar con los dictados del mercado. Los Estados pugnaban con ansia para no quedar rezagados en esa carrera de la que no era conveniente aislarse. Ahora bien, ¿qué papel desempeñaría el derecho en esas dinámicas y qué posición defendería o conservaría? Como institución jurídica, irrumpió la Constitución de 1991 como el mejor ejemplo de lo que se debería resguardar, a saber, un fin “social” que condiciona la actividad pública y reclama progresividad, basado en la idea de un Estado benefactor. Vocación de protección liberal que se explaya en un amplio catálogo de libertades, todo ello inmerso en una férrea estructura neoliberal.

Sin embargo, estos objetivos no terminan por armonizar y generan una crisis institucional que desemboca en un divorcio entre el país político y el país económico. Ferrajoli (2003) analiza este aspecto para la Italia de fines del siglo XX e inicios del XXI, pero bien puede este examen extrapolarse a la realidad colombiana y, en general, a los países occidentales. La política, sus actores y sus escenarios, se debaten entre estas dos amenazas referidas por el autor:

[...] dos razones: una política y otra social. La primera está representada por la relación sinérgica cada vez más estrecha que se ha ido instaurando entre dinero y política, uno como medio para financiar, y la otra como medio de conservar y aumentar el poder económico (p. 150).

El caso italiano de la cooptación de los medios masivos de comunicación por los políticos es emblemático y, por lo mismo, gráfico para ilustrar cómo la opinión

puede ser presentada por una especie de consenso apócrifo que homogeniza la sociedad y termina por excluir a los sectores sociales etiquetados como minorías:

La carencia de límites para el poder económico y para el poder político equivalen a otras tantas formas de absolutismo peligrosamente convergentes que contradicen el paradigma del Estado constitucional de derecho, provocando así una regresión premoderna a la ley del más fuerte. En efecto, por un lado ambas formas de absolutismo se presentan como contestación de la legalidad y las reglas, descalificadas como trabas inútiles al decisionismo gubernativo y al desarrollo productivo. Por otro, absolutismo de la mayoría y absolutismo del mercado, al sumarse a la descalificación de la política, de la esfera pública y del Estado social, se resuelven en una ruptura del pacto constitucional fundado en la tutela de la igualdad y en la satisfacción de los derechos vitales y en particular de los sujetos más débiles (p. 151).

El pensador italiano hace una precisión de la idea de democracia, peligrosamente presentada como expresión o dictado de la mayoría (fascismo, nazismo) y la asocia al concepto de derecho al identificarla con un sistema frágil de separaciones y equilibrios, cuya defensa y armonía radican, precisamente, en el derecho constitucional, del cual demanda la garantía y la tutela de las libertades y derechos fundamentales, estrecha relación entre la política y el ejercicio de la verdadera democracia y su imbricación con el derecho.

En el caso particular de Colombia, la Corte Constitucional se ha convertido en uno de los ámbitos dentro de los cuales se juega una estrategia política que pretende que algunos derechos sean respetados, sobre todo cuando de deliberación democrática de las minorías sociales se trata. Ahora bien, los tribunales constitucionales pueden propugnar que ciertos grupos sean incluidos, sin embargo diversas posiciones contradicen los postulados que plantean que los tribunales constitucionales deben favorecer los debates deliberativos, pues la ciudadanía muchas veces queda a la espera del resultado de la decisión que puedan tomar un número limitado de magistrados (Habermas, 1998).

Se revisa, entonces, la función desarrollada por la Corte Constitucional desde 1991, mediante el análisis de sus aportes a la deliberación y de los desaciertos en que pueda haber incurrido como institución, pues este debate incluye tanto las instituciones que deberían promover la deliberación (el Congreso) como el papel que desempeñen los ciudadanos en defensa de su derecho a participar en las decisiones que los perjudiquen.

Desde esta perspectiva, la Corte Constitucional ha ejecutado una función ambivalente, pues si bien dentro de la estructura institucional colombiana ha

llevado a cabo una función inclusiva para grupos marginados, ello no contribuye a la formación de una ciudadanía civil activa, pues el proceso queda en manos de unos cuantos magistrados. Hacer, por lo tanto, un análisis jurisprudencial de lo que la Corte entiende por deliberación y de los procesos que han llevado a la inclusión de determinados grupos sociales, podría darnos una visión clara de lo que se puede construir en Colombia a nivel institucional y a nivel ciudadano.

Constitucionalismo y democracia en Colombia

Al hacer un recorrido sobre los consensos del constitucionalismo colombiano con la mirada centrada en la Constitución de 1991, cabría concluir que dicha Carta es la más pluralista de cuantas se hayan promulgado y la que más se ha acercado a un consenso de los nueve proyectos constitucionales que la antecedieron. No obstante, muchos grupos minoritarios¹ quedaron sin representación en la Asamblea Constituyente, que se proyectaba como ese gran proyecto de paz que terminaría con el constitucionalismo autoritario de las últimas constituciones nacionales.

La falta de consenso en Colombia se ha evidenciado como un grave problema histórico, ya que las nueve constituciones nacionales no han sido más que el triunfo de la guerra sobre el diálogo prudente y racional (Valencia, 2010). Las instituciones y los ciudadanos no parecen articularse para lograr un acuerdo que contribuya a salir de la violencia y por más progresista que haya sido una Constitución nacional, esta no ha sido el producto de un verdadero consenso.

Las instituciones del poder público tampoco han ofrecido vías democráticas y comunicativas que abran espacios de deliberación efectivos (Habermas, 1998), pues el ejecutivo –en cabeza del presidente– ha recibido poderes que superan en mucho los de las otras ramas, lo que ha convergido en un desequilibrio y en una deformación de las funciones que debe asumir cada institución. Empero, la función de la Corte Constitucional ha jugado aquí un importante papel que vale la pena resaltar, pues se ha convertido en una estrategia para que los grupos minoritarios vean cumplidas muchas de sus expectativas. No obstante, se debe

1. Sobre minorías y derecho a la igualdad ver Owen (1999) y Rodríguez (2005).

establecer hasta qué punto es pertinente que la Corte Constitucional lleve a cabo estas funciones en pro de la deliberación.

Colombia enfrenta un problema institucional complejo, producto, en gran parte, de un presidencialismo fuerte, una construcción débil de la sociedad civil y de un Congreso que no ha logrado llevar a cabo deliberaciones plenas. Dentro de esta estructura, tanto institucional como social, el Tribunal Constitucional que surge con la Constitución de 1991 ha centrado sus esfuerzos en solucionar algunos de los problemas sociales más graves, como el desplazamiento forzado, el hacinamiento carcelario, la exclusión de grupos minoritarios e incluso lo tocante a cuestiones económicas de trascendencia.

En este sentido, cabe afirmar que gran parte de las instituciones gubernamentales se ha diseñado para abrir espacios democráticos capaces de facultar a la sociedad civil para que, por medio de la representación o bien de manera directa, tome decisiones sobre asuntos que afecten sus intereses. Sin embargo, en nuestro país el uso de mecanismos democráticos ha sido débil, debido –con mucho– a la carencia de una cultura cívica activa y a la pérdida de confianza en las instituciones, producto de una fragilidad institucionalidad que no ha podido incentivar la participación democrática y generar espacios más amplios de deliberación.

En este sentido, la historia de Colombia ha estado permeada por lo que se podría denominar un institucionalismo hiperpresidencialista que ha dotado a los presidentes de poderes que sobrepasan los de instituciones como el Congreso y las Cortes.² De esta manera, como lo indica García (2001), “[...] la prioridad del orden público en los asuntos de gobierno ha hecho sobrevalorar la participación de la fuerza pública en la dinámica institucional del Estado y ha desequilibrado las ramas del poder público” (p. 317). Se puede establecer, entonces, que factores como la violencia han contribuido a deslegitimar las funciones de las ramas del poder público, ya que la división del poder en las tres ramas –condición *sine qua non* para que existan instituciones sólidas– se han visto deteriorada por una normalización de los estados de excepción (García, 2006).

Todas estas circunstancias han producido un menoscabo en las relaciones de poder institucional. Como ya se vio, la función del poder público a la que

2. A pesar de que con el nuevo orden institucional que implementó la Constitución de 1991 se debilitaron algunos de los poderes del presidente, ha persistido en Colombia la tendencia a dotar de facultades extraordinarias al ejecutivo (García, 2001).

históricamente se le han delegado más funciones es al ejecutivo en cabeza del presidente, al punto de que es dable aseverar sin temor que el origen de cada una de las ocho constituciones que antecedieron a la Constitución de 1991 ha sido fruto de cruentas guerras y ha sido el presidente del momento el artífice de la Constitución que se impondría en cada caso (Valencia, 2010).

De la misma manera, elementos recientes como la reelección presidencial y la desfragmentación de los partidos, han generado las condiciones para la distorsión de las funciones del poder público. Así por ejemplo, el Congreso de la República se ha visto permeado por una serie de factores que han puesto a prueba su legitimidad.³ El Congreso, foro por excelencia de los debates políticos de un país, no ha sido en Colombia el espacio de deliberación importante que contribuya a consolidar una democracia representativa plena.

Por su parte, el Tribunal Constitucional que nace con la Constitución de 1991,⁴ se ha adjudicado algunas funciones, lo cual ha dado lugar a enconados debates que han afectado el afianzamiento de la Carta desde el punto de vista dogmático y orgánico.

En este contexto, los máximos representantes de las funciones del poder público no han logrado brindar la confianza institucional suficiente para garantizar una democracia deliberativa plena. De esta manera, los canales de comunicación se han obstaculizado e impedido un debate abierto que contribuya a la formación de sociedad civil.

Todos estos factores han fructificado en un detrimento en la relación gobierno-ciudadanía, pues a pesar de que los diferentes movimientos sociales batallen por la protección de sus derechos a través diversos medios, no se ha dado una concertación clara entre los proyectos y los objetivos que se esperan de cada uno de los actores políticos o sociales en pugna. Los límites de la deliberación en Colombia han producido fuertes tensiones en el entorno social, económico y político, intensificadas por la desconfianza en unas instituciones que se han mostrado incapaces a la hora de atender las diferentes reivindicaciones sociales.

3. Aquí se hace evidente la débil deliberación respecto de asuntos de vital importancia que históricamente ha afectado al Congreso, con partidos desfragmentados y poca oposición.

4. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en Colombia jugó un papel fundamental en la defensa de los procesos constitucionales. Incluso, la Constitución de 1991 quedaría en manos de la Corte cuando tuvo que analizar la exequibilidad de los decretos de los que dependía la viabilidad de la Carta Constitucional.

Ahora bien, esa desconfianza y la ausencia de un canal de deliberación entre dichas instituciones y la ciudadanía, han tenido efectos perjudiciales en la generación de un debate abierto y en las personas afectadas por una decisión. Esto ha devenido en exclusiones de grupos que, históricamente, han sido segregados, tales como los indígenas, los afrodescendientes, las personas con discapacidad, los homosexuales etc., los cuales se han visto obligados a diseñar estrategias de orden constitucional ajenas al Congreso.

Lo anterior ha resultado en la asunción por parte de la Corte Constitucional de la protección de grupos minoritarios que han visto en dicha institución una vía adecuada para el logro de algunos derechos sociales. La acción pública de constitucionalidad se ha convertido, entonces, en uno de los medios más usados por las minorías para alcanzar algunas de sus pretensiones (Rodríguez, 2005).

Frente a este problema han surgido diferentes visiones acerca del papel que debería cumplir un tribunal constitucional en un país democrático. Para Kelsen, la defensa de la Constitución estaría en manos de un tribunal constitucional, que sería el encargado del control de las normas y el control jurisdiccional de las disposiciones del cuerpo legislativo (Gasió, 1995). Los cambios han sido bastante drásticos, al punto de que tribunales y cortes han empezado a jugar un papel importante dentro de los procesos democráticos.

Mucho se ha debatido sobre lo que un tribunal constitucional debe hacer y en esta vía filósofos políticos como Rawls y Habermas han trazado diferentes postulados. Así, mientras para Rawls el tribunal representa en cierta medida la razón pública, para Habermas este nunca podría contribuir a una deliberación plena.

Teorías como la de John Hart Ely suscitarían gran interés al plantear tres funciones fundamentales de un tribunal, las cuales se pueden resumir de la siguiente manera: 1. ser un árbitro en los procesos de representación política que se desarrollan, en los que serviría de mediador entre las diferentes instituciones; 2. permitir cambios en de los sistemas políticos; es decir, que la historia no se vea atada a lo que los primeros constituyentes proponen; y 3. facilitar el acceso democrático a las minorías (Hart, 1998).

No obstante, la función de un tribunal constitucional en la conformación de una democracia deliberativa es bastante conflictiva. Para Gargarella (1996), dicha institución no garantiza una comunicación directa que facilite una participación igualitaria que dé lugar a una deliberación plena. En contraposición, Cappelletti (1984) insiste en la necesidad de legitimar el poder de los tribunales.

Ahora bien, el caso colombiano presenta complejidades específicas y en este sentido, una dosis de control de constitucionalidad puede facilitar el acceso democrático a grupos que no logran encontrar en otras instituciones solución a sus problemas (Uprimny, 2002).

En este debate teórico, adentrarse en la situación de nuestro país resulta significativo, pues se delimitan aquellos casos en que la Corte Constitucional logra articular una propuesta de deliberación plena y seria que puede contribuir, por un lado, a que las personas involucradas en la decisión puedan participar, y por el otro, a que no se produzcan cambios en las funciones que deben cumplir las instituciones estatales.

Para esto, obviamente, se tendrán que dividir las decisiones que haya tomado la Corte Constitucional, tanto en control de constitucionalidad como de tutela, pues es clara la tendencia de esta institución a modular sus decisiones a fin de regular el alcance de sus fallos como máximo defensor de la Constitución (funciones de control constitucional) y en la protección de derechos particulares.

En ambas funciones, la Corte se acerca al concepto de democracia deliberativa;⁵ no obstante, lo que interesa en este proyecto es observar la influencia de sus decisiones en los ámbitos institucional y social, ahondando así en las diferentes posturas teóricas respecto de lo que un tribunal constitucional está facultado para hacer.

5. Al respecto se pueden consultar, entre otras sentencias, las siguientes: Corte Constitucional: 2011a, 2011b, 2010b y 2010c.

Un posible marco teórico

Se considera que en la actualidad, la noción de pérdida de legitimidad de los sistemas políticos y de sus instituciones, independientemente del grado de desarrollo en que se encuentren las sociedades que las albergan, es compartida por la mayoría de sus ciudadanos. De ahí que la pregunta más importante que debemos plantearnos no es por qué se deslegitimaron sus sistemas políticos, quiénes fueron los responsables y quiénes serán los redentores, sino

[...] mediante qué instrumento pueden las sociedades contemporáneas volver a justificar sus órdenes resquebrajados, es decir, cuál es el medio para relegitimar los órdenes nacientes en el marco de sociedades, tradicionales o modernas o en transición estructural, como lo es la sociedad colombiana (Mejía, 1998, p. 8).

De una gran variedad de respuestas a tal problemática, adoptamos, de nuevo, la solución defendida por Mejía, según la cual solo a través de un paradigma jurídico-político alternativo, de carácter consensual y discursivo que materialice una participación amplia y simétrica de toda la ciudadanía en la toma de las decisiones –de cualquier índole, pero sobre todo políticas y legales– que la afectan, se logran la relegitimación de sus sistemas políticos y de sus instituciones y la reconstrucción del lazo social desintegrado (Mejía, 1998).

El paradigma jurídico-político –que Mejía denomina paradigma consensual-discursivo del derecho– además de articular las teorías jurídicas de John Rawls y Jürgen Habermas, permite integrar la opinión pública y el poder comunicativo de la ciudadanía como consenso mínimo normativo en los procesos de decisión colectiva que la afectan. Este consenso mínimo normativo será, institucionalmente, el punto de partida del legislador para concebir el derecho de los jueces al momento de interpretarlo y de los gobiernos al ejecutarlo (Habermas, 1998). Ahora bien, de este paradigma alterno se deriva un modelo de democracia consensual-discursiva, que no es otra cosa que una democracia

deliberativa, “[...] donde la soberanía reside, sin mediaciones de segundo orden, en la opinión pública de la ciudadanía, en el poder comunicativo de la sociedad civil para determinar los contenidos de justicia social requeridos para convivir en paz [...]” (Mejía, 1998, p. 295).

Autores como Dworkin (2007), defienden la protección de los derechos por medio de tribunales que ofrezcan una vía para su reconocimiento. Sin embargo y de acuerdo con los planteamientos de Habermas, la deliberación está mediada por reglas propias del discurso práctico que pretenden fundamentar, racionalmente, las decisiones; las que, a su vez, se nutren de la interacción entre la formación de voluntad política –formalmente institucionalizada– y la formación informal de la opinión pública, lo que en sí mismo resultaría suficiente para legitimar el procedimiento ideal de deliberación (Haddad, 2006). Por su parte, Cohen (citado por Haddad, 2006), destaca que el proceso informal de construcción de la opinión pública es determinante en la formulación de políticas públicas, entendidas estas como todo proceso de razonamiento público guiado por consideraciones sobre el bien común. Posteriormente, Cohen pretende ir más allá del concepto de deliberación, para defender, temerariamente, una idea aún más quimérica, a saber, la de un “[...] razonamiento libre y público entre ciudadanos iguales” (p. 15), cuyo propósito es discutir, *horizontalmente*, acerca de los medios y los fines no solamente políticos, sino también sociales e institucionales de los que dispone una sociedad.

De vuelta a Habermas, este pensador desarrolla el concepto de política deliberativa de dos vías, en el cual la esfera pública opera, en primer lugar, como una red plural abierta y espontánea de discursos entrecruzados provenientes de los diferentes sujetos colectivos que integran la ciudadanía y, en segundo lugar, en un marco de derechos básicos, garantizados constitucionalmente a todos aquellos sujetos. Esto con el fin de “[...] sintetizar, el proceso ideal de deliberación y toma de decisiones [que] presupone como su portador una asociación que acceda a regular las condiciones de su vida común imparcialmente [...]” (Habermas, citado por Mejía, 1998 p. 269).

De esta manera, la legitimidad de la política deliberativa reside, para Habermas, en la “[...] estructura discursiva de la opinión y formación de voluntad que pueda satisfacer sus funciones integrativas socialmente solo porque los ciudadanos esperan que sus resultados posean calidad razonable [...] regulando imparcialmente sus sistemas mundo-vitales comunes” (p. 269).

Ahora bien, ambas vías de la política deliberativa implican, por un lado, que desde la perspectiva institucional y constitucional la voluntad política sea garantizada y tomada en cuenta por el poder político en los procesos decisorios y, por otro lado, que la construcción informal de la opinión pública sea, igualmente, piedra angular en dichos procesos colectivos de decisión. Lo anterior, con miras a garantizar, fundamentalmente, la autonomía privada y pública de los ciudadanos y la legítima producción del derecho (Mejía, 1998).

Aquí es pertinente especificar –siguiendo una vez más a Mejía– los conceptos de esfera pública y sociedad civil en Habermas. La esfera pública es descrita por Habermas como

[...] una red comunicante de información y puntos de vista cuyos flujos de comunicación son, en el proceso, filtrados y sintetizados en una determinada vía [...] Como la totalidad del mundo de la vida, la esfera pública es reproducida mediante la acción comunicativa, para lo cual la maestría del lenguaje es suficiente, y es confeccionada por la comprensión general de práctica comunicativa cotidiana (Habermas, citado por Mejía, 1998, p. 272).

Por su parte, la sociedad civil es, a diferencia de las concepciones liberales –que la entienden como un mero conglomerado de individuos– y marxista –que la identifica como un reflejo superestructural de la estructura económica capitalista–, para Habermas la interacción de

[...] asociaciones, organizaciones y movimientos que emergen más o menos espontáneamente, y que están atentos a la resonancia de los problemas sociales en las esferas de la vida privada, que destilan y transmiten esas reacciones de manera amplificada en la esfera pública (Habermas, citado por Mejía, 1998, p. 273).

En este orden de ideas, Habermas concluye que “[...] el corazón de la sociedad civil comprende un entramado de asociaciones que institucionalizan discursos de resolución de problemas sobre cuestiones de interés general dentro del marco organizado de las esferas públicas” (p. 273).

Posteriormente, al profundizar en la dinámica argumentativa de los procedimientos institucionalizados de deliberación propuesta por Habermas, aquellos deben regirse por los siguientes tres principios:

1. El principio discursivo –el mismo usado en la argumentación moral–, que tiene como finalidad, en primer lugar, garantizar a la totalidad de las perspectivas representativas de la sociedad, la expresión autónoma y sin coacciones externas en estos espacios institucionalizados; y en segundo lugar, asegurar

la simetría discursiva entre los participantes, quienes partirán del consenso mínimo normativo antes explicado.

2. El principio de democracia, fundamentado en la regla de la mayoría, que a su vez, establece el predominio del mejor argumento sobre los demás, pero partiendo siempre de la totalidad de discursos públicos y del consenso mínimo normativo al que se haya podido llegar.
3. El principio de legitimidad, según el cual todos procedimientos, contenidos y productos jurídicos son legítimos solo si derivan de un acuerdo participativo justo y abierto, en el que todos los ciudadanos consientan cada ley y la deliberación pública sea la fuente de su soberanía (Mejía, 1998).

Con todo, se puede señalar que el modelo consensual-discursivo de la democracia en Habermas, pretende articular el poder comunicativo con el poder social y el poder administrativo, en las sociedades contemporáneas, modernas o tradicionales en transición estructural, para relegitimarlas a través del derecho como elemento cohesionador (Mejía, 2005).

En este punto, es apropiado analizar los planteamientos de Elster (2001) en cuanto a la democracia deliberativa. El pensador noruego comparte los aspectos principales –anteriormente descritos– del enfoque deliberativo y destaca entre ellos los siguientes: por un lado, “[...] la toma colectiva de decisiones con la participación de todos los que han de ser afectados por la decisión o por sus representantes: esta es la parte democrática [...]” (p. 21) y por el otro, “[...] la toma de decisiones por medio de argumentos ofrecidos por y para los participantes que están comprometidos con los valores de racionalidad e imparcialidad: esta es la parte deliberativa” (p. 21). Sin embargo, se muestra escéptico respecto de la efectividad y el valor intrínseco del proceso deliberativo previo a la toma colectiva de decisiones, particularmente a la deliberación antes de recurrir a la votación o la negociación. De ahí que se atreva a sentenciar “[...] que la deliberación, en lo esencial, no aporta ninguna diferencia, ni para bien ni para mal” (p.14).

Respecto a la dinámica del proceso deliberativo, Elster (2001) considera que en las sociedades de orientación analítica será más probable que, efectivamente, se desarrolle un proceso decisorio imparcial entre ciudadanos libres, iguales y racionales, mientras que en sociedades donde predomina la cultura del “¡claro!”, se deslegitiman los argumentos del otro catalogándolos de elementales o

triviales, sin efectuar una valoración sustancial de ellos, obstaculizando así el diálogo horizontal entre los participantes.

Por otro lado, Elster repara en el hecho de que Habermas, en su teoría discursiva de la democracia, no ofrece realmente un argumento a su favor, sino que “[...] da más bien por sentado que en las democracias se supone que los problemas han de ser resueltos mediante la discusión⁶ y luego trata de sacar las conclusiones de ese hecho” (p. 26). Igualmente, en alusión a las condiciones ideales de los agentes de la deliberación como libres e iguales, les pregunta a Habermas y a Cohen si tales condiciones abstractas tienen “[...] algún correlato en la discusión política real” (p. 26), pretendiendo así señalar cómo, empíricamente, la materialización de la democracia deliberativa se torna sumamente compleja.

En este sentido, Elster plantea otros agudos interrogantes acerca de las condiciones materiales necesarias para garantizar la efectividad de la democracia deliberativa:

¿Qué mecanismos institucionales podrían asegurar que un acuerdo después de una deliberación sea inducido por argumentos más que por un conformismo interno o externo? ¿En qué medida son la democracia y la deliberación independientes una de otra? ¿Podría el análisis conceptual de la democracia mostrar que presupone implícitamente la deliberación o viceversa? ¿Cuál es la relación entre el acceso equitativo al proceso deliberativo y la distribución de los ingresos? ¿Impone la igualdad de acceso un piso a los ingresos, un techo, o ambos? La distribución desigual de la educación, de la información y de la participación ¿supone una amenaza a la democracia deliberativa? ¿Producirá la deliberación todos los buenos efectos si tiene lugar principalmente en el seno de una élite que se autoselecciona porque tiene más conocimientos que otros acerca de los asuntos públicos? (p. 30).

Ahora bien, dejando a un lado las ideas de Elster, se analizarán algunos de los planteamientos de Przeworsky (citado por Elster, 2001) sobre este asunto. Así, para este autor es fundamental distinguir entre deliberación a secas, deliberación política y deliberación democrática. En cuanto a la primera, la considera “[...] una forma de debate cuyo objetivo es cambiar las preferencias que permiten a la gente decidir cómo actuar” (p. 183); sobre la segunda, señala que la deliberación es política “[...] cuando lleva a una decisión que compromete a una comunidad” (p. 183); y sobre la tercera resalta que la deliberación política se torna democrática cuando “[...] el debate lleva a decidir por medio del voto” (p. 183).

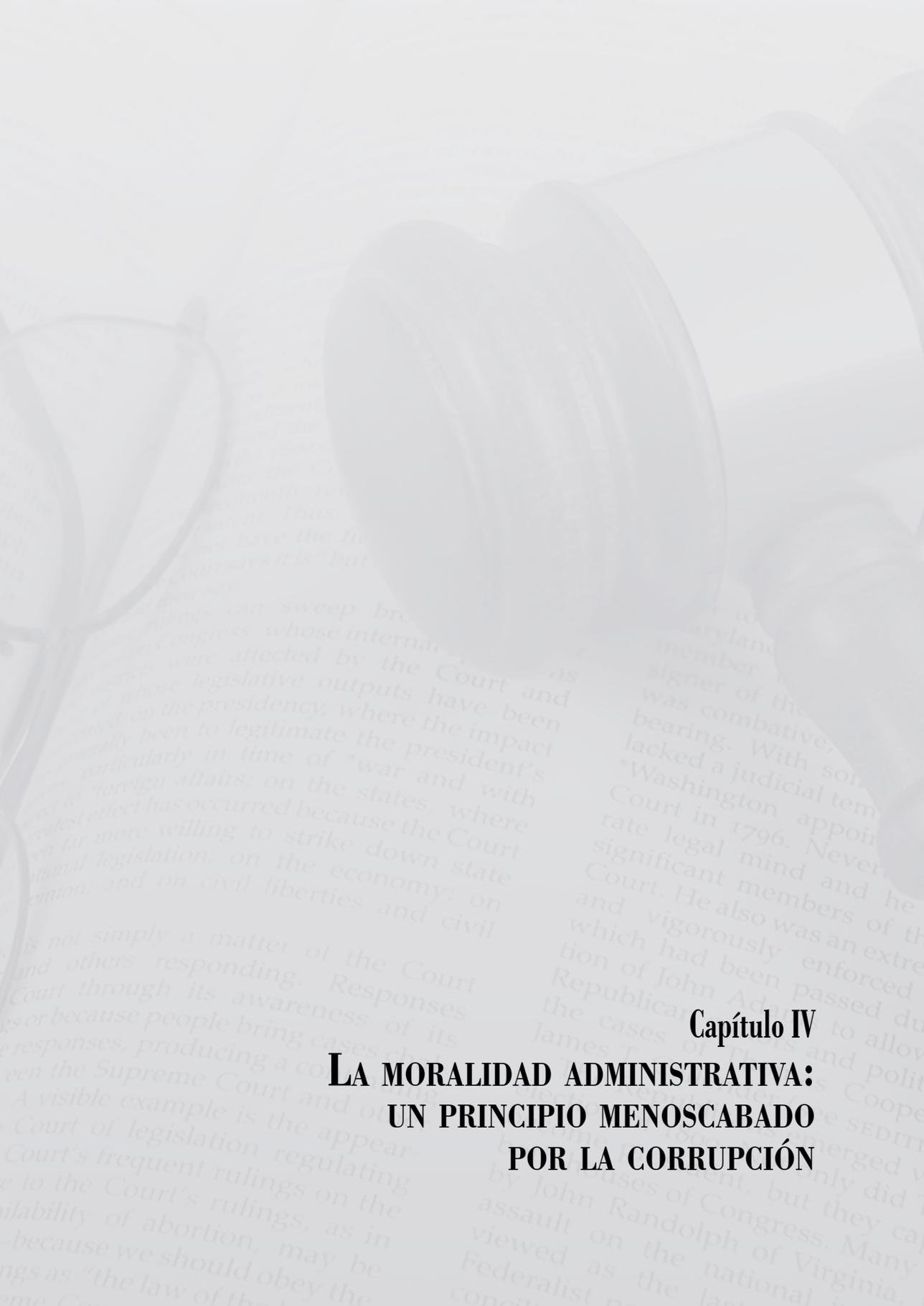
6. Entiéndase deliberación (nota del autor).

De acuerdo con lo anterior, Przeworsky considera que el voto es el factor más importante incluso en el modelo deliberativo de la democracia, por cuanto es el resultado de la votación y no del debate o discusión, lo que legitima a los gobiernos a administrar y a imponer sus políticas. Al respecto, sentencia: “[...] las razones pueden orientar la implementación de los actos de gobierno. Pero la autorización para esos actos, incluyendo la coacción, se origina en el voto, en el recuento de manos alzadas, no en el debate” (p. 186).

Por otro lado, sostiene que en el escenario democrático se pretende persuadir a los otros cambiando sus preferencias y sus creencias sobre los medios a fin de alcanzar determinados fines políticos, puesto que aquellas serán determinantes al momento de decidir a través del voto.

Para el caso colombiano, la búsqueda de consenso no niega la –recientemente hallada– pluralidad de cosmovisiones, lo que podría suceder cuando no se tiene una visión comprehensiva y procedimental de la democracia deliberativa. La búsqueda del consenso no persigue

[...] la unificación de la sociedad en donde todos estemos de acuerdo en temas tan agudos como la religión o la moral, sino que, dentro de nuestras diferencias, empecemos a tener en cuenta al otro y se empiecen a crear consensos mínimos que contribuyan a la creación de un buen ciudadano y, por medio de este, la construcción de la sociedad civil (Coral y Castillo, 2011, p. 526).



Capítulo IV

LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA: UN PRINCIPIO MENOSCABADO POR LA CORRUPCIÓN

Como ya lo comentamos al principio del capítulo III, la corrupción es un mal que refleja una seria descomposición de la sociedad y afecta todos sus órdenes: social, político y económico. Ante este panorama, el Estado colombiano, el sector privado y la sociedad civil han emprendido estrategias encaminadas a reducir los índices de corrupción y contrarrestar sus efectos negativos. Según el índice de transparencia nacional 2008-2009, valuado por la corporación Transparencia por Colombia (2011), Colombia mantiene niveles alarmantes de corrupción:

Ciento cincuenta y ocho entidades de los diversos ámbitos del Estado a nivel nacional formaron parte de la medición. El promedio de 75,3 puntos en la evaluación, señala que a pesar del aumento en la calificación –en relación a la evaluación 2007-2008–, un porcentaje alto de entidades (44 %) sigue con niveles de riesgo de corrupción alarmantes. En medio de estas regulares calificaciones se destaca que por primera vez en la historia de esta medición, nueve entidades logran obtener puntajes superiores a los 90 puntos; son estas entidades la prueba contundente de que es posible realizar ajustes administrativos a favor de la transparencia.

Solo el 8 % de las entidades públicas evaluadas se ubican en bajo riesgo de corrupción. La Superfinanciera alcanza el primer lugar, seguida por el Banco de la República y el Ministerio de Educación. En las empresas de naturaleza y régimen especiales, la mejor calificación la tiene Ecopetrol, seguida por Bancoldex. La entidad con mayor riesgo de corrupción es el Senado de la República.⁷

La manera como resuelve el derecho este concepto de “moral administrativa”, mediante la norma y la jurisprudencia, es la justificación de este estudio. Se revisa, asimismo, el tratamiento que la jurisprudencia del Consejo de Estado le ha dado al fenómeno de la corrupción, con el fin de establecer su naturaleza y por ende, su inadmisibilidad, factor este último suficiente para reclamar, de parte de la comunidad social, el reproche de una conducta con la que se convive y que el derecho pretende corregir.

7. Este resumen de resultados es citado directamente de la página de Transparencia por Colombia y no del informe como tal [Corporación Transparencia por Colombia (S/A a)].

Aproximación al concepto de corrupción administrativa

De acuerdo con su contexto, las definiciones del término se detallan y sistematizan como sigue:

La palabra corrupción se deriva del latín *corruptio* (de *con*, prefijo de intensidad, y *rumpere*, romper, hacer pedazos). “En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores” (Real Academia Española, 2001).

Según la Corporación Transparencia por Colombia (S/A b), la corrupción

[...] es el abuso de posiciones de poder o de confianza para el beneficio particular, en detrimento del interés colectivo, la cual se materializa a través del acto de ofrecer o solicitar, entregar o recibir bienes en dinero o en especie, en servicios o beneficios, a cambio de acciones, decisiones u omisiones que favorecen el interés particular.

Los dos conceptos coinciden en que la corrupción es la obtención de un provecho –sin importar la índole– para sí o para un tercero, el cual se logra a través del ejercicio de quien ejerce un determinado poder; es decir, exige un sujeto cualificado al que se la ha confiado el ejercicio y la guarda de lo público, lo que, en últimas, deviene en un daño que recae sobre una pluralidad de sujetos. Menoscaba, corrompe, pudre lo que está sano, bueno y es, en cierta medida, sacro; “[...] tesis de la inmoralidad condicionada de la corrupción” (Garzón Valdés, 2004, p. 10).

No cabe duda de que la corrupción es un acto merecedor de reproche; pero, ¿a qué tipo de reproche están sujetos los actos de corrupción? De acuerdo con lo aseverado *ut supra*, podemos ubicar los actos de corrupción sujetos de reproche

escudriñando sus efectos. Así, para responder este interrogante es importante percatarse de los efectos que produce la corrupción administrativa en cada uno de los sectores que atraviesa y de acuerdo con el contexto que impacte se determinarán los reproches respectivos. Según la Corporación Transparencia por Colombia (2011) algunos de los efectos de la corrupción son:

- Causa pobreza y crea barreras que impiden superarla.
- Viola los derechos humanos.
- Atenta contra la democracia.
- Causa deterioro medioambiental.
- Es una herramienta del crimen organizado.
- Es una barrera al desarrollo económico.
- Crea desigualdad en las condiciones de libre competencia.
- Obstaculiza el crecimiento de las ventas.
- Reduce la inversión doméstica y extranjera.
- Limita la competitividad internacional.
- Aumenta los costos de transacción.
- Genera ineficiencia administrativa.
- Disminuye la calidad de productos y servicios.
- Genera pérdida de reputación.

Como se puede observar, la corrupción administrativa afecta en su totalidad el sistema político, jurídico y económico de los Estados y hace evidente la descomposición social, originada en la pérdida de valores. Si es cierta la relación entre los efectos y lo reprochable, la corrupción se encuentra sujeta a múltiples clases de reproches que se traslapan. Socialmente, los actos de corrupción son objeto de censuras morales, y jurídicamente, son sancionados por normas de carácter administrativo, penal y disciplinario implementadas por el Estado, y finalmente, se encuentra el reproche de la comunidad internacional, el cual actúa en doble vía al combinar el reproche moral y el reproche jurídico.

Para el caso de estudio, la atención recae en el reproche jurídico, especialmente el relacionado con el tratamiento que el Consejo de Estado ha dado a la corrupción, como degradación del principio de moralidad administrativa.

La concepción jurisprudencial de la corrupción en el Consejo de Estado

Cuando este tribunal hace alusión al concepto de corrupción, lo hace a través de la figura de la moralidad administrativa, razón por la cual su evocación no se produce de manera autónoma. En este sentido, la corrupción administrativa comprende dos direcciones: de un lado, explica cómo se atenta contra el principio de moralidad administrativa; y de otro, cómo la corrupción es una degradación de este principio y a través de tal concepción impone las sanciones administrativas o disciplinarias del caso.

Para esta corporación, la moralidad administrativa hace referencia implícita a la corrupción, pues su significado conecta íntimamente uno de sus extremos con la idea de degradación, natural en un principio y valorativa en segundo término. Desde esta última perspectiva, la corrupción está relacionada con el menoscabo de la integridad moral (Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. Sentencia del 16 de febrero de 2001, expediente AP-170).

Pensar en la corrupción como idea de degradación del principio de moral administrativa, conlleva aceptar que todo acto que se encuentre dentro del margen de este concepto, no se puede configurar alejado de concepciones morales, puesto que la corrupción no se plasma con la mera infracción a la ley. En esta dirección, la moralidad administrativa está íntimamente ligada al principio de la buena fe, que debe orientar la actuación de los servidores públicos de acuerdo con los postulados de la Carta Magna⁸ (Consejo de Estado, sala de lo

8. Los artículos supremos pertinentes, son los siguientes:

Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad

contencioso administrativo, sección tercera. Sentencia del 6 de septiembre de 2001. Expediente AP-163). Y si la moral administrativa está unida al principio de la buena fe, la corrupción, como degradación de este principio, lo estará a sus postulados (lo principal sigue el destino de lo accesorio).

De otro lado, la corrupción, como menoscabo de la integridad moral, supone normas que regulan la corrupción administrativa y se consagran para contrarrestar sus efectos nocivos, con la finalidad de obtener el bien común. Sobre este punto, el Consejo de Estado manifestó:

La corrupción administrativa se ha convertido en una preocupación social que se refleja en la producción de normas que intentan contrarrestar sus efectos nocivos para el bien común. Tales normas, por supuesto, suponen una intervención jurídica en los campos de la moral, lo cual es, per se, complejo, dado que la corrupción no se reduce a una mera contradicción de la ley en el ejercicio de una función pública, sino que se trata de una fenomenología de contracultura que se filtra en el tejido social, viciando las relaciones entre los administradores y los administrados; se trata de la degradación de la autoridad de la que ha sido investido un funcionario, con la pretensión de obtener algo a cambio (sentencia del 16 de febrero de 2001. Expediente AP-170).

Sin embargo, el sistema jurídico en su afán de abarcar todas las formas de corrupción, ha regulado aspectos que si bien en principio tienen un contenido moral, al ser dotados de carácter normativo su naturaleza muta a moral-material, dada su dimensión jurídico-positiva. Al respecto, Consejo de Estado expresó:

En todo caso, el derecho ha regulado algunos aspectos de aquellos que preocupan a la comunidad y son entendidos por ella dentro del concepto de corrupción, los cuales, en razón de tal regulación, han adquirido una segunda naturaleza –la jurídica–, sin perjuicio de la suya inicial –la moral–. Pero ello no implica que la esfera de lo jurídico y lo moral se superpongan de manera absoluta. Lo que sucede con la adopción jurídica de un fenómeno moral puede representarse, como se ha hecho tradicionalmente, por medio de dos círculos secantes, entre los cuales sólo hay identidad allí donde hay intersección. Así, sólo rigen por igual los preceptos morales y los jurídicos respecto de los elementos que les sean comunes (sentencia del 16 de febrero de 2001. Expediente AP-170).

públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

El principio de moralidad administrativa como materializador del concepto de corrupción administrativa

De acuerdo con lo tratado hasta el momento, para el Consejo de Estado la corrupción administrativa se configura como degradación del principio de moralidad administrativa, razón por la cual es menester auscultar la dimensión jurisprudencial de este concepto, así como su contenido y su alcance. Sobre esta figura, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido clara:

[...] es el conjunto de principios, valores y virtudes fundamentales aceptados por la generalidad de los individuos, que deben informar permanentemente las actuaciones del Estado, a través de sus organismos y agentes, con el fin de lograr la convivencia de sus miembros, libre, digna y respetuosa, así como la realización de sus asociados tanto en el plano individual como en su ser o dimensión social. En el campo de la moralidad administrativa existen conductas no solo generalmente aceptadas como inmorales, sino ilegales y hasta penalmente sancionadas, tales como el cohecho por dar u ofrecer, el tráfico de influencias y la celebración indebida de contratos (sentencia del 18 de mayo de 2000. Expediente AP- 024).

En lo que respecta a su contenido y alcance, esta corporación ha sostenido que la moralidad administrativa presenta dos niveles normativos diferentes. En un primer nivel, la moralidad administrativa es concebida como principio de la función administrativa (art. 209 del CP), y en un segundo nivel, como derecho de naturaleza colectiva (art. 88 del CP). En el primer nivel, la moralidad administrativa debe entenderse como aquel parámetro normativo de conducta ética que radica en cabeza de todos los funcionarios –servidores públicos y particulares que ejerzan función administrativa– obligaciones de carácter axiológico y

deontológico de comportamiento funcional, según los postulados de la honradez, la pulcritud, la rectitud, la buena fe y la primacía del interés general. Sobre estas obligaciones existe un consenso que surge del conglomerado social en un tiempo determinado (Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. Sentencia del 8 de junio de 2011).

En un segundo nivel, la moralidad administrativa supone, como derecho colectivo, una visión dual en relación con la formulación y los efectos de su eventual amenaza o vulneración. La moralidad administrativa (como derecho colectivo) debe ser invocada en dos sentidos: en términos negativos, lo que entraña la abstinencia de ciertas conductas; y en términos positivos, que no es otra cosa diferente de la realización material de un determinado acto o hecho. Para el Consejo de Estado, es claro, entonces, que la estructura misma del derecho colectivo a la moralidad administrativa (art. 88 del CP), permite que su protección no solo pueda ser reclamada en contra de las autoridades que cumplen una función administrativa (a diferencia de su aplicación como principio de la función administrativa, según el artículo 209 del CP), sino también en relación con cualquier autoridad que ejerza una función pública y que a través de su actuar amenace o vulnere ese derecho. De otra parte, es pertinente resaltar la posibilidad con que cuenta cualquier persona, de solicitar del juez competente una medida de protección eficiente e idónea que consista bien en un deber de abstinencia, o bien en un actuar positivo por parte del sujeto pasivo de la respectiva acción popular, todo con el fin de hacer cesar la amenaza o violación o, en su defecto, restituir las cosas al estado anterior a dicha circunstancia (Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencia del 8 de junio de 2011).

Respecto del caso que nos ocupa, centraremos nuestra atención en el primer nivel normativo, esto es, concebir la moralidad administrativa como principio de la función administrativa, para lo cual debemos hacer algunas precisiones sobre los principios. Según la Corte Constitucional, la Constitución está concebida de tal manera que su parte orgánica solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y derechos inscritos en su parte dogmática (Corte Constitucional, 1992). Al constituir los principios la parte axiológica, las normas jurídicas no pueden ser interpretadas por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales.

Partir del presupuesto generalmente aceptado, de que los principios poseen una forma de interpretación diferente de la de las reglas, en razón a que todos gozan del mismo nivel jerárquico, conlleva la realización de un ejercicio de pondera-

ción.⁹ Sin embargo, ello no significa que dejen de ser normas constitucionales. En ese sentido la Corte Constitucional ha sido enfática en sostener:

La fuerza normativa de los principios y valores constitucionales es tan clara que incluso habría que retirar del ordenamiento aquellas disposiciones que vulneran el Preámbulo, ya que este forma parte de la Carta y goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma –sea de índole legislativa o de otro nivel– que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios (sentencia C-126, del primero de abril de mil novecientos noventa y ocho).

Siguiendo trazas argumentales similares, el Consejo de Estado definió:

Los principios, normas e instituciones se relacionan a la manera de círculos concéntricos, siendo su núcleo los principios, como corresponde a su papel constitutivo del orden jurídico. Se trata de una relación dinámica, en la cual el centro termina proyectándose a los demás círculos, pues actúa desenvolviéndose en la vida de la institución por medio de las normas que lo desarrollan; de este modo preside y orienta todo el funcionamiento de la institución de que se trate. Por lo dicho, para aplicar los principios es imprescindible determinar, para el caso concreto, cuál es la institución jurídica comprometida (sentencia del 17 de junio de 2001, expediente AP-166, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera).

Con fundamento en lo anterior, la moralidad administrativa entendida como principio,¹⁰ no puede depender de la concepción subjetiva de quien califica la actuación, sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con la ley.¹¹ Tal aclaración resulta de mayor relevancia, puesto que si la valoración de la conducta que se va a sancionar queda al margen del operador, se corre el

9. La Corte Constitucional (1995) también ha diseñado un test final y definitivo que permite establecer si una “regla general de derecho” (denominada, a veces, “principio”) forma o no parte del sistema positivo. Este consiste en verificar si resulta o no armónica con la Constitución, así esta no la contenga de manera explícita. En términos hartianos, si es o no identificable como elemento de un sistema normativo, conforme a la regla de reconocimiento.

10. Para evitar que toda conducta sancionatoria quede en un amplio margen a la valoración del operador, el Consejo de Estado ha determinado las características de este principio: [...] a. es un principio que debe ser concretado en cada caso; b. al realizar el juicio de moralidad de las actuaciones, deben deslindarse las valoraciones sobre conveniencia y oportunidad que corresponde realizar al administrador de aquellas en las que se desconozcan las finalidades que debe perseguir con su actuación; c. en la práctica, la violación de este derecho colectivo implica la vulneración de otros derechos de la misma naturaleza (Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencia del 10 junio de 2008).

11. En esta oportunidad, el Consejo de Estado afirmó que la moralidad administrativa es una norma en blanco que debe ser interpretada por el juez bajo la aplicación de la hermenéutica

riesgo de considerar inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. Se advierte, por tanto, una estrecha vinculación entre este principio y la desviación de poder (Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencia del 10 junio de 2008).

Es indudable que los índices de corrupción en Colombia son altos en relación con otros Estados, con el agravante de que nuestro sistema de administración de justicia adolece de graves deficiencias y de no observar la aclaración anterior, se corre el riesgo de calificar todo comportamiento injusto o ilegal como inmoral, y para el caso de la moralidad administrativa, no todo comportamiento ilegal o injusto es de su interés. Es posible afirmar, entonces, que a través de la moralidad administrativa se pretende la protección del principio de legalidad; sin embargo, no es válido aceptar que todo lo legal contenga una protección a la moral, ni que todo lo ilegal sea inmoral. Sobre este punto el Consejo de Estado explicitó:

Por ello, debe anotarse que siempre que se encuentre comprometida la moralidad o cuando su protección sea el móvil de la demanda, sin importar que se comprometan principios distintos, el juez de la acción popular debe estudiar el caso colocando la idea básica del principio de moralidad administrativa ante la regla que rige el caso específico, para saber si ésta lo ha concretado (sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencia del 16 de febrero de 2001, expediente AP-170).

Así, los comportamientos morales que le incumben al principio de moralidad administrativa, suponen, específicamente, una distorsión maliciosa en el comportamiento del funcionario o del particular que cumple funciones públicas y un ánimo subjetivo torticero y malicioso que implica el desconocimiento de los postulados constitucionales y legales que informan el recto y adecuado ejercicio de las funciones estatales (Consejo de Estado, sentencia del 22 de abril de 2010). Ese es realmente el contenido de las conductas corruptas. No basta con el desbordamiento de los límites funcionales, es necesario, además, que tales límites se hayan sobrepasado con intenciones maliciosas.

Ahora bien, al ser la moralidad administrativa un principio orientador de la función administrativa, comporta para todos los servidores públicos el deber de actuar conforme con los postulados de dicho principio. Para el Consejo de

jurídica. (Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencia del 17 de junio de 2001).

Estado, tales postulados se concretan obrando con honestidad, pulcritud, buena fe¹² y responsabilidad (sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, sentencia del 18 de mayo de 2000); lo que se traduce en el respeto por el interés público y por la primacía del interés general. En otras palabras, la moralidad administrativa se protege cuando el servidor público actúa dentro de auténticos propósitos de servicio público, con honestidad, desinterés y absoluto respeto a las normas sobre obligaciones, incompatibilidades y prohibiciones. Así pues, el principio de moralidad administrativa es, a su vez, la materialización de la configuración del Estado social de derecho.

12. Si la administración obra desconociendo los postulados de la buena fe, cometería hechos que defraudarían la confianza legítima depositada por los ciudadanos y quebrantaría la presunción que rige los actos de particulares y de la administración, para finalizar en hechos que no son los esperados del desarrollo de una función administrativa, la cual tiene como objetivo la prevalencia del bien común y la protección de la comunidad.



CONCLUSIONS

El principio de transparencia es un principio constitucional innominado y de carácter polisémico, que aunque goza de consagración legal en normas como el régimen de contratación estatal (por señalar solo un ejemplo), su naturaleza superior se encuentra definida en función de su relación con otros principios constitucionales, lo que permite que el principio de transparencia cuente con múltiples ámbitos de manifestación.

Así las cosas y de conformidad con la caracterización propuesta, cabe concluir en primer lugar, que el principio de transparencia implica, en una de sus múltiples manifestaciones, una garantía del mantenimiento del sistema democrático, dada su relación intrínseca con el derecho de acceso a la información, que a su vez comporta una relación dialéctica con el principio de publicidad y con el derecho a la libertad de expresión, comoquiera que instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ligan el derecho de acceso a la información a la libertad de expresión. En segundo lugar, es dable concluir que el principio de transparencia permite el fortalecimiento del principio democrático en cuanto posibilita a los asociados la generación de espacios de participación, lo cual repercute directamente en los controles sociales de la administración y en la reconfiguración del poder político.

Estas dos conclusiones denotan el hecho de que el principio de transparencia se configura como concreción de la cláusula general de Estado social de derecho, en cuanto la satisfacción de los fines contenidos en artículo 2° del texto superior queda bajo la órbita y el control de las instituciones democráticas del Estado en ejercicio de su actividad administrativa, la cual está sometida al principio de transparencia como norma orientadora.

El principio de transparencia encuentra un ámbito de manifestación directo como consecuencia de la legitimidad material del Estado social de derecho y su reivindicación como tal, al orientar su quehacer hacia la satisfacción de los fines esenciales. Para ello, debe garantizar los aspectos característicos del modelo estatal consagrados en el artículo 1° de la Constitución, incluida la democracia participativa –y, se podría agregar, deliberativa–, razón por la cual la transparencia, como garante del principio democrático, debe estar presente en las actuaciones del Estado. Tanto es así, que cuando aparecen fenómenos como la captura del Estado –atravesada por otros como el clientelismo o la corrupción–

una constante de su análisis es la falta de transparencia, en cuanto su ausencia no permite generar los medios de control social necesarios. Investigaciones como las de Garay *et al.* (2008), confirman ese razonamiento y muestran un panorama un tanto desolador, al punto de que Botero (2007) se pregunta si en verdad Colombia es una democracia, una paracracia o una desgracia.

Esa es la razón por la cual la Corte Constitucional no solo cumple su tarea de guardiana de la Constitución, sino que se ha convertido en la reserva moral del Estado y en la salvaguarda de los derechos y garantías de las minorías, lo que a su vez sirve como contención a los embates y reclamos del mercado. Su función está (sobre) cumplida, pero no es la jurisdicción la sede natural de los debates políticos. No debe resistir mucho –institucionalmente hablando– estas funciones, que subrogan de su proceso de mayoría de edad a la ciudadanía. Es en el fortalecimiento de esa sociedad civil que se llega a una legítima construcción de sociedad que obtenga del ciudadano un reconocimiento y una apropiación de sus propias categorías y decisiones sociales. Sin embargo, en un país como el nuestro las urgencias no permiten el encargo a una dinámica de empoderamiento ciudadano, cuando el tribunal termina siendo identificado como institución personalizada y sujeto de obligaciones, que interviene activamente y lidera transformaciones sociales de diversa índole.

En Colombia, la Corte Constitucional es una institución que permite un acercamiento entre la sociedad civil y las instituciones gubernamentales y –mejor aún– forma individuos, que a su vez conforman sociedades más responsables, más reclamantes y más legítimas.

Es en este punto que la moralidad administrativa desempeña un papel capital como principio constitucional, aparejado al principio de transparencia desarrollado por el Consejo de Estado, el cual lo ha dotado de contenidos que, a su vez, sirven de contrapeso al fenómeno de la corrupción. La corrupción no solo deslegitima al Estado en cuanto sirve de vehículo para la aparición de fenómenos como la captura del Estado, sino que también constituye una fenomenología de contracultura que se filtra en el tejido social y degrada la autoridad de la que ha sido investido un funcionario, con la pretensión de obtener algo a cambio. El tratamiento que el Consejo de Estado le ha dado al concepto de corrupción, implica reconocer que todos los actos que se encuentren dentro del margen de este concepto son de contenido moral y su jurisprudencia ha adoptado, jurídicamente, los fenómenos morales de los cuales se nutre el concepto de corrupción y por ende, el de moralidad administrativa. Sin embargo, ello no implica que la esfera de lo jurídico y lo moral se combinen de manera absoluta.

Bibliografía

- ACUÑA, I. (2009). “Elementos conceptuales del clientelismo político y sus repercusiones en la democracia”. En: *Revista Reflexiones*, Vol. 2, N° 88, (pp. 27-36). San José: Universidad de Costa Rica. Recuperado de: http://www.reflexiones.fcs.ucr.ac.cr/images/edicion_88_2_09/clientelismoPoliticoRepercusionesDemocracia.pdf
- ALEXY, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- _____ (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Segunda edición. Barcelona: Editorial Gedisa S.A.
- Asamblea General de las Naciones Unidas (2003). *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Recuperado de: http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf
- _____ (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Recuperado de: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>
- _____ (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Recuperado de: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0015>
- ARTAVIA, F. (2008). “Decisiones públicas, beneficios privados. Consideraciones teóricas en torno a la corrupción”. En: *Revista de Ciencias Sociales*, Vol. I, N° 119, (pp. 13-26). San José: Universidad de Costa Rica. Recuperado de: <http://163.178.170.74/wp-content/revistas/119/01-Artavia-Decisiones%20P%20C3%BApublicas.pdf>

- AUDELO, J. (2004). “¿Qué es clientelismo? Algunas claves para comprender la política en los países en vías de consolidación democrática”. En: *Revista Estudios Sociales*, Vol. 12, N° 24, julio-diciembre, (pp. 124-142). Sonora: CIAD, AC. Recuperado de: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=41702404>
- BARNÉS, J. (2010). “Procedimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparencia.” En: GARCÍA, R. (ed.). *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, (pp. 49-79). Madrid: Marcial Pons.
- BLASCO, J. (2010). “El sentido de la transparencia administrativa y su concreción legislativa.” En: GARCÍA, R. (ed.). *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, (pp. 121-149). Madrid: Marcial Pons.
- BOBBIO, N. (1986). *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- _____ (1996). *Teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*. México: Fondo de Cultura Económica.
- BOTERO, F. (2007). “Colombia: ¿democracia, paracracia o simplemente desgracia?” *Revista de Ciencia Política*, Vol. 27, N° especial, (pp. 97-111). Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile. Recuperado de: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-090X2007000100006&script=sci_arttext
- CAPPELLETTI, M. (1984). “Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional.” En: FAVOREU et al.: *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- CARBONELL, M. y VÁZQUEZ, R. (coord.). *Poder, derecho y corrupción*. México: Siglo XXI Editores.
- CAZZOLA, F. (2006). “Conceptualizando la corrupción”. En: *Revista Metapolítica*, N° 45, enero-febrero, (pp. 40-51). México: Centro de Estudios de Política Comparada.
- CENDALES, A. (2012). “¿Son los pobres las únicas víctimas con la compra de votos? Un caso de competencia política con expropiación generalizada”.

En: *Revista Cuadernos de Economía*, Vol. 31, N° 56, (pp. 281-308). Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia.

- Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos. (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos*. Recuperado de: http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/conv_americana_derechos_humanos.html
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. C.P. Marco Antonio Velilla Moreno. Expediente N° 52001-23-31-000-2004-01625-01 (AP), del 22 de abril de 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentencia del 19 de septiembre*. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf
- Corporación Transparencia por Colombia. (2011). *Índice de transparencia nacional 2008-2009*. Bogotá: Corporación Transparencia por Colombia. Recuperado de: <http://transparenciacolombia.org.co/images/publicaciones/ITEP/itn%20resultados%2008-09.pdf>
- _____ (S/A a). *Índice de transparencia nacional 2008 – 2009. (Presentación en la web)*. Bogotá: Corporación Transparencia por Colombia. Recuperado de: <http://www.transparenciacolombia.org.co/INICIO/tabid/36/ctl/Details/mid/375/ItemID/256/language/es-ES/Default.aspx>
- _____ (S/A b). *Radiografía de la corrupción*. Bogotá: Corporación Transparencia por Colombia. Recuperado de: http://www.transparenciacolombia.org.co/index.php?option=com_content&view=article&id=106:radiografia-de-la-corrupcion&catid=79:sobre-la-corrupcion&Itemid=535
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). Recuperado de: <http://www.fmmeducacion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm>
- DELLA PORTA, D. (1996). “Partidos políticos y corrupción. Reflexiones sobre el caso italiano”. En: *Revista Nueva Sociedad*, N° 145, septiembre-octubre. Buenos Aires: Fundación Friedrich Ebert. Recuperado de: http://nuso.org/upload/articulos/2535_1.pdf

- DELLA PORTA, Donatella y MÉNY, Yves. (2006). “Democracia y corrupción”. *Revista Metapolítica*, N° 45, enero-febrero, (pp. 34-39). México: Centro de Estudios de Política Comparada.
- DWORKIN, R. (1995). *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel.
- _____. (2007). *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel.
- ELSTER, Jon. (1999). “La autoobligación.” En: ELSTER, J. y SLAGSTAD, R. (comp.). *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- ESTÉVEZ, J. (1994). *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: Editorial Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2003). “El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”. En: CARBONELL, M. y VÁZQUEZ, R. (coord.). *Poder, derecho y corrupción*. México: Siglo XXI Editores.
- FERRERO, G. (1943). *El poder. Los genios invisibles de la ciudad*. Buenos Aires: Editora Inter–Americana.
- FISS, O. (1999). “Grupos y la cláusula de la igual protección.” En: *Derecho y grupos desaventajados*. GARGARELLA, R. (comp.). Barcelona: Gedisa.
- GARAY, L.; SALCEDO-ALBARÁN, E.; DE LEÓN-BELTRÁN, I. y GUERRERO, B. (2008). *La captura y reconfiguración cooptada del Estado colombiano*. Bogotá D.C.: Fundación Método – Fundación Avina – Transparencia por Colombia.
- GARCÍA, M. (2006). “El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia.” En: RODRÍGUEZ, C.; GARCÍA, M. y UPRIMNY, Rodrigo. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Norma.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y REVELO REBOLLEDO, Javier Eduardo. (2010). *Estado Alterado. Clientelismo, mafias y debilidad institucional en Colombia*. Bogotá D.C.: Dejusticia.
- _____. (Codir.) (2009). *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009*. Bogotá D.C.: Dejusticia.

-
- GARGARELLA, R. (1996). *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ediciones Ariel.
 - GARZÓN, E. (2004). “Acerca de la calificación moral de la corrupción, tan sólo una propuesta”. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Nº 21, octubre. (pp. 9-19). México: ITAM. Recuperado de: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12593068669149309643846/015123.pdf?incr=1>
 - GASIÓ, G. (1995). “Estudio preliminar.” En: KELSEN, H. *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?* Madrid: Editorial Tecnos.
 - GAVIRIA, C. (2002). “Un enfoque positivo de la Constitución de 1991.” En: *El debate a la Constitución*. Bogotá: ILSA y Universidad Nacional.
 - GONZÁLEZ, J. (2003). “Corrupción, democracia y responsabilidad política.” En: CARBONELL, M. y VÁSQUEZ, R. (Coord.). *Poder, derecho y corrupción*. (pp. 63-80) México: Siglo XXI editores.
 - HÄBERLE, P. (2003). *El Estado constitucional*. México. Universidad Nacional Autónoma de México.
 - HABERMAS, J. (1981). *La reconstrucción del materialismo histórico*. Madrid: Taurus.
 - _____ (1998). *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
 - _____ (1999). *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*. Madrid: Cátedra.
 - _____ (2005). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Cuarta edición. Madrid: Trotta.
 - HART, J. (1998). *Democracia y desconfianza: una teoría del control judicial*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
 - LASAGABASTER, I. (2010). “Notas sobre el derecho administrativo de la información.” En: GARCÍA, R. (ed.). *Derecho administrativo de la información y administración transparente*. (pp. 103-120). Madrid: Marcial Pons.

- LÓPEZ, C. (2010). “La refundación de la patria, de la teoría a la evidencia”. En: LÓPEZ, Claudia (ed.) *Y refundaron la patria... De cómo mafiosos y políticos reconfiguraron el Estado colombiano*. (pp. 29-78). Bogotá D.C.: Random House Mondadori – Corporación Nuevo Arco Iris.
- LÓPEZ, C. y SEVILLANO, O. (2008). “Balance político de la parapolítica”. *Revista Arcanos*, N° 14, diciembre, (pp. 62-87). Bogotá D.C.: Corporación Nuevo Arco Iris. Recuperado de: http://www.arcoiris.com.co/wp-content/uploads/2011/arcanos/revista_ARCANOS_14.pdf
- LÓPEZ, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Segunda edición. Bogotá: Legis.
- LÓPEZ, J. (2009). “El concepto de legitimidad en perspectiva histórica”. En: *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N° 18, (pp. 153-166). Valencia: Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia. Recuperado de: <http://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/116/124>
- MARTÍNEZ, H. (2009). “Los principios de la legitimidad política (Ferrero y los genios invisibles de la ciudad)”. En: *Revista Diálogos de saberes*, N° 31, julio-diciembre, (pp. 201-211). Bogotá D.C.: Universidad Libre de Colombia.
- _____ (2010). “Legitimidad, dominación y derecho en la teoría sociológica del Estado de Max Weber”. *Revista de Estudios Sociojurídicos*, Vol. 12, N° 1, enero-junio, (pp. 405-427). Bogotá D.C.: Universidad del Rosario.
- MARZUOLI, C. (2010). “La transparencia de la administración y el derecho a la información de los ciudadanos en Italia.” En: GARCÍA, R. (ed.). *Derecho administrativo de la información y administración transparente*. (pp. 151-180). Madrid: Marcial Pons.
- MEJÍA, O. (1998). *Justicia y democracia consensual*. Bogotá: Siglo del Hombre
- _____. (2005). *Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho*. Bogotá: Temis
- _____. (2007). “Elites, eticidades y Constitución. Cultura política y poder constituyente en Colombia.” En: HOYOS, G. (comp.). *Filosofía y teorías políticas entre la crítica y la utopía*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (Clacso).

- MONTAÑA, A. (2010). *Fundamentos de Derecho administrativo*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Organización de Estados Americanos (2001). *Carta Democrática Interamericana*. Recuperado de: http://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm
- PIÑAR, J. (2010). “Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario.” En: GARCÍA, R. (ed.). *Derecho administrativo de la información y administración transparente*. (pp. 81-101). Madrid: Marcial Pons.
- QUINTERO, D. (2008). *Introducción al derecho. Aspectos teórico prácticos*. Cali: Universidad Icesi.
- Real Academia Española (2001). *Diccionario de la lengua española*. Vigésima segunda edición. Recuperado de: <http://lema.rae.es/drae/>
- RODRÍGUEZ, M. (2005). *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- RODRÍGUEZ, J. (1998). *La legitimidad en el Estado social de derecho*. Bogotá D.C.: Editorial Leyer.
- RUSSEL, Bertrand. (1948). *Power. a New Social Analysis*. First edition. Sixth impression. London: George Allen & Unwin.
- SAÍZ, J.; MANTILLA, S. y CÁRDENAS, J. (2012). “Efectos de la corrupción sobre la criminalidad, el crecimiento económico y la pobreza: una evidencia para seis departamentos de Colombia”. *Revista Criterio Libre*, Vol. 10, N° 16, enero-junio, (pp. 43-66). Bogotá D.C.: Universidad Libre de Colombia.
- SANTOFIMIO, J. (2011). *Procedimientos administrativos y tecnología*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- SCHARPF, F. (2005). “Conceptos de legitimación más allá del Estado-nación”. *Revista Española de Ciencia Política*, N° 13, octubre, (pp. 13-50). Madrid: Asociación Española de Ciencia Política y de la Administración.
- SIERRA, H. (2008). “La administración de justicia en el Estado social de derecho privatizado”. *Revista Jurídicas*, Vol. 5, N° 1, enero-junio. (pp. 189-

207). Manizales: Universidad de Caldas. Recuperado de: [http://juridicas.uccaldas.edu.co/downloads/juridicas5\(1\)_10.pdf](http://juridicas.uccaldas.edu.co/downloads/juridicas5(1)_10.pdf)

- SOMMERMANN, K. (2010). “La exigencia de una administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de derecho.” En: GARCÍA, R. (ed.). *Derecho administrativo de la información y administración transparente*. (pp. 11-25). Madrid: Marcial Pons.
- UPRIMNY, R. (2002). “Constitución de 1991, Estado social y derechos humanos: promesas incumplidas, diagnósticos y perspectivas.” En: *El debate a la constitución*. Bogotá: ILSA y Universidad Nacional.
- UVALLE, R. (2008). “Gobernabilidad, transparencia y reconstrucción del Estado”. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, Vol. L, N° 203, mayo-agosto. (pp. 97-116). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de: <http://www.politicas.posgrado.unam.mx/revistas/203/RMCPYS-203-2008.pdf>
- WEBER, M. (1974 a). *Economía y sociedad I*. Segunda edición. Segunda reimpresión. México: Fondo de Cultura Económica.
- _____ (1974 b). *Economía y sociedad II*. Segunda edición. Segunda reimpresión. México: Fondo de Cultura Económica.
- VALENCIA, H. (2010). *Cartas de batalla: una crítica al constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Panamericana.

Carlos Felipe Rúa Delgado

Abogado de la Universidad Santiago de Cali. Magíster en Educación Superior por la Universidad Santiago de Cali. Profesor de tiempo completo asociado, de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura Cali. Investigador adscrito al Grupo de Investigación Problemas Contemporáneos del Derecho y la Política (Gipcodep), avalado por la Universidad de San Buenaventura Cali y registrado y categorizado ante Colciencias. Coordinador Académico de la Especialización en Derecho Administrativo convenio UPB–USB. Correo electrónico: *cfrua@usbcali.edu.co*

María Liliana Castillo Castillo

Abogada de la Universidad Santiago de Cali. Magíster (C) en Filosofía del Derecho Contemporáneo por la Universidad Autónoma de Occidente y por la Universidad Carlos III de Madrid (España). Profesora de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura Cali. Investigadora adscrita al Grupo de Investigación Problemas Contemporáneos del Derecho y la Política (Gipcodep), avalado por la Universidad de San Buenaventura Cali y registrado y categorizado ante Colciencias. Correo electrónico: *mlcastillo@usbcali.edu.co*

Si bien el principio de transparencia no se encuentra consagrado expresamente en la Constitución Política, se considera de naturaleza superior en cuanto está íntimamente relacionado con otros que sí gozan de asidero constitucional, como los principios de publicidad, acceso a la información y el principio democrático.

En el ordenamiento jurídico, el principio de transparencia se manifiesta de múltiples maneras y con pluralidad de sentidos, razón por la cual hablar de sus específicas materializaciones puede resultar un tanto arduo, sobre todo si se tienen en cuenta elementos jurídicos y políticos. Sin embargo, ello es factible en el presente texto, cuyos cuatro capítulos se centran en desentrañar ese carácter polisémico del principio de transparencia en diferentes ámbitos de manifestación del derecho.



**UNIVERSIDAD DE
SAN BUENAVENTURA
CALI**

Av. 10 de Mayo, La Umbría, carretera a Pance
PBX: 318 22 00 - 488 22 22. Fax: 555 20 06
www.usbcali.edu.co


**EDITORIAL
BONAVENTURIANA**

