

# HIPÓTESIS LIBRE

REVISTA DIGITAL

Medio de divulgación de los programas de posgrado de la Universidad Libre seccional  
Cúcuta Junio 2013. Año 3. N° 7 ISSN 2344-8210



**Bloque de constitucionalidad como referente orientador para el tratamiento judicial de los adolescentes en Colombia**

**Cambios del sindicalismo en Colombia en las últimas dos décadas y retos frente a la globalización**

**La participación ciudadana en la vigilancia y control de los recursos públicos en el municipio de San José de Cúcuta, años 2008-2011.**

**La violación del derecho fundamental del debido proceso en las declaratorias de insubsistencias de empleados provisionales por ausencia de motivación en el acto administrativo de retiro**



## **HIPÓTESIS Libre**

REVISTA DIGITAL

Medio de divulgación de los programas de posgrado de la  
Universidad Libre seccional Cúcuta

Junio 2013. Año 3. Nº 7

### **AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD LIBRE**

**Presidente Nacional**

**VÍCTOR ALVARADO ARDILA**

**Rector Nacional**

**NICOLÁS ZULETA HINCAPIÉ**

**Rector Seccional**

**IVÁN VILA CASADO.**

**Presidente Seccional**

**HOLGER CÁCERES MEDINA**

**Decano Facultad de Derecho**

**JOSÉ VICENTE CARVAJAL**

**Directora del Centro de Investigaciones**

**DÉBORA GUERRA MORENO**

### **DIRECTOR**

Darwin Clavijo Cáceres

### **COMITÉ DE REDACCIÓN**

Iván Vila Casado.

Holger Cáceres Medina

José Vicente Carvajal

Carlos Colmenares Uribe

UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CÚCUTA  
HIPÓTESIS libre

Revista Digital trimestral. ISSN:2344-8210

Derechos reservados

Se autoriza la reproducción de los artículos  
citando la fuente y los créditos de los autores.

Los conceptos y opiniones expresados en los  
artículos son responsabilidad de los autores y  
no comprometen a la Universidad Libre.

Diagramación: Centro de Investigaciones  
Universidad Libre Cúcuta. Correspondencia:

[dirinvestigaciones@unilibrecucuta.edu.co](mailto:dirinvestigaciones@unilibrecucuta.edu.co)  
Universidad Libre seccional Cúcuta. Avenida  
Canal Bogotá Intersección Benjamín Herrera.  
Cúcuta Norte de Santander Colombia

## Contenido

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD COMO REFERENTE ORIENTADOR PARA EL TRATAMIENTO JUDICIAL DE LOS ADOLESCENTES EN COLOMBIA .....	4
CAMBIOS DEL SINDICALISMO EN COLOMBIA EN LAS ÚLTIMAS DOS DÉCADAS Y RETOS FRENTE A LA GLOBALIZACIÓN .....	24
LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA VIGILANCIA Y CONTROL DE LOS RECURSOS PÚBLICOS EN EL MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA, AÑOS 2008-2011. ....	46
LA VIOLACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DEL DEBIDO PROCESO EN LAS DECLARATORIAS DE INSUBSISTENCIAS DE EMPLEADOS PROVISIONALES POR AUSENCIA DE MOTIVACIÓN EN EL ACTO ADMINISTRATIVO DE RETIRO .....	71

## **BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD COMO REFERENTE ORIENTADOR PARA EL TRATAMIENTO JUDICIAL DE LOS ADOLESCENTES EN COLOMBIA**

**MARISOL CABRALES BENÍTEZ  
DIANA MARÍA SAAVEDRA ZUBIETA  
B. JUDITH MORA GEREDA**

**RESUMEN** La protección de la infancia y de la adolescencia es un compromiso de la comunidad jurídica a nivel mundial y compromiso ineludible de los Estados. En Colombia, para lograr una adecuada protección de ella se destaca la Ley 1098 del 8 de Noviembre de 2006, mediante la cual se expidió el Código de la Infancia y la Adolescencia, cuyo objeto, según su artículo 2º <sup>1</sup>es *“establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizarles el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento. Dicha garantía y protección se hará obligación de la familia, la sociedad y el Estado”*, Por ello se hace necesario identificar el marco normativo dentro del ámbito nacional y los Instrumentos internacionales adoptados por Colombia, mediante los cuales se brinda protección a los menores de edad frente al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en nuestro país para identificar los derechos que tienen los menores infractores a la luz de la Ley 1098 de 2006 y los previstos en el Derecho Internacional sobre Derechos Humanos, determinando los instrumentos existentes que no tienen categoría de Tratados Internacionales que pueden aplicarse por vía del Bloque de Constitucionalidad, para establecer los elementos jurídicos y jurisprudenciales que rigen para la aplicación de las sanciones en la justicia penal para adolescentes, lográndose su socialización, su conocimiento y lo más importante, su efectividad, pues todos somos corresponsables del cumplimiento de los derechos y garantías de sus destinatarios, los menores de edad.

---

<sup>1</sup> Código de la Infancia y Adolescencia Anotado, Eunice Salazar Sarmiento, Editorial Leyer 2.009

**ABSTRACT.** The protection of children and adolescents is a commitment to the legal community worldwide and irrevocable commitment of States. In Colombia, for adequate protection It highlights the Law 1098 of November 8, 2006, whereby it issued the Code for Children and Adolescents, whose purpose, according to Article 2 is to *"establish substantive and procedural rules for the comprehensive protection of children, girls and adolescents, guaranteeing them the exercise of their rights and freedoms enshrined in international human rights instruments, in the Constitution and the laws, and its restoration. This guarantee will be required and protection of the family, society and the State. "*. Therefore it is necessary to identify the regulatory framework within the national and international instruments adopted by Colombia, through which provides protection for minors against Criminal Responsibility System for Adolescents in our country to identify the rights enjoyed by juvenile offenders in light of Act 1098 of 2006 and those in the International Human Rights Law, determining existing instruments that have no category of international treaties that can be applied by means of the constitutional, to establish the legal and jurisprudential governing the application of sanctions in criminal justice for teens, achieving their socialization, knowledge and most importantly, its effectiveness, we are all co-responsible for compliance with the rights and guarantees of their recipients, minors.

## INTRODUCCIÓN

El ordenamiento jurídico colombiano tenía la necesidad de poner a tono la obsoleta legislación del menor, consagrada en el Decreto Ley 2737 de 1989, (antiguo Código del Menor) con las nuevas tendencias jurídico-sociales de reconocimiento y protección integral de la infancia y la adolescencia en el ordenamiento jurídico internacional a la luz de las leyes que ratifican los derechos de la niñez.

Se hacía necesario la promulgación de un ordenamiento jurídico en armonía con lo dispuesto en los artículos 44, 45 y 50 de la Constitución Política de 1991, que permitiera la consolidación de un nuevo modelo Jurídico-Social, mediante la implicación de la figura del Estado Social de Derecho reconociendo a los niños, niñas y adolescentes como sujetos visibles de derechos, unido al cumplimiento y la garantía de los mismos, previamente aceptado por el Estado colombiano mediante

la ratificación, aprobación y asimilación a nuestro ordenamiento jurídico de Tratados Internacionales dentro de un marco jurídico destinado a la prevención de su amenaza y vulneración, logrando de esta forma la armonización de un nuevo ordenamiento jurídico, el Código de la Infancia y la Adolescencia, basado en la protección integral, la prevalencia de los derechos de los niños y adolescentes, la co-responsabilidad, la exigibilidad de estos derechos, unido a las normas de orden público, centradas en la responsabilidad del Estado, la sociedad y la familia, como componentes básico del nuevo modelo jurídico, aplicable al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en nuestro país.

De esta forma el presente informe contiene los resultados de la investigación desarrollada con el objeto de establecer cómo se articula el denominado bloque de constitucionalidad como referente orientador para el tratamiento judicial de los adolescentes infractores dentro de un marco de responsabilidad penal para adolescentes.

## **METODOLOGÍA**

Para el desarrollo de la misma se revisó la literatura jurídica disponible sobre varios aspectos, en especial para el concepto del Bloque de Constitucionalidad y de aquellas normas y principios que sin estar vinculados de manera formal con el articulado constitucional se emplea como parámetro de control de constitucionalidad de las leyes, en especial en lo pertinente a la promulgación de la Ley 1098/ 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia, estableciendo una conexidad en cuanto a cuales tratados hacen parte del código y cuales se convierten en referentes obligatorios de este.

## **EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR Y ADOLESCENTE EN COLOMBIA**

El cambio propiciado por la Constitución de 1991 inserta la concepción de un Estado Social de Derecho que debe respetar unos derechos, ya no dependientes sólo del Estado nacional sino de una comunidad internacional y de tratados internacionales, estatutos, convenios, acuerdos supranacionales que vinculan a toda la humanidad civilizada. Dentro de esos acuerdos están, en primer lugar, la Convención Internacional de los Derechos del Niño aplicables en el caso concreto del

adolescente infractor. Siguiendo el espíritu de la Constitución en el nuevo Código de la Infancia y de la Adolescencia se tuvieron en cuenta entre otras las Directrices de Riad sobre Delincuencia Juvenil y los protocolos adicionales de la Convención Internacional de los Derechos del Niños.<sup>2</sup>

Con el advenimiento del Código de la Infancia y de la Adolescencia (Ley 1098 del 2.006), el Estado colombiano trata de dar por terminada la tardanza en dar aplicabilidad a convenios y tratados internacionales suscritos, demostrando voluntad para legislar sobre el tema y ponerse a tono, demostrando un avance positivo sobre la responsabilidad del Estado, la familia y la sociedad en ejercicio de garantizar los derechos de los adolescentes, en especial del menor infractor, desde la óptica de que la infancia y la adolescencia deben ser vistos y tratados como una inversión social con proyección al futuro.<sup>3</sup>

El Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en nuestro país, establecido en el Código de la Infancia y de la Adolescencia (Ley 1098 del 2.006), se define como: el conjunto de principios, normas y procedimientos, autoridades judicializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan entre 14 y 18 años de edad al momento de cometer el hecho punible.

Este Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en aplicación de las sanciones de justicia penal para adolescentes, tiene como fin garantizar la Justicia Restaurativa, la Verdad y la Reparación del Daño. En este sentido las medidas que adopten las autoridades judiciales deben ser de carácter pedagógico, específico y diferenciado del Sistema de Responsabilidad Penal para adultos y deben estar orientadas a la protección del adolescente infractor.

## **CONCEPTO DE LA DOCTRINA DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD**

---

<sup>2</sup> EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES EN COLOMBIA. Antecedentes Legislativos Principios Fundamentales del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Héctor Heli Rojas. PONENCIA SEMINARIO INTERNACIONAL DE RESPONDSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES. ICBF. Bogotá Noviembre 2.009

<sup>3</sup> RODRIGUEZ MARIN EFREN. El Código de la Infancia y la Adolescencia frente a los Tratados Internacionales y la Constitución. EDICIONES DOCTRINA Y LEY .BOGOTA.2.011

Según teóricos sobre la materia constitucional, el Bloque de Constitucionalidad es *“un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la constitución documental.”* Gabriel Mario Mora Restrepo,<sup>4</sup> profesor colombiano de derecho constitucional, explica que el bloque de legalidad desarrollado más tarde como bloque de constitucionalidad consiste en *“asumir que existe un conjunto de normas que sin estar consagradas expresamente en la Constitución, hacen parte de ella por la decisión de un juez o por expresa disposición del constituyente.”* En este sentido, estas normas son consideradas con rango constitucional y por lo tanto gozan de supremacía constitucional, a los efectos de parámetro del control constitucional de las leyes. Por su parte, el tratadista argentino Pablo Manili<sup>5</sup> la define como: *“comunidad normativa, en cuyo seno reina la uniformidad jerárquica de normas que la componen, existiendo principios armonizadores de su contenido a los efectos de su interpretación por los operadores constitucionales en general y de su aplicación por los jueces.”*

Esta doctrina del Bloque de Constitucionalidad hace referencia a un conjunto de normas con jerarquía constitucional que se ha empleado para emitir juicio sobre la constitucionalidad de una norma jurídica y de otros actos susceptibles al control judicial.

De esta forma, el acto impugnado se confronta con un mayor número de normas de rango constitucional que incluyen, pero no se limitan, a la Constitución en sentido formal.

El Bloque de Constitucionalidad, se puede considerar como la doctrina empleada para formular una interpretación constitucional, ya no exclusivamente basándose en el texto de la Constitución, sino en otros elementos jurídicos que, en un momento determinado se puede emplear y que supla el formalismo que la Constitución no contempla de manera específica, con el propósito de sustraerse de promulgar una sentencia con un insuficiente raciocinio y soporte jurídico vigente o para consolidar

---

<sup>4</sup> Gabriel Mario Mora Restrepo, DISSERTUM, Revista Facultad de Derecho Universidad de La Sabana # 4, año 2.000.

<sup>5</sup> Pablo Manili, El Bloque de Constitucionalidad, Editorial La ley, año 2.003

derechos que en la Constitución no están determinados, sino de expresados de manera tácita o implícita.

El Bloque de Constitucionalidad representa un avance en los métodos de interpretación constitucional actual, puesto que a través de ella se puede ampliar el texto de la Constitución. Su propósito es la añadir otras fuentes jurídicas del Derecho Constitucional como es la jurisprudencia, la costumbre, los tratados internacionales, para brindar un marco más amplio de interpretación, muchas veces limitada por la rigidez de las Constituciones, así como eliminar el carácter de *numerus clausus* donde las normas regulatorias impiden que pueda alterarse dicha añadiendo una nueva unidad más, si es distinta de las predeterminadas inicialmente relacionadas, que anteriormente predominaba en la redacción de las normas referentes a los Derechos Humanos, puesto que su cantidad se ha ido acrecentando con el paso del tiempo, y además son de naturaleza inalterable e inalienable.

La importancia del Bloque de Constitucionalidad como referente orientador para el tratamiento judicial de adolescentes, se debe mirar desde la importancia que tienen las Resoluciones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, (ONU), tomando como punto de partida el contenido de los Tratados Internacionales que contiene mecanismos convenientes de hacer que los Derechos Humanos y en especial los Derechos de los Niños y Adolescentes sean respetados por los países signatarios.

Con la intención de encontrar un sistema garantista en materia de aplicación de las sanciones en la Justicia Penal para Adolescentes, se debe tener en cuenta tratados y acuerdos internacionales como la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 20/11/1.989 y aprobada por Colombia mediante la Ley 12/1.991, para continuar con las Reglas Mínimas de las ONU para la Administración de Justicia de Menores, adoptadas por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, mediante Resolución 40/30 del 28/11/1.985, conocidas como "*Reglas de Beijing*", las Directrices de Riad, que señalan la prevención para la Delincuencia Juvenil, aprobada por la Asamblea General de la ONU, el 14/12/1.990, mediante Resolución 45/112, las Reglas de La Habana y las Reglas de Tokio, para la Protección de los Menores

Privados de la Libertad, adoptadas por la Asamblea General de la ONU, mediante Resolución 45/113 del 14/12/1.990,, a nivel continental tenemos la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada mediante Ley 16/1.972, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por la Ley 74/1.968, la Ley 173/1994, que ratificó el Convenio Internacional sobre aspectos civiles del secuestro de niños, la Ley 515/1999 que aprobó el Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo OIT, sobre la edad mínima para la admisión en el empleo; la Ley 620/2000, que aprobó la Convención Interamericana sobre la Restitución Internacional de Menores, la Ley 704/ 2000, por la cual se ratifica el Convenio 182 de la OIT, Ley 765/2002, por la cual se aprueba el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, entre otras, concordante con los artículos 93 y 94 de la Constitución Política de Colombia, las cuales constituyen el núcleo de las propuestas en materia de Justicia Penal para Niños, Niñas y Adolescentes, que al hacer parte de nuestro Bloque de Constitucionalidad, se constituyen en medios de protección de los Derechos Fundamentales del menor infractor y de las garantías judiciales necesarias para un proceso justo.<sup>6</sup>

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-684/09, Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, del 30/09/2009, señala que estos principios de protección especial de la niñez y de preservación del interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes se encuentran consagrados en diversos tratados internacionales vinculantes para el Estado Colombiano<sup>7</sup>, e igualmente han sido recogidos en la legislación vigente<sup>8</sup>. De manera específica los artículos 7, 8 y 9 del Código de la Infancia y la Adolescencia.<sup>9</sup>, recogen estos mandatos constitucionales.

---

<sup>6</sup> DELGADO LLANO LUIS FERNANDO. Módulo de Capacitación para Jueces de Adolescentes y Fundamentos del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

<sup>7</sup> La Convención sobre los Derechos del Niño consigna en su artículo 3-1 que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

<sup>8</sup> En la sentencia T-137 de 2006 se hace un exhaustivo recuento de la evolución legislativa de la protección a la infancia en Colombia. En esta decisión se señala que bajo la vigencia del anterior ordenamiento constitucional el legislador promulgó una abundante legislación en la materia dentro de la que cabe destacar la Ley 75 de 1968 –constitutiva del ICBF-, que en su artículo 53 dispuso la protección del niño como prioritaria para *“el cumplimiento de sus fines esenciales, que son los de proveer a la protección del menor y en general el mejoramiento de la estabilidad y del bienestar de las familias colombianas...”*

<sup>9</sup> El tenor de estas disposiciones legales es el siguiente: Artículo 7°. Protección integral. Artículo 8°. Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes. Artículo 9°. Prevalencia de los derechos.

## Marco Conceptual

El marco conceptual para la atención de los adolescentes involucrados en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, es el Modelo de Atención Restaurativo, que tiene en cuenta: (i) Los factores individuales del adolescente, (ii) Motivos y móviles de la conducta punible, (iii) Capacidad de reparación del daño causado (iv) Competencias ciudadanas basadas en el reconocimiento y respeto del “otro” y (v) La restauración de los vínculos sociales.

El Modelo de Atención Restaurativo tiene entonces como finalidad, la rehabilitación y la resocialización<sup>10</sup> del adolescente, en donde a partir de una estructura pedagógica, teniendo en cuenta los derechos y deberes ciudadanos, se brinde la posibilidad al joven de generar un cambio en su proyecto de vida y en el cual la participación de la familia es fundamental.

Materializar este Modelo implica tener en cuenta las particularidades sociales, familiares del adolescente, el delito cometido, la reincidencia, la intención de colaboración con la justicia, la indemnización o restauración del perjuicio ocasionado y ayudar a la reconstrucción de los vínculos socio-afectivos vulnerados por la conducta de menor infractor.

Por ello, se hace ineludible que las autoridades encargadas del funcionamiento del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes apliquen Justicia Restaurativa y busquen el acercamiento víctima-victimario y comunidad, para estructurar una solución a las consecuencias del delito cometido por el adolescente infractor

Esta visión tiene el potencial de generar una reflexión profunda del adolescente sobre su responsabilidad como ciudadano, que se hace evidente en el respeto por las normas sociales y los derechos humanos de las personas. Para la aplicación de este Modelo, los Operadores jurídicos

---

<sup>10</sup> Según el artículo 19 del Código de la Infancia y la Adolescencia. “Los niños, las niñas y los adolescentes que hayan cometido una infracción a la ley tienen derecho a la rehabilitación y resocialización, mediante planes y programas garantizados por el Estado e implementados por las Centros y organizaciones que este determine en desarrollo de las correspondientes políticas públicas.

retomarán los preceptos de formas de intervención en las que se aplique la pedagogía de la presencia, escenarios participativos, así como elaborar un plan de acción que responda a unas normas de convivencia que garanticen procesos de formación y de relaciones interpersonales armónicas, para lo cual deberán tener como fundamento los siguientes elementos: Jurídico, Pedagógico, Infraestructura y Seguridad. Otro aspecto que fundamenta este Marco son las Reglas de Beijing como Instrumento Legal Internacional que especifica las normas para la justicia de menores centrada en el enfoque de derechos de los niños, niñas, adolescentes y su desarrollo, donde destaca: *“(...) el uso de la remisión de las audiencias formales a programas comunitarios apropiados, los procesos ante cualquier autoridad conducidos a favor de los mejores intereses del niño, la consideración cuidadosa antes de privar de libertad a un menor, la capacitación especializada para todo el personal que maneja casos de menores, la consideración de liberación del arresto lo más pronto posible, y la organización y promoción de la investigación como base para la planificación efectiva y la elaboración de políticas.”*<sup>11</sup>.

De igual forma, se consideran las Directrices de Riad, que representan un enfoque integral y proactivo de prevención y reintegración social, en donde la prevención no es vista solamente como una manera de evitar situaciones negativas, sino más bien como un medio para proveer de manera positiva el bienestar general. Estas directrices, contemplan aspectos fundamentales como: *“(...) Los mecanismos para la coordinación de esfuerzos entre las instituciones gubernamentales y no gubernamentales; el monitoreo continuo y la evaluación; la participación de la comunidad mediante un amplio rango de servicios y programas; la cooperación interdisciplinaria, y la participación de los jóvenes en las políticas y procesos de la prevención*<sup>12</sup>.

Desde esta perspectiva, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los menores privados de la libertad anota que, los programas educativos que los Centros en sus diferentes modalidades ofrezcan, deben enmarcarse en actividades y programas útiles que sirvan para fomentar y asegurar el sano desarrollo y la dignidad del joven, donde se provea sentido de responsabilidad, y se

---

<sup>11</sup> Resolución 40/33. 1985. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, “Reglas de Beijing”

<sup>12</sup> Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil 45/112. Directrices de RIAD

infundan actitudes y conocimientos que ayuden al adolescente a desarrollar sus posibilidades como miembro de la sociedad.

Estas directrices proponen proveer a los adolescentes de oportunidades, especialmente educativas, que permitan velar por el desarrollo personal, en aquellos casos en situación de vulnerabilidad y brindar una intervención basada en los derechos y en los intereses de los jóvenes, reconociendo que en esta etapa de maduración es donde se hace posible un ejercicio de formación desde la conciencia de la conducta, y es posible eliminar el comportamiento que ha sido establecido por la sociedad como indeseable, de tal forma que desaparezca la denominación de “*delincuente*” y sólo en casos extremos se recurra a organismos formales de control social.

La orientación dada al Código de la Infancia y la Adolescencia busca deslindarse del escenario clásico de un derecho penal centrado en la punición y en la retribución, aún en el que el perjudicado, quien ha recibido el daño, actúa como sujeto procesal durante todo el tiempo, desde el momento mismo del punible. Un tema fundamental que existe hoy en día, en términos de la justicia colombiana e internacional es la Constitucionalización del derecho penal. El Derecho Penal y el desdoblamiento en los procedimientos, sea para adultos o para adolescentes, es un derecho penal constitucionalizado. Aquí ya estamos en temas de restauración con tres agentes importantes: (i) quien rompe la norma, (ii) la víctima y (iii) el Estado. Este último actúa como un mediador para que se restablezcan las situaciones, cuando ello es posible, y para que se haga a través de la restauración.

Este enfoque implica que se reconozca el concepto de daño en términos de doble responsabilidad:<sup>13</sup> Responsabilidad Penal y Responsabilidad Civil y que se incorpore el concepto de Reparación de manera normativa y estructural en las instituciones jurídicas.

---

<sup>13</sup> EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES EN COLOMBIA Enfoque de justicia restaurativa y su aplicación al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes Dr. Hernando Torres Corredor. Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. PONENCIA SEMINARIO INTERNACIONAL DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES. ICBF. Bogotá Noviembre 2.009

El derecho de la víctima deja de ser una simple indemnización sino que va hacia una reparación integral, que implica restitución, rehabilitación, verdad y la garantía de la no repetición. La víctima pasa de tener un rol pasivo anteriormente y acudir a la jurisdicción civil a través de acciones civiles para lograr su reparación, a tener rol, participativo.

Al ser un Sistema de Responsabilidad de Adolescentes, tiene que estar presente el proceso de rehabilitación, pues ese adolescente ya no pertenece a la esfera de la dogmática penal clásica sino a otra dogmática, que implica tratar de incorporarlo a la sociedad, y que delante del punible y del acontecimiento como infractor, la sociedad tenga la posibilidad de indicarle unos caminos para que llegue a ser una persona restablecida, resocializada.

Estamos frente a la Justicia Restaurativa, y la pregunta es: ¿Cómo hacemos para materializarla? La Justicia Restaurativa reviste significativa importancia en el Sistema Penal de Adolescentes frente al interés de la víctima y particularmente como mecanismo de restauración del mismo adolescente que ha delinquido. Definido el concepto de Justicia Restaurativa, según Tony Marshall<sup>14</sup> como *“el proceso a través del cual las partes o personas que se han visto involucradas y/o que poseen un interés en un delito en particular resuelven de manera colectiva la manera de lidiar las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro”*.

Desde este punto de vista, tenemos el adolescente infractor, la víctima y un escenario social en el que se produce acto punible. La Justicia Restaurativa se fundamenta en la participación de cada una de las partes y en la expresión de sus necesidades, la consecución de una solución entre ellas y la adopción de un compromiso. En el Proceso Restaurativo, tal y como lo señala el Código de la Infancia y de la Adolescencia, se pretende que el joven pueda asumir una posición de confianza y participación en la comunidad. Es importante que se reconozca que el adolescente infractor no va hacia una estructura represiva representada en el juez que va a tomar una decisión contra él, sino que al adquirir una

---

<sup>14</sup> Marshall, Tony (1999). *Restorative Justice. An Overview*, Home Office.

posición de confianza, puede intervenir la instrumentalidad que figura en la normatividad, las leyes y la jurisprudencia para materializar estas propuestas de resocialización del menor infractor.

Los programas de Justicia Restaurativa son el centro del proceso de Justicia Penal para Adolescentes, iniciando un proceso facilitado por las entidades estatales de jurisdicción de menores que apunta a la responsabilidad del menor infractor, a la reparación de la víctima y a la total participación de ésta, el menor infractor y la comunidad, buscando una respuesta restaurativa, basada en la restitución y el servicio a la comunidad, siendo la Judicialización de menor la última alternativa.

## **NORMAS INTERNACIONALES APLICABLES AL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES EN COLOMBIA**

<p><b>REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE MENORES.</b></p> <p><b>“REGLAS DE BEIJING”</b></p> <p><b>RESOLUCIÓN 40/33 1985</b></p>	<ol style="list-style-type: none"><li>1. Establece orientaciones básicas sobre la administración de justicia, tienen como objetivo promover el bienestar de los adolescentes y con ello se buscará reducir los casos y las reincidencias.</li><li>2. Disponen que cualquier respuesta debe ser proporcional a la circunstancia del delincuente y del delito (Art. 5.1), que se debe reducir al mínimo el número de casos en los que el sistema de justicia de adolescentes debe intervenir y para los casos en los cuales se hace imprescindible dicha intervención, reducir al máximo las consecuencias que normalmente ocasionan estas medidas.</li><li>3. Resaltan el papel de la política social en la prevención del delito y la delincuencia Juvenil.</li><li>4. En cuanto a las garantías procesales establece: <i>"En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos, y el derecho de apelación ante una autoridad superior".</i></li></ol>
--	--

<p><b>DIRECTRICES DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA JUVENIL.</b></p> <p><b>DIRECTRICES DE RIAD</b></p> <p><b>RESOLUCIÓN 45/113.</b></p> <p><b>14/dic/90</b></p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Señala que la prevención de la delincuencia juvenil es elemento fundamental para evitar el surgimiento de modelos delictivos en la sociedad, que debe procurar un desarrollo armonioso de los adolescentes respetando y cultivando su personalidad a partir de la primera infancia.</li> <li>2. Los programas deben centrarse en el bienestar de los jóvenes, deben desempeñar una función activa y de asociación en la sociedad y no deben ser considerados meros objetos de socialización o control.</li> <li>3. Deberá reconocerse la necesidad y la importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia, así como de estudiar sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjuicios a los demás.</li> <li>4. Estas reglas igualmente aclaran aspectos relacionados con la Administración de los Centros de Menores: Ingreso, registro, desplazamiento, traslado, clasificación, asignación, medio físico, alojamiento, educación, formación profesores y formación para el trabajo, recreación, religión, atención médica, contacto con la comunidad, límites físicos, disciplina, inspección, reclamos, reintegro a comunidad y personal de los Centros.</li> </ol>
--	---

**NORMAS NACIONALES APLICABLES AL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES EN COLOMBIA**

<p><b>CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA</b></p>	<p>Ratifica la consideración de niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos.</p> <p>Mediante los artículos 44 y 45 se plantean los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, señalando su prevalencia sobre los derechos de los demás y que disponen de todos los derechos consagrados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Colombia</p>
---	--

<p><b>CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA, LEY 1098 DE 2006</b></p>	<p>En su libro II contempla el Sistema de Responsabilidad Penal para adolescentes. Este Sistema</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(i) ofrece garantías procesales a los adolescentes,</li> <li>(ii) determina la responsabilidad frente al hecho delictivo,</li> <li>(iii) garantiza los derechos de las víctimas y</li> <li>(iv) propone medidas con carácter pedagógico y diferenciado del sistema de adultos.</li> </ul>
---	--

### **Marco Institucional.**

El Código de la Infancia y la Adolescencia contemplan una ley especial, órganos especiales, y funcionarios especializados. También prevé una especialidad de sanciones. No se habló de *penas* para hacer más evidente la diferenciación con el Sistema Penal de Adultos; En el Código de Infancia y Adolescencia <sup>15</sup> se habla de sanciones para proteger; impuestas por el juez como agente de la jurisdicción, pero también de psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales, policía judicial especial, que no puede ser la misma policía judicial que investiga a los mayores porque aquí las finalidades son distintas. Los operadores jurídicos deben tener presente que este Sistema tiene una finalidad protectora y resocializadora y que es diferente del Sistema Penal Acusatorio. En este orden de ideas, son instancias del marco institucional para la atención de los adolescentes mayores de 14 años y menores de 18 años que hayan incurrido en la comisión de un delito, las siguientes:

- **Autoridades y Entidades del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes:**

Fiscales Delegados - Fiscalía General de la Nación, Juez Penal (Control de Garantías ) - Consejo Superior de la Judicatura, Juez Penal (con funciones de Conocimiento) - Consejo Superior de la Judicatura, Sala Penal y de familia - Tribunal Superior de Distrito Judicial, Sala de Casación Penal - Corte Suprema de

---

<sup>15</sup> Lineamiento Técnico Administrativo para la Atención de Adolescentes en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes – SRPA. ICBF, Subdirección de Responsabilidad Penal. Bogotá 2.010

Justicia, Policía de Infancia y Adolescencia – Policía Nacional, Apoderados o Defensores Públicos - Sistema Nacional de Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo, Defensorías de Familia y Defensor de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Comisarías de Familia - Alcaldía Municipal o Distrital, Inspecciones de Policía - Alcaldía Municipal o Distrital, Ministerio Público – Procuraduría General de la Nación, Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Fiscalía General de la Nación,

### **EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD COMO REFERENTE PARA EL TRATAMIENTO JUDICIAL DE LOS ADOLESCENTES.**

Los Tratados Internacionales ratificados por Colombia sobre derechos humanos tienen obligatoria aplicación y en tal condición integran el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, ellos son: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por la Ley 74/1.968; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada mediante Ley 16/1.972; la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada mediante la ley 12 de 1.991. No se cuestiona, que estos Tratados Internacionales y todos los que traten sobre derechos humanos, sean de obligatoria aplicación en el derecho interno colombiano.<sup>16</sup>

Los demás Instrumentos Internacionales, que no tiene la categoría de Tratados Internacionales, pero que tocan temas de derechos humanos y tienen una directa referencia al tema de la Responsabilidad Penal para Adolescentes (Reglas de Beijing, Reglas de La Habana, Reglas de Tokio, Directrices de Riad) pueden ser utilizados como referente interpretativo,<sup>17</sup> aunque no expresen explícitamente su integración al Bloque de Constitucionalidad, promoviendo su integración en una política nacional de Justicia para menores, que en Colombia se refleja en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes y en el Código de Infancia y Adolescencia.

A propósito de interpretación consultiva de estos Instrumentos Internacionales, debe señalarse que han venido siendo considerados pautas de interpretación en materia de Derechos Humanos; sobre todo cuando se trata de establecer el alcance y la protección de éstos, son utilizadas doctrinariamente,

---

<sup>16</sup>JUAN CARLOS ARIAS LOPEZ. Bloque de Constitucionalidad en el Sistema de responsabilidad Penal para. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

<sup>17</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 19/11/1.999/ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-228/2.002

para interpretar el sentido y el alcance de las disposiciones constitucionales; y en la medida que traten sobre temas de derechos humanos ratificados por Colombia, pueden entenderse incorporadas al Bloque de Constitucionalidad.

## CONCLUSIONES.

- El Código de Infancia y Adolescencia contiene innovaciones en cuanto a los derechos y garantías consagradas para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, las que solamente se tenían en cuenta para todas las personas en general y no en particular, como se hallan previstas en los tratados internacionales de Derechos Humanos debidamente ratificados por Colombia.

- El Código de Infancia y Adolescencia reconoce la calidad de sujetos de derecho y garantías a los niños, niñas y adolescentes, cuya materialización corresponde al Estado, a la sociedad y a la familia en desarrollo de los Principios de Interés Superior, Corresponsabilidad y Prevalencia, hasta el punto que se implementó un capítulo de políticas públicas para la infancia y la adolescencia, para garantizar la realización, protección y el restablecimiento de los derechos de éstos, comprometiendo a la familia, a la sociedad y al Estado como corresponsables en su atención, cuidado y protección.

- Creó el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal. En una palabra, en la nueva ley los niños, las niñas y los adolescentes no serán responsabilidad exclusiva del Instituto de Bienestar Familiar sino de todas las autoridades con prioridad oficial y en particular por la sociedad y la familia.

- El nuevo Código no toma en cuenta uno de los tratados internacionales de Derechos Humanos de la Infancia de mayor relevancia en contextos como el colombiano el Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre las peores formas de trabajo infantil. Según dicho Convenio: *“la participación de niños y niñas en cualquier momento de la fase productiva de drogas consideradas ilícitas es una de las peores formas de trabajo infantil. No obstante, según la norma*

*aprobada, cuando un niño o niña sea procesado por delitos relativos al tráfico de drogas, deberá recibir una pena privativa de la libertad”.*<sup>18</sup>

■ Finalmente se debe decir que cambió el paradigma de la situación irregular del menor por problemas de pobreza, abandono o conductas desviadas, a quien se debía internar en instituciones del Estado, por el nuevo consenso universal que reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y de garantías, la satisfacción integral y simultánea de los mismos prevalentes e interdependientes (Protección Integral).

Tratándose de interpretación consultiva, como acontece con el referido Bloque de Constitucionalidad, los instrumentos internacionales, que no tienen la categoría de Tratados Internacionales deben ser considerados pautas de interpretación en materia de Derechos Humanos; sobre todo en el tema de las garantías procesales cuando se trata de establecer el alcance y la protección de éstos, son de utilización doctrinal, para interpretar el sentido y el alcance de las disposiciones constitucionales; y en la medida que traten sobre temas de derechos humanos ratificados por Colombia, pueden entenderse incorporados al Bloque de Constitucionalidad.

En sentido estricto, ninguno de esos documentos hace parte directamente del ‘Bloque de Constitucionalidad’ pues no son tratados de derechos humanos ni adquieren fuerza jurídica automática por el solo hecho de haber sido aprobados por la Asamblea General de la Organización de la Naciones Unidas, por cuanto las resoluciones o recomendaciones no son Tratados. Por ello sería un error invocarlos como si fueran en sí mismos un tratado o por sí mismos un texto vinculante, porque no lo son.

Estos instrumentos que no tienen la categoría de tratados internacionales pero tocan temas de derechos humanos y están referidos directamente al tema de la responsabilidad penal de niños y adolescentes, no son documentos irrelevantes para la valoración o interpretación de los derechos constitucionales en Colombia, y específicamente de las normas de procedimiento penal, (Reglas de

---

<sup>18</sup> Organización Internacional Del Trabajo, OIT. Convenio 182 1.999

Beijing, Reglas de La Habana, Reglas de Tokio y Directrices de Riad, etc.), por cuanto algunos de estos documentos han sido asimilados como complementarios en nuestra legislación como por ejemplo las Reglas de Beijing y las Directrices de Riad, en nuestro actual Código de Infancia y Adolescencia, adquiriendo un valor doctrinario y jurisprudencial aplicables a nuestro Sistema de responsabilidad penal Para Adolescentes.

Valorando esta óptica, encontramos que el tratamiento brindado a estos instrumentos internacionales por parte de la jurisprudencia nacional e internacional presenta un panorama a favor de su aplicación como referente de interpretación, aunque no expresen explícitamente su integración al Bloque de Constitucionalidad

#### **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.**

Constitución Política de Colombia Editorial Leyer 2.009

Código de la Infancia y Adolescencia Anotado, Eunice Salazar Sarmiento, Editorial Leyer.  
2009

EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES EN COLOMBIA. Antecedentes Legislativos Principios Fundamentales del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Héctor Heli Rojas. PONENCIA SEMINARIO INTERNACIONAL DE RESPONDSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES. ICBF. Bogotá Noviembre 2.009

RODRIGUEZ MARIN EFREN. El Código de la Infancia y la Adolescencia frente a los Tratados Internacionales y la Constitución. EDICIONES DOCTRINA Y LEY .Bogota.2.011

Gabriel Mario Mora Restrepo, DISSERTUM, Revista Facultad de Derecho Universidad de La Sabana # 4, año 2.000.

Pablo Manili, El Bloque de Constitucionalidad, Editorial La ley, año 2.003.

DELGADO LLANO LUIS FERNANDO. Módulo de Capacitación para jueces de  
Adolescentes y Fundamentos del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Escuela  
Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Resolución 40/33. 1985. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de  
Menores, “Reglas de Beijing”

Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil 45/112. Directrices de  
Riad.

EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES EN COLOMBIA. Enfoque de justicia  
restaurativa y su aplicación al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Hernando  
Torres Corredor. PONENCIA SEMINARIO INTERNACIONAL DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA  
ADOLESCENTES. ICBF. Bogotá Noviembre 2.009

Marshall, Tony (1999). Restorative Justice. An Overview, Home Office.

Lineamiento Técnico Administrativo para la Atención de Adolescentes en el Sistema de  
Responsabilidad Penal para Adolescentes–SRPA. ICBF, Subdirección de Responsabilidad Penal.  
Bogotá 2.010

JUAN CARLOS ARIAS LOPEZ. Bloque de Constitucionalidad en el Sistema de responsabilidad Penal para  
Adolescentes. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES. Gloria Lucia Sarmiento Santander.  
Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses Fiscalía General de la  
Nación. 2007.

Breve Estudio de la Nueva Ley de la Infancia y la Adolescencia, Mariela Vargas Prentt, REVISTA JUSTICIA  
# 11, 2.006

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia del 19/11/1.999

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-228/2.002

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, OIT. Convenio 182 1.999

# **CAMBIOS DEL SINDICALISMO EN COLOMBIA EN LAS ÚLTIMAS DOS DÉCADAS Y RETOS FRENTE A LA GLOBALIZACIÓN**

**ALEJANDRA DÍAZ VILLÁN**

**VILMA ALEJANDRA HINCAPIÉ URIBE**

## **INTRODUCCIÓN**

El sindicato es entendido y comprendido como una asociación libre y voluntaria de trabajadores, cuyo objeto se traduce en la defensa de los derechos laborales y la conquista de nuevos a través de pactos o convenciones<sup>19</sup>. Su fundamento radica en las necesidades de los trabajadores o la clase explotada. Por tal razón es observada como la expresión más legítima de la clase obrera y de su organización para mejorar sus condiciones.

Según Méndez (1970), de acuerdo a la ley 83 de 1931 en el inciso 2º del artículo 1, un sindicato es:

La asociación de trabajadores de una misma profesión, oficio o especialidad, o profesiones oficios o especialidades similares o conexas, constituida exclusivamente para el estudio, desarrollo y defensa de los intereses comunes de la profesión sin repartición de beneficios.

---

<sup>19</sup> La libertad para sindicalizarse se encuentra consagrado en el artículo 39 de la Constitución Política de 1991: Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución. La estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos. La cancelación o la suspensión de la personería jurídica sólo procede por vía judicial. Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión. No gozan del derecho de asociación sindical los miembros de la Fuerza Pública.

Como resultado, esta asociación representa en si misma los intereses de sus afiliados, cuyo fin es mejorar sus condiciones económicas y sociales a través de de previos acuerdos en consenso y de la negociación. Pero si no se llega a un acuerdo, el sindicato tiene la posibilidad de realizar una acción sindical de presión como la huelga. Actualmente, dicha libertad se considera como un derecho humano básico.

Es claro que la finalidad de esta organización es buscar el bienestar del trabajador, por lo cual cabe abordar con mayor precisión este aspecto. Entre los primeros objetivos de estas asociaciones profesionales se encuentra el de propiciar la fundación de grupos sociales a causa de las injusticias producidas por el capitalismo (Pedraza, 1996). Además lograr el equilibrio de las fuerzas socialistas y económicas, ya que a través del sindicato el trabajador tiene la oportunidad de construir una fuerza que lo sitúe en igualdad de posibilidades frente al empleador.

Entre sus facultades, de acuerdo con Pedraza (1996), el sindicato debe velar por el acatamiento de las leyes del trabajo o de la seguridad social, y ante una eventual infracción tiene el deber de denunciar para que así se apliquen las sanciones correspondientes. En juicio, ante cualquier autoridad u organismos, los sindicatos representan los intereses comunes o generales de los agremiados de la profesión respectiva, y exponer esos mismos intereses ante los jefes y terceros en el caso de que existan conflictos colectivos que no hayan podido resolverse por arreglo directo.

En una noción más actual, para Hernández (2004), el sindicato representa una institución de tipo gremial o de naturaleza profesional, que hace vigilancia constante del contrato de trabajo, la convención colectiva o el pacto colectivo<sup>20</sup>.

El sindicalismo en Colombia ha representado una institución jurídica con altibajos, glorias y derrotas. Desde el punto de vista social ha permitido la conquista de derechos y la garantía y el respeto de las normas legales además del mejoramiento de la calidad laboral y de vida de los trabajadores. Sin duda

---

<sup>20</sup> Aquí es menester aclarar que la convención colectiva y el pacto colectivo constituyen dos instituciones jurídicas diferentes. La primera hace referencia a los acuerdos entre empleador y trabajadores sindicalizados mientras que el segundo entre empleador y trabajadores no sindicalizados.

alguna, durante muchos años representó una fuerza social que tenía una relevancia en las decisiones de las organizaciones y el país. Sin embargo esta perspectiva o manera de ser visto se ha modificado radicalmente.

González (2000) explica que “el movimiento sindical es el más representativo de un sector social que ha sido estigmatizado, utilizado, confrontado y elevado a la categoría de gran aporte a la estabilidad social del país. En las décadas del intervencionismo estatal le fue reconocido su estatus de fuerza social necesaria para la concertación laboral. Pero en los últimos tiempos (...) se rompió un pacto que tuvo vigencia por varias décadas, pero el preaviso a los sindicatos no se hizo oportunamente, y ellos han perdido un tiempo precioso para responder a las nuevas exigencias”.

Es evidente que se han generado cambios radicales en las organizaciones sindicales. No sólo desde la perspectiva de las personas que son externos a estas organizaciones sino también desde la posición de aquellos trabajadores que las conforman. Por lo tanto, es necesaria una reconfiguración conceptual, epistémica y práctica del sindicalismo en Colombia pues parece ser que las circunstancias y características del entorno han variado (como producto de la globalización) pero estas se quedaron estáticas frente a los cambios sin ejercer acciones para su adaptación al medio.

Con el presente documento se pretende, en primera medida, hacer una revisión histórica del sindicalismo en Colombia en las dos últimas décadas, desde el punto de vista social, jurídico y político para comprender sus transformaciones, posteriormente realizar un análisis de lo que es la globalización y sus implicaciones para el sindicalismo, y finalmente, establecer algunos de los retos que tiene el sindicalismo en Colombia para sobrevivir y adaptarse a los cambios propios de la globalización.

La metodología utilizada para el desarrollo de este artículo de tipo descriptivo fue la recopilación de información inmersa en documentos y fuentes oficiales como revistas científicas especializadas en el tema, junto a la reflexión argumentada y respaldada de varios autores. Esta información ha sido sistematizada, interpretada y organizada de tal manera que permita dar un panorama del sindicalismo en Colombia en esta época.

## I. ACERCAMIENTO Y ANÁLISIS HISTÓRICO DEL SINDICALISMO EN COLOMBIA: SUS COMIENZOS Y CONSOLIDACIÓN

Para realizar un acercamiento de todo el proceso socio-histórico de evolución y desarrollo de los movimientos sindicales en Colombia, se ha dividido por espacio de tiempos con el fin de demostrar que existieron diversas tendencias marcadas por factores internos y externos al país la evolución de los sindicatos. En primera medida se expondrá lo relacionado con el periodo del siglo XIX y XX (años '30), posteriormente el periodo de los años '40 y '50, seguido de los años '60, 70 y '80, y, finalmente, los años '90 y el comienzo de nuevo siglo. Esto permite identificar en el panorama un conjunto de hechos, situaciones y decisiones que configuran la historia y da impulso a nuevos estados.

### **Primer Periodo: hasta los años '30**

Entrando al desarrollo de los movimientos sindicales en Colombia, en primer lugar, es preciso anotar que comúnmente se cree que los antecedentes del sindicalismo en Colombia, radica en las primeras expresiones de las asociaciones artesanales de la colonia; pero el antecedente principal no radica en estas, ya que el componente religioso representaba cierta falencia en los intereses por la seguridad social de la época. Por lo anterior se considera, según González (1975), que lo más cercano a los antecedentes sindicales radica en las sociedades artesanales del siglo XIX, que se caracterizaron por constituirse como un grupo de presión política, para convertirse en el apoyo popular que llevo al poder al liberalismo en la mitad del siglo; más tarde se desencantan del liberalismo como partido, por representar intereses contrarios a los suyos, expresados en la mentalidad de los comerciantes, librecambistas que mostraban los liberales al buscar como objetivo entrar en el mercado internacional, que se encontraba bajo la dominación de Inglaterra.

De este modo, a mediados del siglo XIX aparecerán los primeros sindicatos y los primeros líderes sindicales. Con el desarrollo de las industrias de la época, es decir, a finales del siglo XIX, también se iba configurando un nuevo orden basado en el capital que permitía la creación de grandes industrias y

organizaciones tanto nacionales como extranjeras, que llegaron para la explotación del petróleo, minerales y producción de banano (Hernández, 2004). En estos espacios socio-históricos, no sólo la explotación de los recursos se consolida a gran escala sino la de los trabajadores quienes se encontraban en situaciones precarias. Las brechas entre ricos y pobres se empiezan a abrir y el descontento aumenta entre los diferentes sectores de las clases sociales.

Según Hernández (2004), “el movimiento económico, el surgimiento de organizaciones laborales y los conflictos agrarios que se fueron generalizando, resquebrajaron cada vez más el sistema hacendario” aumentando el lucro de los poderosos y la mano de obra asalariada.

Cabe destacar en este espacio socio-histórico, uno de los hechos que es necesario mantener como parte de la memoria histórica del país y que constituye uno de los antecedentes de la lucha obrera: la Masacre de las Bananeras. Este hecho, casi que olvidado, en donde cerca de 3000 trabajadores de la United Fruit Company fueron muertos, lo describe el escritor colombiano García Márquez en su obra celebre *Cien años de soledad*:

José Arcadio Segundo no hablo mientras no termino de tomar el café.

- Debían ser como tres mil murmuro.

- ¿Qué?

- Los muertos – aclaro él -. Debían ser todos los que estaban en la estación.

La mujer lo midió con una mirada de lastima

- Aquí no ha habido muertos (...) desde los tiempos de tu tío el coronel, no ha pasado nada en Macondo.

En tres cocinas donde se detuvo José Arcadio Segundo antes de llegar a la casa le dijeron lo mismo “no hubo muertos”. Pasó por la plazoleta de la estación y vio las mesas de fritanga amontonadas una encima de otra y tampoco allí encontró rastro alguno de la masacre.

Y si bien es cierto, en 1918 ya algunos trabajadores de Cartagena, Barranquilla y Santa Marta habían llevado a cabo una huelga con éxito para la mejora de las condiciones salariales (Caicedo, 1917), en el caso de los trabajadores de Ciénaga, Magdalena en 1928, no fue el caso.

El contexto del país caracterizado por las tensiones, las divisiones siempre marcadas, las consecuencias de la I Guerra Mundial, la lucha a sangre de la clase obrera, nace en Colombia los primeros sindicatos con el fin de proteger los derechos de los trabajadores. A continuación se muestra en un cuadro el listado de los primeros sindicatos en Colombia:

**Tabla 1. Listado de los primeros sindicatos en Colombia**

<b>Sindicato</b>	<b>Año</b>
Sociedad de Artesanos de Sonsón	1909
Sindicato Agrícola de Fresno	1910
Sindicato Nacional de Obreras de la Aguja	1910
Sindicato Central Obrero	1917
Sindicato de Profesores y Maestros del Tolima	1918

Fuente: elaboración propia a partir de la información de Hernández (2004)

Escobar (1975) destaca el papel de las organizaciones creadas en Colombia a comienzos del siglo XX, pues es evidente como empezó a gestarse un poder que se iba involucrando poco a poco en la política: el “Sindicato Central Obrero [jugó] un papel notable por aquel tiempo en las luchas de los trabajadores, apoyando activamente luego, por influencia de su acción socialista moderada, al candidato presidencial del partido liberal en 1921, General Benjamín Herrera”.

Alrededor del tema de la formación de los sindicatos se destaca las transformaciones originadas en las decisiones políticas, las directrices económicas y financieras y la política exterior de países

intervencionistas. Por ejemplo, las exportaciones cafeteras ofrecieron el capital necesario para el desarrollo y consolidación de las redes de comunicación y la constitución de empresas manufactureras (Urrutia, 1980), y sin embargo, a pesar de su auge, se mantuvo una economía dirigida hacia el exterior y basada en la dependencia de los países desarrollados (Cárdenas, 1990). Todo el desarrollo y evolución de la economía de igual forma no logró mejorar la calidad de vida de los trabajadores. Por ello, surgían grupos obreros urbanos que se organizaban para mejorar sus condiciones.

Cuando se habla de sindicalismo en el ámbito colombiano, según Pecaut (1973), es necesario mencionar como preludeo el año de 1930, en donde el hecho de la crisis económica debilito no solo el ámbito monetario<sup>21</sup>, sino también el político y social; de las cuales se destacan las siguientes características generales:

1. El escaso desarrollo de la industria, en el momento de la crisis.
2. La capacidad reducida del estado para controlar tanto las inversiones internas, como las relaciones con la economía mundial.
3. La débil estructuración de un sistema político en el cual se expresa de manera dominante los intereses agrarios.
4. La ausencia de nuevas formas sociales.

Pero a pesar de hablar sobre los efectos de la crisis económica mundial, Pecaut (1973) menciona que la crisis es más de fondo del sistema oligárquico que no se halla en las nuevas formas sociales que surgieron, y en primer lugar radican en las consecuencias de los flujos repentinos de los capitales extranjeros que inicia en este periodo, que sin tener mucha expresión, lo que logra es romper con las estructuras del Estado y amenaza a los sectores agrarios que terminan por construir una verdadera base.

Avanzando en el periodo de los años 30, un hecho que cabe resaltar dentro de la primera administración de Alfonso López Pumarejo, es que se llevó a cabo una política orientada hacia la

---

<sup>21</sup> Este hecho tiene relación relevante con la Caída de la Bolsa de Valores de New York en 1929 (Crack de la economía).

asociación de las organizaciones sindicales existentes; como producto de la misma se daría origen en 1935 a la Confederación Sindical de Colombia (CSC) que, posteriormente se conocería como la Confederación de trabajadores de Colombia (CTC). A manera de síntesis, se puede afirmar que la presidencia del López Pumarejo abrió la vía hacia la consolidación de movimientos sindicales a través de espacios concertados. Sin embargo con la presidencia de Eduardo Santos, se limitó la organización sindical, poniendo frenos a los avances realizados en esta materia.

### **Segundo periodo: los años '40 y '50**

Como primer aspecto, es preciso exponer la fundación de la Unión de Trabajadores de Colombia (UTC) en el año de 1946 que tuvo como antesala la Ley 6 de 1945<sup>22</sup> (Oviedo, 2008) y el apoyo de la Iglesia Católica para hacer contrapeso a la influencia comunista sobre los trabajadores (Urrutia, 1976). Este movimiento tuvo una gran influencia en Antioquia y posteriormente a ella se adhirió otras organizaciones sindicales del país.

Ahora bien, en 1946 llega a la presidencia el conservador Mariano Ospina Pérez, el cual amplió la cobertura de la Ley 6ª respecto de los alcances de la Libertad de Asociación, disminuyendo la incidencia a la prohibición del *paralelismo sindical* para así reconocer jurídicamente a la nueva central, que se encontraba operando sin ser legalizada, recibiendo la UTC su Personería Jurídica (Oviedo, 2008).

Con el asesinato de Gaitán el 9 de abril de 1948, se agravó la atmosfera de odio y descontento cuando la Confederación de Artesanos y Campesinos (CTC) declaró un paro general y las masas de trabajadoras gaitanistas se unieron a él. Sin embargo, la CTC se encontraba muy debilitada por lo cual la huelga fue un fracaso y la opinión pública, como expone Urrutia (1976), aprobó la decisión del presidente de cancelar la personería jurídica de la federación. Otra causal de esta situación son las huelgas ilegales fomentadas por la CTC, y otros factores, que los empresarios lo usaron de excusa legal para romper los sindicatos existentes, por lo cual debían limitarse a realizar negociaciones pacíficas, pues si los sindicatos no se mantenían dentro de la ley, el gobierno autorizaba a los patronos a la

---

<sup>22</sup> Norma por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.

destrucción de éstos. Por lo tanto, gracias a estas limitaciones legales y a la nueva legislación sobre huelga y los sindicatos, se condujo al desarrollo de estos movimientos a otro tipo de sindicalismo.

No obstante dicho proceso fue lento durante el gobierno de Laureano Gómez, entre 1950 y 1953, y en menor medida durante el periodo de Gustavo Rojas Pinilla, pues el estado de sitio dificultaba la realización de huelgas dentro de la ley, y si se hacía fuera de ésta se castigaban con violencia y rapidez. Sumado a ello para elaborar reuniones sindicales se debían conseguir permisos, y con frecuencia asistían miembros de la policía o del ejército (Urrutia, 1976). Ente 1954 - 1955 Rojas Pinilla, intento crear un movimiento obrero que apoyara su iniciativa de crear un gobierno personal permanente, pero la mayoría de la UTC se negó. En el año '54, concedió a la Confederación Nacional de Trabajadores (CNT), por medios casi arbitrarios, la personería jurídica, el Ministro de Trabajo escribió las metas doctrinales y sus objetivos, aunque según expone Urrutia (1976), el CNT nunca obtuvo un poder real, por varios motivos, entre los cuales se encuentra el conflicto con la Iglesia Católica, y por consiguiente con la UTC.

Finalmente, cabe destacar que en 1957 la mayoría de las organizaciones obreras, en especial la UTC, participaron y promovieron en la huelga general que derrocó el gobierno de Gustavo Rojas Pinilla; esto refleja que el movimiento obrero había entendido que la democracia era el superior régimen dictatorial sin importar que este se declarara a favor de los trabajadores, lo cual difiere con otras experiencias latinoamericanas. Los movimientos decidieron rechazar alianzas con dictadores y andar por el camino de la democracia y las negociaciones colectivas.

### **Tercer periodo: los años '60, '70 y '80**

Para iniciar esta periodización es necesario, iniciar con el principal hecho que marca todo el periodo, y es el Frente Nacional, que aunque se empezó a gestar en 1957, manifestó sus primeros antecedentes en la renuncia de Rojas Pinilla a la presidencia, aunque como tal se inició en 1958, hay que tener en cuenta que fue un tratado entre los dos partidos tradicionales colombianos con el fin de repartirse el

poder y hacer de esto una estrategia en contra de la violencia ya generada, y en pro de un desarrollo económico para el país, se dio bajo los siguientes acuerdos:

1. Igualdad en el número de cargos que ocuparían tanto liberales como conservadores.
2. Alternar el periodo presidencial entre los dos candidatos por un periodo de dieciséis años.
3. Buscar acabar con el odio y el periodo de la violencia entre partidos.

Este periodo inicia con Alberto Lleras Camargo, elegido en 1958, quien comienza con la tarea de seguridad nacional con el fin de recuperar la paz, y aunque se prometía una buena gestión, se vio presente el fenómeno del desempleo, la migración campesina, y el surgimiento de los grupos insurgentes; por otro lado vale la pena destacar durante este mandato, la cooperación Norteamericana con el presidente Kennedy y su programa de alianza para el progreso (para erradicar miseria y falta de educación) (Cárdenas, 1990).

De acuerdo con Hernández (2004), en 1966, es electo como presidente Carlos Lleras Restrepo, cuyo principal objetivo era la modernización del Estado y nuevas políticas económicas; clara muestra de ellos es la inclusión de los campesinos en los proyectos, expresada en el reconocimiento de la ANUC, y se da el impulso a una nueva Reforma Agraria. Otro aspecto relevante es el nacimiento del Movimiento Obrero Independiente Revolucionario como un partido político de la clase obrera y cuyo objetivo se traduce en “dirigir la lucha de clases del proletariado colombiano por su emancipación definitiva, instaurar el socialismo en Colombia y realizar el comunismo” (Urrutia, 1976).

En cuanto a lo laboral se puede considerar que durante el periodo del Frente Nacional la lucha trabajadora alcanzó su pico más alto, expresado básicamente en la práctica de la Huelga<sup>23</sup>. Esta práctica se inicia formalmente en 1958 con la industria Croydon del Pacífico, que da comienzo a la suspensión de jornadas laborales y luego implementan la huelga de hambre para generar más impacto, pues era la primera vez que sucedía.

---

<sup>23</sup> Entendido como la suspensión colectiva, temporal y pacífica del trabajo, decretada por trabajadores de una empresa con propósitos económicos y profesionales; para que la huelga tenga reconocimiento legal, en general se deben observar previamente algunos requisitos ya establecidos en la legislación (Hernández, 2004).

Más Tarde en 1959, según Hernández (2004), se dieron las huelgas del sector azucarero (Manuelita, Riopaila) en el Valle del Cauca, demandando por mejores salarios conformando la Federación de Trabajadores del Valle (FEDETAV). En ese mismo año se da una politización del sector bancario enmarcando todo el periodo en constantes huelgas; dos años más tarde en la celebración del día del trabajador le 1º de mayo, se dieron masivas manifestaciones apoyando a la Revolución Cubana.

Con la llegada de Alfonso López Michelsen a la presidencia se aumentó más la tensión en cuanto a esto, con la huelga de los trabajadores de Ley, encabezada por mujeres que es de las primeras que es reprimida por la fuerza pública; por otro lado con el presidente Valencia se agudizo aún más la situación, ya que enfrento una gran crisis económica lo que lo obliga a devaluar el peso e incrementar los precios; y de alguna manera algunas de esas demandas fueron cumplidas.

En 1963 Cementos el Cairo se levanta, paralelo a las acusaciones que se le hicieron al gobierno por preferencias en el marco de las demandas trabajadoras, que dejaron como resultado un enfrentamiento entre fuerza pública y huelguistas dejando alrededor de 14 muertos y múltiples heridos, más tarde se convoca a la ayuda del gobierno norteamericano para erradicar los grupos guerrilleros iniciando por acabar con focos comunistas, lo que agudizo la situación de la huelga; paralelo a esto en enero de 1965, el ELN informa su toma al municipio de Simacota en Santander, en ese mismo año se convocó un paro nacional que nunca se llevó a cabo por negociaciones con el Gobierno (Hernández, 2004).

Durante el periodo que va desde 1966 hasta el año de 1974 la economía colombiana experimentó un desarrollo considerable expresado esto en el PIB y en el dinamismo del sector industrial, posteriormente en el periodo que va desde 1975 hasta 1979, la economía tuvo un ritmo de crecimiento menor, esto evidenciado en el hecho de que las cifras de crecimiento industrial se situaron por debajo del PIB. En el periodo que va desde 1980 a 1985, la cifra en la que se situaba el PIB descendió a 2.3%; a finales de la década de los ochenta el crecimiento a nivel económico mostro una recuperación, fenómeno que se vio frenado por el nivel alto de inflación y el aumento de la deuda

externa característica del final del gobierno de Barco (Hernández, 2004). Esto es una muestra de los ciclos económicos en el sistema capitalista<sup>24</sup>.

En el periodo que va desde 1978 a 1982 es cabeza del Estado colombiano Julio Cesar Turbay Ayala, quien mediante su política de apertura comercial, llevo a cabo una disminución de aranceles orientada hacia la ampliación de las exportaciones, a lo que se añadió la misión de las finanzas intergubernamentales basada en el informe “Bird-Wiesner”. La mayoría de los puntos que se consignaban en este documento fueron implementados durante la administración de Belisario Betancur desarrollada entre 1982 y 1986; durante este periodo además se desarrolló el Programa de ajuste económico con repercusiones en el salario real de los trabajadores que se vio reducido, ya que el exceso de demanda era considerado como la base de los desequilibrios a nivel externo. Por último en el gobierno de Virgilio, la política económica estuvo orientada hacia las exportaciones, la inversión extranjera y el fomento a la iniciativa privada.

Ahora bien, teniendo en cuenta el periodo de vigencia del gobierno de López Michelsen de 1974 a 1978, es necesario hacer referencia a que durante este periodo el gobierno se planteó la necesidad de reformar las relaciones entre el capital y el trabajo, resquebrajando el régimen de prestaciones y la estabilidad a nivel laboral a través del llamado “salario integral”, buscando en parte la eliminación de la retroactividad de las cesantías (Hernández, 2004).

Es importante destacar el apoyo al paro desarrollado el 14 de septiembre de 1977, que se da con la intervención a nivel de organización del Consejo Nacional Sindical conformado el 20 de Agosto de 1977 y que contaba el denominado “Pliego de las cuatro centrales obreras”, en donde las exigencias se

---

<sup>24</sup> El capitalismo tiene varios ciclos entendidos estos como fluctuaciones de la actividad global (toda la economía), caracterizada por la expansión (auge) o la contracción (recesión) simultánea de la producción en la mayoría de los sectores. Sus características están limitadas por la globalización. Sus cuatro ciclos son la crisis, la depresión, la reanimación y el auge. La **crisis** es la fase fundamental del ciclo y se distingue, ante todo, por el brusco descenso de las ventas, la abundancia de quiebras, la acentuada disminución de la producción, el incremento del paro forzoso (suspensiones y despidos), la rebaja de los salarios, y la reducción del comercio interior y exterior. La **depresión** es la segunda fase del ciclo y se caracteriza por el cese del desarrollo de la crisis, aunque se mantienen el estancamiento de la producción industrial, los bajos precios de las mercancías, la languidez del comercio y la baja cuota de ganancia. La **reanimación** es la fase durante la cual las empresas que han logrado mantenerse en pie, continúan renovando su capital fijo y proceden al ensanchamiento de la producción. El **auge** es la última fase del ciclo, donde se manifiesta la tendencia al incremento ilimitado de la producción (Mondragón Báez, 2009).

centraron en “el alza general de los salarios, además del congelamiento de las tarifas y precios , tierra para los campesinos, el levantamiento del estado de sitio, la derogatoria de los decretos de organización de los seguros sociales, la jornada de ocho horas y el salario básico para los trabajadores del transporte” (Sánchez, 2009). Frente a este paro desarrollado, la postura del gobierno fue la de tomarlo como ilegal y político, anunciándose el toque de queda por parte de López Michelsen.

Según Sánchez (2009), en lo que respecta al gobierno de Julio Cesar Turbay, desarrollado entre 1978 y 1982 se puede decir que la prioridad era el restablecimiento del orden público, a través de las medidas del estado de sitio, señalando la inconveniencia de la ruptura del orden lo que se podría relacionar con las protestas de carácter obrero.

Un aspecto importante de este periodo es el hecho de que a pesar de las diferencias ideológicas, se realizaron una serie de esfuerzos orientados hacia la integración del sector sindical; estos se dieron en medio de un ambiente más favorable, esto se explica en tres factores: el primero de ellos es el aumento en las luchas por parte de los trabajadores, en segundo lugar está el hecho de que la UTC y la CTC reconocieran la necesidad de la actividad política por parte del movimiento sindical y, por último, el crecimiento de la explotación y la pobreza en el marco de la crisis económica y social a lo que se añadió la reticencia por parte de los dueños hacia las demandas de la clase trabajadora.

De acuerdo con Hernández (2004), factores como el declive de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) en 1989, el despliegue de la denominada globalización neoliberal y a nivel nacional el proceso de transformaciones que termina con la formulación de la constitución de 1991, se consolidaron como elementos que cambiaron las perspectivas y escenarios para el movimiento popular y obrero puesto que la lucha se hizo significativamente más compleja, a lo que se agrega que durante el periodo en mención se da la monopolización por parte de una serie de grupos como el grupo cafetero, el grupo de Bogotá, el grupo Santo Domingo entre otros, del poder tanto político como económico del país.

**Cuarto periodo: los años '90 y el inicio del nuevo siglo**

El inicio de los sindicatos en Colombia como se observó fue una respuesta contra los abusos de la clase con poder y que intentaba modificar las largas jornadas de trabajo, los salarios precarios, el pago efectivo y la mejora de las condiciones en general del trabajo desempeñado por la clase obrera.

A través de los sindicatos, con sus luchas y demandas, se logró forjar un nuevo proyecto histórico de reivindicación de la clase obrera, en donde los trabajadores tenían una nueva posición frente a la actividad económica y las transformaciones políticas del momento: “ese salto entre la reivindicación económica y la posibilidad de construir otra sociedad, radicalmente distinta, marcó la mayoría de edad del movimiento obrero. Salto tensionado hoy por distintas concepciones sobre el papel de los sindicatos y especialmente por el papel histórico de los trabajadores” (Hernández, 2004).

Estas discusiones de vieja data y desde la izquierda, se trazaron propósitos y líneas de trabajo ya sea para influenciar o para domesticar las iniciativas sindicales. No pocas veces los sindicatos y demás asociaciones de trabajadores se vieron como obstáculos en el camino del progreso y la ganancia de los capitalistas, siendo objeto de represión y persecución.

Es a partir de los años '90 que se genera una crisis para el sindicalismo en Colombia. Históricamente coincide con la Caída del Muro de Berlín, así como el inicio del proceso de apertura económica para el país iniciado con el gobierno de Cesar Gaviria. En la actualidad, la tarea de reestructurar y reconstruir el movimiento obrero para que sea protagonista de primer orden en los procesos sociales y de transformación que tanto requiere el país, sigue siendo prioritaria; pero la violencia contra los líderes sindicales resulta una barrera en este objetivo. Hasta el año 2004 un informe del ministerio de la Protección Social señalaba que durante los 20 años anteriores más de 2500 líderes sindicales habían sido asesinados en el país, cifra que es alarmante y una clara violación a los Derechos Humanos. Es posible, en esta medida, que se trate de un verdadero caso de crímenes de lesa humanidad.

## **II. La globalización en el sindicalismo**

La tesis que se sostiene en el presente artículo crítico se resume en que los cambios estructurales que ha sufrido el sindicalismo en Colombia es producto del proceso de la globalización de acuerdo a la literatura revisada. Por tal motivo, es conveniente hacer algunas consideraciones acerca de lo que es la globalización y las características que la configuran para comprender que posibles implicaciones representan para el sindicalismo.

La globalización se ha presentado como un fenómeno que ha sacudido al globo dejando un nuevo esquema mundial transformando los ámbitos económico, político, social, comercial y cultural. Es la globalización, sin duda, un proceso el cual se ubica en la década de los años '90, cuando se disuelve el periodo caracterizado por el enfrentamiento de ideologías (capitalismo – comunismo) con la Caída del Muro de Berlín en 1989. Los promotores de todo el proceso de globalización (Fondo Monetario Internacional -FMI-, Banco Mundial y Organización Mundial del Comercio -OMC-) hicieron creer en su momento que su búsqueda era aumentar el bienestar de la población mundial (Acuña, 2003) y con el paso ya de dos décadas los resultados son nefastos para las comunidades excluidas trayendo pobreza, desigualdad y mayor inequidad en un contexto donde los Estados han cedido su soberanía para el beneficio de unos pocos. Por estos motivos sostenemos que la globalización si bien es un proceso no es un producto de la fuerza de la historia o impuesto por el pueblo sino un diseño que se gestaba ya desde la década de los '50, tiempos de la postguerra, para la formación de un nuevo orden mundial, sin importar los medios utilizados, y que permitiría aumentar el poder de algunos personajes con gran influencia económica (Martin, 2008). Se trató del trabajo de unos pocos para lograr gobernar todas las elites sin restricciones nacionalistas.

Por otro lado, existen opiniones más neutrales frente al proceso de la globalización pero que dejan entre sus líneas un conjunto de juicios que corroboran la tesis planteada en el anterior párrafo. Joseph Stiglitz, Premio Nobel de Economía de 2001, no describe la globalización ni como buena ni mala, pero si insiste en que todo el proceso abrumador no ha respetado el ritmo, las condiciones y características de cada país para su desarrollo (Acuña, 2003). Evidentemente, el proceso de globalización ha reducido el papel de los Estados, ha quebrantado parte de la soberanía de los pueblos, ha impuesto un modelo económico avasallador y ha afectado notablemente a cada nación desde lo más profundo. Por ello no

debe sorprender que los cambios en instituciones, organizaciones y entidades tengan su fuente en el proceso de globalización, que incita a la limitación de los derechos, el aumento del capital privado y la transformación moral y axiológica de los pueblos.

¿Hasta dónde se puede considerar la globalización un paradigma? Khun (2004) explica que un paradigma puede ser entendido como “realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica” y en este caso la globalización ha sido impuesta como el marco de comprensión e interpretación de los fenómenos. Ahora, ¿qué características compone la globalización y que determinan la manera de ver el mundo? Pues bien, la globalización está caracterizada por “los sistemas productivos y los mercados [que adquieren una] dimensión global, el Estado cede protagonismo y liderazgo a las empresas multinacionales; las nuevas tecnologías de la información, los transportes y las comunicaciones facilitan y refuerzan el funcionamiento y la interacción de las organizaciones (...) es un proceso que aumenta la competencia de los mercados [que implica continuos ajustes a los sistemas productivos]” (Vázquez-Barquero). De este modo la fuerza que se le busca imprimirá a la clase obrera a través de los sindicatos, de tal manera que haga contrapeso al poder de los empleadores, los dueños de los medios y los propietarios del capital, se ven beneficiados por políticas que provienen del mismo proceso de globalización.

De la misma manera se expresa Boisier (2005) sobre la globalización quien estima que esta conduce a “importantes cambios en la geografía de la producción” en los diversos sectores económicos, así como en las tecnologías y las innovaciones. Sin embargo, para autores como Mejía (2006) la globalización también tiene un impacto en el concepto de la ciudadanía, enmarcándolo en el consumismo en masa y en la fragmentación del vínculo del sujeto con la sociedad. También considera que procesos propios de la reproducción cultural como lo es la educación también es modificada a través de: a) la estrechez de la comprensión de lo educativo; b) el desarrollo de competencias individuales; c) intensificación de la teoría de capital; d) el nuevo rol de la escuela para los fines de globalización en torno a la producción.

Con ello se está intentando explicar cómo el proceso de la globalización incide en cada uno de los panoramas y ámbitos del hombre, en donde su comprensión se ve modificada y su libertad limitada en la medida que no satisface el interés de algunos pocos. Por ejemplo al observar la tasa de sindicalización en Colombia se identifica como se llegó a una tasa de sindicalización hasta el 13% en los años '60 y como ya para el '90 caía al 6% para llegar al 2002 a un 5% aproximadamente (Cuesta, 2005). En el 2003 la tasa se situó en 4,26% (Informe del Ministerio de la protección Social). De la misma manera la tendencia es igual en América Latina y Europa Occidental (Johnson, 2005; Boeri y Calmfors, 2001 citados por Cuesta, 2005).

Hay otros factores que explican la caída de la tasa de sindicalización en Colombia. Por un lado está que la afiliación sindical no trae más beneficios que los que adquiere otro trabajador que no es sindicalizado (Lora y Henao, 1995) además de la falta de representación política real, la reestructuración de la empresa privada, el declive de la negociación colectiva, la pérdida de poder de convocatoria de la izquierda, la violencia y la imagen de los sindicatos (Delgado, 2005).

**Grafico 1.** Evolución de la tasa de Sindicalización en Colombia, 1947-2002



**Fuente:** Cuesta, 2005

Es necesario plantearse un proceso que lleve a comprender los cambios ocurridos en la realidad colombiana producto de la globalización, y con ello transformar las prácticas tradicionales que han hecho crisis, construir una hegemonía obrera con propuestas de cara al país que conduzca a estas organizaciones a que hagan parte del proceso de globalización actual. Para esto es necesario, según Echavarría (2000):

- a) Construir una nueva perspectiva histórica que agrupe las necesidades y los llamados de todos los sectores populares.
- b) Recuperar la iniciativa política, en donde se pueda llamar a las clases a organizarse con verdadera capacidad de representación.
- c) Enfrentar a la ofensiva neoliberal, a través de una actuación dinámica en el campo socio-económico.
- d) Lograr la interacción entre diferentes actores sociales y crear un modelo democrático de desarrollo.
- e) Recuperar las formas de lucha como la huelga desde una postura crítica y justa.

## **CONCLUSIONES**

En cuanto a la reseña histórica respectiva al sindicalismo colombiano, es de destacar el periodo de la administración de Alfonso López Pumarejo y su proyecto político de la “Revolución en marcha”, dentro de la cual se generan reformas laborales orientadas hacia el mejoramiento de las condiciones laborales del trabajador en Colombia, acompañados de un esfuerzo por legitimar las luchas obreras.

En segunda instancia, es importante destacar el surgimiento de la UTC, como parte de la Iglesia Católica para contrapesar la creciente influencia del comunismo entre las clases trabajadoras. Paralelo a esto se puede establecer que los comienzos del frente nacional trajeron consigo un aumento, en lo que respecta a las luchas sociales, obreras estudiantiles y populares, esto se hace evidente en las

manifestaciones de resistencia y lucha de clases, dado el hecho de que la baja en la calidad de vida de la mayoría de la sociedad, permite al movimiento obrero generar un objetivo que sea la base de la lucha.

Importante señalar que los cambios en la estructura, estrategias y políticas del desarrollo económico se relacionan directamente con el sitio que ocupa el país dentro de la economía internacional, a los que se agrega como factor relevante la respuesta de la clase trabajadora a dichos cambios.

En materia de globalización, junto a sus grandes beneficios, Colombia se encuentra bastante lejos de alcanzarla, aunque le correspondió absorber un duro choque recesivo: la crisis internacional de 1998-1999 encontró a la economía en profundo desequilibrio macroeconómico. Otros elementos nocivos de la globalización, como el tráfico de drogas y de armas, han perjudicado notablemente a la nación y a su economía.

El entorno de los años noventa ha sido dominado por una expansión del poder público a costa del poder privado que ha paralizado la extensión de la economía al resto del mundo con base en sus exportaciones. El endeudamiento público, especialmente en la última década, ha sido un factor adicional devaluatorio del peso y por lo tanto desincentivador de las exportaciones no tradicionales.

La situación de orden público hace difícil atraer nuevos capitales extranjeros y aún nacionales. El desajuste fiscal está comenzando a subsanarse pero faltarán varios años de austeridad para lograr este propósito, fundamental para poder participar en las corrientes internacionales de capital.

De gran envergadura son las dificultades que en la actualidad sondean los grupos sindicalizados del país. El panorama político pone en una encrucijada de acción a los trabajadores asociados generando una desintegración de directrices por un lado y la búsqueda de intereses particulares en otra:

Es cierto que vuelven a darse duras condiciones de vida y trabajo, que van a exigir una nueva actuación solidaria de los trabajadores, en el marco de estructuras estables como las sindicales, si no quieren perder lo mucho conseguido. Pero es igualmente cierto que el sindicalismo, en

especial el más transformador, el que se enfrenta directamente al sistema, ha perdido fuerza, y que el sindicalismo de negociación nunca va a ser capaz de hacer valer el interés de la mayoría trabajadora frente a los intereses de empresarios y Gobiernos. El camino pasa, por tanto, por la recuperación de modelos de enfrentamiento y elevada participación, de movilizaciones y luchas contundentes, sin olvidar la permanente labor de la negociación cotidiana, para mejorar las condiciones de trabajo y vida. (Díaz-Salazar, 1991).

## BIBLIOGRAFÍA

Acuña Calderón, Fabián Ricardo (2003); El malestar en la globalización. En: Innovar, Vol.13 (21). ISSN 0121-5051 Artículo completo en:

[http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-50512003000100017&script=sci\\_arttext&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-50512003000100017&script=sci_arttext&tlng=es)

Caicedo, Edgar. (1971). Historia de las luchas sindicales en Colombia. Editorial Ceic, Bogotá.

Cárdenas, miguel. (1990). El Sindicalismo en Colombia, situación y perspectivas. FESCOL, Bogotá.

Cuesta, Laura. (2005). Impacto de los sindicatos en Colombia: ¿mayores salarios y más desigualdad? Revista Desarrollo y Sociedad, ISSN 1900-7760.

Delgado, A. (2005). Reflexiones sobre la crisis del sindicalismo colombiano. Mimeo.

Díaz-Salazar R. (1991); ¿Todavía la clase obrera?, Madrid: HOAC.

Echavarría, Juan. (2000). Colombia en la década de los noventa: neoliberalismo y reformas estructurales en el trópico. Coyuntura Económica, Vol. 30.

Escobar, Ignacio. (1975). Los Conflictos Colectivos de Trabajo en Colombia. Editorial Temis, Bogotá.

García Márquez, Gabriel (2009); Cien años de soledad. Bogotá: Norma.

González, Fernán. (1975). Pasado y presente del sindicalismo en Colombia”, Centro de investigación y acción social –CIAS, Bogotá.

González, Libardo. (2000). El sindicalismo y la globalización: ¿demasiados viejos para los nuevos tiempos?. Nómadas, No 12, p.p. 172-179.

Hernández, Francisco. (2004). Sindicalismo en Colombia, Implicaciones sociales y políticas. Tesis. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá.

Instituto Nacional Sindica. (2005).Seminarios preparatorios V Congreso CUT.

Khun, Thomas S. (2004); La estructura de las revoluciones científicas. Octava Edición. México: Fondo de Cultura Económica.

Martin, Cristina (2008); El Club Bilderberg: los amos del mundo. Barcelona: Arcopress.

Mejía Jiménez, Marco Raúl (2006); Globalización y Educación. En: Educación(es) en la globalización(es) I, Entre el pensamiento único y la nueva crítica. Bogotá: Ediciones desde abajo. p.p. 83-174.

Méndez, Nina. (1970). Breve estudio de los sindicatos. Tesis. Universidad nacional, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Mondragón Baez, Héctor (2009); Los Ciclos Económicos en el Capitalismo. Bogotá: Ediciones Aurora.

Lora, E., y Henao, M. (1995). Efectos económicos y sociales de la legislación laboral. Coyuntura Social. Fedesarrollo.

Pedraza, Dolly. (1996). Constitución de sindicatos. Jurisprudencia y Doctrina. Vol 25, p p. 244-247.

Ocampo, José (2001). Una apuesta al futuro económico de Colombia. Libros de Cambio, Bogotá.

Oviedo, Álvaro. (2008). Ideología política y sindicalismo en Colombia, 1944-1946. Inicios de la ofensiva contra el llamado sindicalismo político. Grupo Movimientos Sociales y Memoria Colectiva, Facultad de Ciencias Sociales, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.

Pecaut, Daniel. (1973). Política y sindicalismo en Colombia. Editorial La Carretera, Bogotá.

Periódico Portafolio, 31 de Julio de 2003. Informe de las Centrales Sindicales Colombianas a la 93 Conferencia Internacional del Trabajo.

Rosado, Juan. (2005). El sindicalismo colombiano: actor social en medio de la guerra, y el temor a la libertad. Colección Grupos de trabajo CLACSO, 224 p. Argentina.

Sánchez, Ricardo. (2009). ¡Huelga! Luchas de la clase trabajadora en Colombia, 1975-1981. Universidad Nacional de Colombia, pp.367.

Urrutia, Miguel. (1976). Historia del sindicalismo en Colombia. Editorial La Carreta, Universidad de los Andes, Medellín.

Urrutia, Miguel. (1980). El Desarrollo del Movimiento Sindical y la Situación de la Clase Obrera. Manual de Historia de Colombia, Tomo III, Ediciones del Instituto Colombiano de Cultura.

Vázquez-Barquero, Antonio (2000); Desarrollo endógeno y globalización. En: Eure, Vol. XXVI (79). ISSN 0251 – 7161

# LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA VIGILANCIA Y CONTROL DE LOS RECURSOS PÚBLICOS EN EL MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA, AÑOS 2008-2011.

JUDITH PATRICIA BECERRA YÁÑEZ

YAJAIRA SOFÍA PRIETO ROSAS

SONIA YURLEY RUÍZ RIVEROS

**RESUMEN** Uno de los espacios de participación ciudadana con que cuentan los ciudadanos en Colombia, es la rendición de cuentas de la administración pública, la cual permite la interlocución entre los servidores públicos y la ciudadanía, generando a su vez transparencia y confianza entre gobernantes y gobernados, y garantizando el ejercicio del control y vigilancia a los recursos públicos.

Sin embargo, son muy pocas las personas que se interesan por conocer cómo avanzan las obras, proyectos y la inversión de los recursos de los entes territoriales (Alcaldías y Gobernaciones). Esta escasa participación se debe a múltiples factores, especialmente a la poca difusión que sobre las audiencias de rendición de cuentas se realiza, y otras causas como la apatía y el desinterés de los ciudadanos por los asuntos públicos.

Este espacio de participación ciudadana debe ser fortalecido con miras a integrar la administración pública con los ciudadanos, y así garantizar el control social y fiscal de los recursos públicos.

*Palabras clave: Rendición de cuentas, participación ciudadana, recursos públicos, vigilancia fiscal, audiencias públicas.*

**ABSTRACT** One of the opportunities for citizen participation that citizens have in Colombia, is the accountability of public administration, which allows communication between public servants and

citizens, in turn generating transparency and trust between rulers and ruled, and ensuring the exercise of control and surveillance to public resources.

However, very few people interested in learning as work progresses, investment projects and resources of local authorities (mayors and governors). This low participation is due to many factors, especially the little diffusion hearings on accountability is performed, and other causes such as apathy and disinterest of citizens in public affairs.

This space for citizen participation should be strengthened in order to integrate public administration to citizens, and to guarantee social and fiscal control of public resources.

Keywords: Accountability, participation, public resources, fiscal surveillance, public hearings.

## **INTRODUCCIÓN**

En Colombia la democracia participativa fue establecida con la Constitución Política de 1991, esta Carta Política incorpora una serie de mecanismos de participación ciudadana que permiten la intervención ciudadana en ciertas decisiones públicas, los cuales posteriormente han sido regulados por medio de diferentes leyes, permitiendo así fortalecer esa interacción gobierno – ciudadanía.

La Constitución Política de Colombia establece el derecho a la participación ciudadana. En tal sentido es deber de la administración rendir cuentas ante la ciudadanía como una estrategia de transparencia en la Gestión Pública que busca fortalecer los lazos de interacción con los ciudadanos. (MEN, 2012).

Es así como las audiencias públicas de rendición de cuentas a la ciudadanía fueron establecidas desde el año 1998 en el artículo 32 de la ley 489 de 1998, como una de las "acciones necesarias para involucrar a los ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil en la formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública".

La misma Ley 489 de 1998 en su Artículo 33 establece que: “cuando la administración lo considere conveniente y oportuno se podrá convocar audiencias públicas en las cuales se discutirán aspectos relacionados con la formulación, ejecución o evaluación de políticas y programas a cargo de la entidad y, en especial, cuando esté de por medio la afectación de derechos o intereses colectivos”; sin embargo, las administraciones, han entendido que la rendición de cuentas se cumple con una reunión pública (audiencia) que se realiza una sola vez al año.

Por todo lo anterior conviene examinar el grado de participación ciudadana en la vigilancia y control de los recursos públicos en el Municipio de San José de Cúcuta, en los años 2008-2011.

## **1. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA VIGILANCIA Y CONTROL DE LOS RECURSOS PÚBLICOS EN EL MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA, AÑOS 2008-2011**

En Colombia, a partir de 1991 con la expedición de la Constitución Política, se han ampliado los espacios de intervención de los ciudadanos, dando a todas las personas la posibilidad de participar e intervenir activamente en el control de la gestión pública a través de diferentes mecanismos encaminados a que todos coadyuvemos en la administración del Estado, a fin de garantizar una gestión más eficiente, eficaz, efectiva y transparente.

La participación ciudadana en la vigilancia y control de los recursos públicos, puede ser ejercida en Colombia, por cualquier ciudadano, y uno de los espacios más importantes establecidos para que se logre este propósito son las audiencias de rendición de cuentas, a través de las cuales la ciudadanía en general puede conocer sobre la inversión de los recursos, los proyectos desarrollados, las obras ejecutadas, las metas alcanzadas en relación con el plan de desarrollo, y la gestión realizada en ejercicio del poder que les ha sido delegado.

El Departamento Nacional de Planeación (2007), en su publicación “Cartilla para tejer una rendición de cuentas que cuente con la gente”, define la rendición de cuentas, como: *“una práctica social y política de interlocución entre los gobiernos, la ciudadanía y sus organizaciones con la finalidad de*

*generar transparencia, condiciones de confianza entre ciudadanos y gobernantes, y fortalecer el ejercicio del control social a la administración pública.*

*Para hacer posible lo anterior, la administración pública debe garantizar la información, los espacios de interlocución y los mecanismos, para que la ciudadanía y sus organizaciones puedan evaluar, vigilar la gestión pública, construir opinión y hacer propuestas para mejorar el desempeño integral de la administración.*

*Además, para las autoridades públicas, la rendición de cuentas implica responsabilidad del poder y debe entenderse como un proceso político mediante el cual los gobernantes informan, explican, responden y están dispuestos a recibir sanciones con el fin de generar gobernabilidad". (DNP, 2007).*

Por su parte el Ministerio de Educación Nacional (2007), en su Guía "Orientaciones para la Rendición de Cuentas en el Sector Educativo", define la rendición de cuentas, como: *"el proceso en el cual las administraciones públicas del orden Nacional y Territorial y los servidores públicos comunican, explican y argumentan sus acciones a la sociedad. La conforma el conjunto de acciones planificadas y su puesta en marcha por las instituciones del Estado con el objeto de informar a la sociedad acerca de las acciones y resultados producto de su gestión y permite recibir aportes de los ciudadanos para mejorar su desempeño". (MEN, 2007).*

De igual manera, en las Memorias Seminario Internacional de Rendición de Cuentas y Control Ciudadano en las Entidades Territoriales, realizado en Bogotá D.C. abril 12 y 13 de 2007, y publicadas por el Departamento Nacional de Planeación, se definió la rendición de cuentas como: *"un proceso de "doble vía" en el cual los servidores del Estado tienen la obligación de informar y responder por su gestión, y la ciudadanía tiene el derecho a ser informada y pedir explicaciones sobre las acciones adelantadas por la administración". (Porrás, 2007).*

Asimismo, en la publicación "El Control Social a la Gestión Pública", del Departamento Administrativo de la Función Pública (2005), se define la rendición de cuentas como *"un espacio de interlocución entre*

*los servidores públicos y la ciudadanía, el cual tiene como finalidad generar transparencia, condiciones de confianza entre gobernantes y ciudadanos y garantizar el ejercicio del control social a la administración, sirviendo además de insumo para ajustar proyectos y planes de acción para su realización". (DAFP, 2005).*

La Procuraduría General de la Nación, en su oficio No. No. IUS-2009-79085 (2009), señala que *"la rendición de cuentas social implica una exigencia de responsabilidad por lo que se hace y la responsabilidad ante los ojos de quienes nos hacemos responsables". Es decir, es el deber que tienen las autoridades de la administración pública de responder públicamente, ante las exigencias que realice la ciudadanía, por los recursos, las decisiones y la gestión realizada en ejercicio del poder que les ha sido delegado. (PGN, 2009).*

Todos los conceptos dados anteriormente, permiten definir la rendición de cuentas, como un proceso donde se integran la Administración y los ciudadanos a fin de que, el primero de a conocer el avance en la ejecución del plan de desarrollo trazado y como se han invertido los recursos, y los segundos, puedan ejercer un control y vigilancia sobre la inversión de los mismos, y el avance de las obras, programas y proyectos.

En otras palabras, una rendición de cuentas es entregar a los ciudadanos una información clara y precisa sobre la forma la Administración invierte sus recursos y alcanza las metas propuestas.

En estos ejercicios de rendición de cuentas, pueden participar tanto los ciudadanos, como otros grupos interesados (contratistas, proveedores, juntas de acción comunal, asociaciones, veedurías, entre otros), que deseen conocer la gestión de las entidades públicas y sus resultados, lo cual a su vez genera a las Administraciones mayor transparencia, y a los ciudadanos mayor credibilidad en el Gobierno.

Con base en la normatividad vigente en Colombia, es obligación de los funcionarios públicos informar y responder sobre su gestión, y por su parte la ciudadanía tiene derecho a ser informada y a solicitar explicaciones sobre las acciones y decisiones de la Administración.

La rendición de cuentas ha sido entendida por muchos mandatarios, como una reunión pública que debe realizarse una vez al año, y donde el Alcalde o Gobernador presenta el balance de su gestión (avances, logros y metas alcanzadas con base en el Plan de Desarrollo y los recursos invertidos); lo cual hacen mediante una audiencia en la que se presenta un informe; sin embargo, este ejercicio así planteado no reúne los requisitos para que sea un verdadero mecanismo de control y vigilancia a los recursos públicos. Además, la Ley 489 de 1998 en su Artículo 33 establece que: “cuando la administración lo considere conveniente y oportuno se podrá convocar audiencias públicas en las cuales se discutirán aspectos relacionados con la formulación, ejecución o evaluación de políticas y programas a cargo de la entidad y, en especial, cuando esté de por medio la afectación de derechos o intereses colectivos”; es decir estas pueden realizarse de una manera más periódica, cada 3 o 4 meses, o por lo menos dos en el año.

Debe concebirse la audiencia pública, como uno de los espacios para la rendición de cuentas, de encuentro y reflexión final sobre los resultados de la gestión de un periodo, en el cual se resumen los temas cruciales, pero para la cual debe informarse por diversos medios a la ciudadanía sobre los temas que allí serán abordados, los avances del Plan de Desarrollo y por supuesto como se ha realizado la inversión de los recursos en esa vigencia.

El proceso de rendición de cuentas, implica:

- Informar los avances de los programas y proyectos establecidos en el Plan de Desarrollo.
- Entregar a la ciudadanía la información relacionada con la inversión de los recursos públicos, de una manera oportuna, sencilla y veraz.
- Integrar a los ciudadanos para que se interesen, conozcan y participen de los asuntos públicos.
- Responder o aclarar todas las dudas o preguntas que tengan los ciudadanos con respecto al avance de los programas o proyectos y la inversión de los recursos públicos.

### **1.1. El desarrollo de los ejercicios de rendición de cuentas y las garantías existentes para que participen los ciudadanos.**

El concepto de rendición de cuentas en el Estado colombiano ha sido incorporado desde la aparición de la Constitución Política en el año 1991, mediante la formulación de directrices y normativa nacional.

Con fundamento en los mandatos constitucionales hay normas que ordenan a las entidades responder ante los ciudadanos por las obligaciones asignadas, las cuales serán presentadas en su respectivo orden cronológico.

Se inicia este recorrido normativo con la Constitución Política de Colombia de 1991, que establece que: *"La ley organizará las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados."* (Artículo 270 C.P.C.).

Seguidamente en el año 1994 surge la Ley 136, por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, en la cual se estipula que: *"Una de las funciones de los alcaldes con relación a la Ciudadanía es: 2. Convocar por lo menos dos veces al año a ediles, a las organizaciones sociales y veedurías ciudadanas, para presentar los informes de gestión y de los más importantes proyectos que serán desarrollados por la administración"*. (Artículo 91, literal E, numeral 2 – Ley 136 de 1994).

Posteriormente se expide la Ley 489 de 1998, por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, la cual fue modificada por la Ley 1474 de 2011, la cual estipula que: *"Todas las entidades y organismos de la Administración Pública tienen la obligación de desarrollar su gestión acorde con los principios de democracia participativa y democratización de la gestión pública. Para ello podrán realizar todas las acciones necesarias con el objeto de involucrar a los ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil en la formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública."*

*Entre otras podrán realizar las siguientes acciones:*

*a) Convocar a audiencias públicas; (...)*

*En todo caso, las entidades señaladas en este artículo tendrán que rendir cuentas de manera permanente a la ciudadanía, bajo los lineamientos de metodología y contenidos mínimos establecidos por el Gobierno Nacional, los cuales serán formulados por la Comisión Interinstitucional para la Implementación de la Política de rendición de cuentas creada por el CONPES 3654 de 2010. (Artículo 78 - Ley 1474 de 2011).*

*Así mismo, esta Ley establece que: “Cuando la administración lo considere conveniente y oportuno, se podrán convocar a audiencias públicas en las cuales se discutirán aspectos relacionados con la formulación, ejecución o evaluación de políticas y programas a cargo de la entidad, y en especial cuando esté de por medio la afectación de derechos o intereses colectivos.*

*Las comunidades y las organizaciones podrán solicitar la realización de audiencias públicas, sin que la solicitud o las conclusiones de las audiencias tengan carácter vinculante para la administración. En todo caso, se explicarán a dichas organizaciones las razones de la decisión adoptada.*

*En el acto de convocatoria a la audiencia, la institución respectiva definirá la metodología que será utilizada”. (Artículo 33 - Ley 489 de 1998).*

Luego en el año 2005, surge la Ley 962, por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos, la cual establece que: *“Todos los organismos y entidades de la Administración Pública deberán tener a disposición del público, a través de medios impresos o electrónicos de que dispongan, o por medio telefónico o por correo, información actualizada sobre: Normas básicas que determinan su competencia, funciones y servicios;*

*trámites y actuaciones para que el ciudadano adelante su labor de evaluación de la gestión pública y así intervenir en forma argumentada en los procesos de rendición de cuentas”. (Artículo 8 – Ley 962 de 2005).*

Finalmente, se expide en el año 2010, el documento Conpes 3654, por medio del cual se establece la política de rendición de cuentas de la rama ejecutiva a los ciudadanos, En este documento se presentan los lineamientos de política para consolidar la rendición de cuentas como un proceso permanente entre la rama ejecutiva y los ciudadanos.

La normatividad mencionada anteriormente, permite evidenciar que la participación ciudadana en la vigilancia y control de los recursos públicos, está plenamente desarrollada por diferentes leyes, que van desde la Constitución Política de 1991, con lo cual se brindan garantías para que los ciudadanos participen en los ejercicios de rendición de cuentas que desarrolla la Administración Pública, acudiendo a las audiencias públicas y participando activamente de estos ejercicios, en los cuales se dan a conocer los avances de los planes de desarrollo y como se han ejecutado los recursos de cada vigencia presupuestal.

## **1.2 Importancia de la participación ciudadana en la vigilancia y control de los recursos públicos.**

La importancia de la rendición de cuentas se refleja en la siguiente afirmación, hecha por Rosas (2005), en su publicación “La rendición de cuentas con responsabilidad y transparencia”: en la cual dice que: *“El principio de informar a quienes tienen que conocer la ejecución y el desempeño de las funciones gubernamentales representa una de la más importantes responsabilidades que todo oficial de gobierno o servidor de una entidad estatal debe llevar a cabo, ya que lleva consigo de manera intrínseca, la confiabilidad en la estructura del Estado y la fortaleza de sus instituciones.*

*Lo anterior tiene que ver con otro concepto no menos importante como es el de transparencia, el cual se refiere a “todo aquel acto cuyo motivo, propósito y resultado no deja margen alguno a la suspicacia,*

*al entredicho y al cuestionamiento, por el contrario, una vez ejecutado, se evalúa inmediatamente la eficacia de sus resultados”.*

La relevancia de este proceso radica en que contribuye a fortalecer la democracia, incentivar la buena gestión, identificar áreas de mejoramiento, generar debate sobre los resultados de la administración, crear compromiso ciudadano e identificar aspectos para el apoyo y cooperación basados en la evidencia, entre otros.

El DNP (2007) en su “Guía para la Rendición de cuentas con base en los resultados del desempeño integral municipal”, establece porque es importante rendir cuentas:

- *“Fortalece la democracia y el sentido de lo público como responsabilidad de todos.*
- *Recupera la legitimidad de las instituciones del Estado y aumenta su gobernabilidad.*
- *Contribuye al desarrollo de los principios constitucionales de transparencia, responsabilidad, eficacia, eficiencia, imparcialidad y participación ciudadana en el manejo de los recursos públicos.*
- *Constituye espacios de interlocución para acercar el gobierno y sus instituciones a la ciudadanía y sus organizaciones para generar confianza.*
- *Facilita el ejercicio del control social.*
- *Se mejora el proceso de comunicación de doble vía (es la obligación que tienen los funcionarios de informar y responder por su gestión, y el derecho de la ciudadanía para ser informada y pedir explicaciones sobre la acciones adelantadas por la Administración)”.*

La rendición de cuentas tiene ventajas para el gobierno y ventajas para la comunidad; para el gobierno tiene la posibilidad de tener al día su comunicación y tener la posibilidad de defenderse. Para la comunidad existe la posibilidad de exponer las dudas, de saber en qué se invierten sus recursos, de saber cómo se invierten, de saber dónde los invierte, porque en los municipios mucha gente no sabe lo que se hace en una comuna, una vereda y lo que se hace en otra, apenas conoce lo que se hace en su barrio pero no conoce lo que se hace en las demás.

Esto es muy importante porque la gente tiene que tener una idea global de lo que está haciendo un gobierno no solo una idea parcializada, ese es el otro defecto que tiene la administración pública, la comunidad tiene una información parcializada y no tiene una idea global y esta es una de las grandes ventajas de la rendición de cuentas donde de manera integral y de manera conjunta se le explica a la comunidad lo que se ha venido haciendo.

### **1.3 Balance de los ejercicios de rendición de cuentas realizados en el período 2008-2011 por parte de la Alcaldía de San José de Cúcuta.**

La primera audiencia de rendición pública de cuentas de la gestión desarrollada en el año 2008 por la Administración Municipal período 2008 – 2011, presidida por la Alcaldesa María Eugenia Riascos Rodríguez, se celebró el 27 de marzo de 2009, en las instalaciones del Teatro Zulima.

Este ejercicio de rendición de cuentas, fue fundamentado en la presentación de un informe de cuánto gastó, qué dinero ingresó al fisco municipal y qué se gestionó en el gobierno central, en la vigencia 2008.

Además de la participación de la ciudadanía en general, esta actividad contó con el acompañamiento del Instituto Republicano Internacional (IRI), el Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción y la Federación Colombiana de Municipios, el Contralor Municipal, los Concejales, vocales de control, líderes comunales, estudiantes, asociaciones de la tercera edad y madres jefas de hogar, asistiendo en total un promedio 810 personas.

Los gremios, asociaciones y ciudadanos en general presentaron un total de ocho (8) preguntas que fueron allegadas a través de internet y de manera personal a la Alcaldía de San José de Cúcuta, con antelación a la realización de la audiencia, estas fueron enfocadas a los temas de educación, vivienda, vías, ventas ambulantes, presencia en el área rural de los programas de equidad de género, deuda pública y el programa de dignificación de líderes.

Seguidamente se le dio la posibilidad de intervenir públicamente a los asistentes, ante lo cual se presentaron 33 intervenciones, las cuales en su mayoría las realizaron los presidentes de las Juntas de Acción Comunal, asociaciones de mujeres, y de la tercera edad, y representantes de los jóvenes.

Se pudo evidenciar en esta audiencia que uno de los logros financieros de la actual Administración Municipal corresponde al aumento del recaudo de impuesto en el 2008 en lo relacionado con predial, valorización, industria y comercio en donde la ciudadanía le respondió con su pago a la gestión de la Alcaldesa. Se alcanzó entonces un crecimiento de \$20.000 millones, y se logró una disminución de \$40.000 millones en los gastos.

Además, se informó por parte de la Alcaldesa, que este primer año de gobierno lo enfocó al trabajo social, económico, ambiental y de gestión pública, destacando el proceso de descentralización del Sisben, el desarrollo de programas con jóvenes, la ampliación de cobertura para el programa presidencial de Familias en Acción.

En el campo educativo se destacó la ampliación de 12.970 cupos escolares subsidiados, 40.000 niños y niñas son atendidos en el programa de restaurantes escolares, se implementó el modelo de educación flexibles a 37 sedes de la zona rural, y se invirtieron \$1.277 millones en infraestructura para instituciones educativas, en términos general, según los funcionarios de la Administración de Cúcuta, el trabajo se ha cumplido con eficiencia alcanzando un 106% del cumplimiento de lo prometido especialmente en lo social.

Finalmente, el Director de la Oficina de Control Interno emitió su concepto de evaluación del proceso de Rendición de Cuentas, en el cual destaca que el proceso de audiencia pública de rendición de cuentas se inició en el mes de enero de 2009 con la resolución de rendición de cuentas, la conformación de equipos de trabajo internos, la preparación del informe y publicación en la página Web. Así mismo, destacó que el proceso conto con el acompañamiento permanente del Instituto Republicano Internacional IRI, bajo las orientaciones del Doctor José Andrés Duarte Gerente del Programa prácticas del buen gobierno para Colombia; y que a esta Primera Audiencia Pública se invitaron 750 personas por correspondencia directa, más las invitaciones por otros medios, como son radio, prensa y página web. Se preinscribieron para intervenir según el reglamento, 60 personas y el día de la audiencia se le dio la oportunidad a 33 personas para que expusieran en diferentes temas que atañen al municipio San José de Cúcuta. (Documento de memoria primera audiencia pública de rendición de cuentas - Alcaldía de San José de Cúcuta).

La segunda audiencia de rendición de cuentas de la Alcaldesa de Cúcuta María Eugenia Riascos Rodríguez, se realizó el día 3 de diciembre a partir de las 8:00 de la mañana en el Auditorio del Colegio Sagrado Corazón de Jesús.

Uno de los cambios significativos de esta audiencia con respecto a la primera, fue que los interesados en participar, tuvieron que inscribirse a partir del 22 de noviembre de 2010, y antes del 2 de diciembre de 2010, en el Salón de Transparencia, por lo cual se promociono el evento lo suficiente, y la ciudadanía pudo informarse sobre su realización.

Un innovador proceso de rendición de cuentas fue implementado durante esta audiencia, donde para cada dependencia fue asignado en salón denominado tienda, a los cuales los participantes pudieron visitar y donde los secretarios de despacho expusieron los proyectos implementados en beneficio de las diferentes comunidades de Cúcuta. Las tiendas a cargo de los funcionarios explicaron y despejaron las dudas de la comunidad que hizo el recorrido en completo orden y se enteraron del acontecer de la Administración Municipal, conocieron lo que se ha hecho y en qué vía va el municipio.

A esta jornada se vincularon funcionarios de la Gobernación del Cesar y de la Alcaldía de Cartagena, quienes vinieron para observar e implementar el innovador proceso de rendición de cuentas en su Departamento y Municipio. Este proceso fue liderado por el Ministerio de Hacienda y el Instituto Republicano Internacional (IRI).

La Alcaldesa María Eugenia Riascos Rodríguez presentó durante la rendición de cuentas una radiografía de lo que ha sido su gestión durante el 2010, enfocada al desarrollo social y acorde con su lema de trabajo de una Cúcuta humana, solidaria y competitiva, para lo cual realizó la presentación del balance de las acciones emprendidas por la Administración Municipal en la ejecución del Plan de Desarrollo.

De igual forma, la Alcaldesa realizó un balance de las ejecutorias, en el cual informó que en el 2007, recibió el municipio endeudado en \$249.807 millones, cifra que bajó en \$13.700 millones.

De igual forma, puso en conocimiento de los asistentes que uno de los mayores logros de su administración fue la ampliación de la cobertura del régimen subsidiado en 112.524 cupos para llegar a 342.263 beneficiarios.

En educación también presentó un importante balance, ya que logró el incremento en 45 por ciento las matrículas implementando la gratuidad en escuelas y colegios.

En cuestión de seguridad informó que se logró fortalecer el sistema 1-2-3 de la Policía, así como el incremento de unidades de la Policía Metropolitana.

En materia de vivienda la alcaldesa presentó su único logro hasta la fecha que ha sido la aprobación de subsidios para 4.000 nuevas unidades.

Otro de los grandes logros en este periodo, fue la ampliación de cobertura del Programa Familias en Acción, el cual en el 2007 tenía 13.500 beneficiarios, y su gestión logró el aumento de la cifra a 37.470.

La tercera audiencia de rendición de cuentas se celebró el 13 de mayo de 2011 y como las dos anteriores fue liderada por la Alcaldesa de San José de Cúcuta María Eugenia Riascos Rodríguez, quien convocó a los ciudadanos a “la Audiencia Pública, ejercicio didáctico de Rendición de Cuentas: Plan de Desempeño”. Este tercer encuentro de rendición de cuentas, se realizó en el Hotel Tonchalá ubicado en la Avenida 0 con Calle 10 partir las 8:00 de la mañana. El objetivo fue promover y facilitar la participación ciudadana en forma activa y democrática, permitiendo la interlocución entre los servidores públicos y la ciudadanía para que ejerza su derecho de intervenir en el control de la gestión pública.

De los logros de esta audiencia se destaca que contó con más organización que los dos anteriores, por cuanto se realizó con base en la metodología del Ministerio de Hacienda denominada “Tienda Mercado”, mediante la cual se conformaron siete mesas o tiendas de trabajo en las cuales tuvieron la oportunidad de participar los entes de control, concejales, ediles de las juntas administradoras locales, dignatarios de las juntas de acción comunal, ediles y líderes comunitarios, representantes gremiales, concejales, empresarios, organizaciones sociales, universidades, veedurías ciudadanas, asociaciones, estudiantes, medios de comunicación y comunidad en general. Además, en la actividad participaron representantes del Instituto Republicano Internacional (IRI), del Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción y de la Dirección General de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda. En total asistieron en promedio 300 personas.

Las siete mesas o tiendas, se identificaron por colores, para facilitar la socialización de temas: naranja para Educación, verde para Salud, blanco para Agua Potable y Saneamiento Básico, azul para Cultura, Recreación y Deporte, rojo para Planeación, Metrovivienda y Hacienda, morado para el Centro Tecnológico de Cúcuta, Bienestar Social, Desarrollo Social, Equidad de Género y Familias en Acción, y amarillo para Tránsito, Central de Transportes, Banco del Progreso, Gobierno, Seguridad Ciudadana y Sisben. Y estuvieron clasificadas así:

#### 1. La tienda de Educación

2. La tienda de Salud

3. La tienda de Agua Potable y Saneamiento Básico

La tienda de Otros Sectores que a su vez se encuentra dividida en:

4. Otros sectores Grupo 1. Vivienda

Medio Ambiente

Prevención y Atención de Desastres

5. Otros sectores Grupo 2. Cultura, Recreación y Deporte

6. Otros sectores Grupo 3. Población Vulnerable

Desarrollo Comunitario

Promoción del Desarrollo

Desarrollo Agropecuario

SISBEN

7. Otros sectores Grupo 4. Seguridad

Justicia

Equipamiento institucional

Fortalecimiento institucional

Central de Transportes

Cada una de “Las Tiendas de Mercado” fueron presididas por los secretarios de despacho y/o directores de cada área, quienes presentaron el informe de gestión de cada uno de los sectores, con los resultados de las actividades realizadas durante la vigencia 2010 y el primer trimestre de 2011; esta presentación tuvo una duración no mayor a veinte (20) minutos. Seguidamente, los ciudadanos y/o representantes de organizaciones contaron con cinco (5) minutos para hacer preguntas y

propuestas. Las preguntas que no se alcanzaron a contestar en este espacio fueron respondidas directamente por la Alcaldesa en plenaria.

Durante el ejercicio se dieron a conocer los logros en materia financiera del municipio que según los planes de ajuste de la firma del Plan de Desempeño en enero del 2010, fueron: la optimización del gasto, los acuerdos de pago con acreedores, la firma del encargo fiduciario con el Banco BBVA, la adjudicación de recursos para la Actualización Catastral y la entrada en vigencia del nuevo Estatuto Tributario.

La forma como afectó el Plan de Desempeño las metas del Plan de Desarrollo, fue el eje de las “Tiendas de Mercado” en las que los Secretarios de Despacho y Directores de Institutos Descentralizados mostraron las gestiones realizadas para lograr buenos resultados en sus metas a pesar del ajuste del cinturón.

En esta audiencia de rendición de cuentas, participaron los gremios, concejales, organizaciones sociales, universidades, entes de control, juntas de acción comunal, ediles, veedurías, asociaciones, estudiantes, líderes sociales, medios de comunicación y comunidad. En total asistieron en promedio 350 personas.

Aunque la participación en esta Audiencia Pública fue libre y democrática, los interesados tuvieron que inscribirse previamente a través de los siguientes medios: Salón de Transparencia, Centro Tecnológico de Cúcuta, Centro Integral de Atención a la Familia CIAF – Ciudadela La Libertad y de Doña Ceci (Ciudadela Juan Atalaya).

La última rendición de cuentas ante la sociedad civil, para explicar y justificar la gestión de la Administración Municipal realizada en el periodo de gobierno 2008-2011, la Alcaldesa María Eugenia Riascos Rodríguez, se llevó a cabo el 29 de diciembre de 2011, de 2:00 a 5:00 de la tarde en el Teatro Municipal, ubicado en la calle 11 entre avenidas 5 y 6 de Cúcuta.

En esta audiencia participaron consejos consultivos, representantes de asociaciones, gremios, veedurías, universidades, medios de comunicación y ciudadanía en general. En total asistieron en promedio 200 personas.

El ejercicio se efectuó en tres bloques: 1.- Exposición de la gestión de Hacienda Pública desarrollada en el periodo 2008-2011 y el escenario financiero que se entrega a la nueva administración dentro del marco del Plan de Desempeño. 2.- Intervención de la Alcaldesa María Eugenia Riascos Rodríguez, quien expuso a los ciudadanos los resultados de la Gestión realizada durante su periodo de gobierno. 3.- la Intervención de la sociedad civil representada por organizaciones, asociaciones, integrantes de consejos consultivos, juntas de acción comunal, ediles, estudiantes, medios de comunicación y ciudadanía en general. En este espacio los ciudadanos efectuaron preguntas, solicitaron explicaciones e hicieron sugerencias; los representantes de la administración respondieron y aclararon los interrogantes planteados por los ciudadanos.

De manera sencilla la Alcaldesa, entregó el informe de como adelantó y ejecutó el Plan de Desarrollo, Cúcuta Humana, Solidaria, Competitiva y sin Desigualdades. Acciones que incluyen la terminación de los megaproyectos, refinanciación de la deuda del municipio y el Plan de Desempeño, megacolegios y jardines sociales, Escuelas que Aprenden, como también las audiencias públicas para proveer cargos de docentes, Familias en Acción y los logros alcanzados en salud.

Además del apoyo al deporte, recursos para refaccionar la malla vial, su tarea social con las comunidades más vulnerables, vivienda y titulación de predios, la organización para afrontar la ola invernal, los esfuerzos realizados en bienestar social, el sistema de transporte masivo y la remodelación del Parque Santander.

En el ejercicio democrático la comunidad tuvo la palabra y mediante 10 preguntas cuyo orden fue sorteado, expresaron las inquietudes a la mandataria, quien respondió los cuestionamientos de los presentes.

Durante tres horas, la Alcaldesa explicó y justificó la gestión de la Administración Municipal realizada en el periodo de gobierno 2008-2011, ante la sociedad civil.

Para finalizar cabe resaltar que el Plan de Desarrollo 2008-2011 “Cúcuta humana, solidaria y competitiva contempla en el “Eje Gestión Pública para la Transparencia”, cuyo objetivo es generar y recuperar la confianza de los ciudadanos, a través de un programa de gestión que apunte a la lucha frontal contra la corrupción, una cultura de la calidad en la gestión pública y una participación ciudadana activa que garantice la veeduría de las actuaciones del gobierno.

En cumplimiento de esta política de transparencia, en febrero de 2008, se suscribió el Pacto de Auditorías Visibles y Transparencia, en el marco del Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia, Transparencia y Lucha Contra la Corrupción, que contempla la realización de Audiencias Públicas de Rendición de Cuentas entre otros mecanismos de buen gobierno.

Además, el Municipio de San José de Cúcuta mediante el Decreto No. 083 de febrero de 2010, adoptó el Plan de Desempeño, en aplicación del Decreto 028 de 2008 y es interés de la Administración Municipal informar permanentemente a la ciudadanía sobre el cumplimiento del mismo.

#### **1.4 Estrategias de mejoramiento de la participación ciudadana en la vigilancia y control de los recursos públicos del Municipio de San José de Cúcuta.**

Para fortalecer el control ciudadano es necesario que se difunda y capacite a los ciudadanos en lo referente a las herramientas de control y los mecanismos de participación con que ellos cuentan para ejercer control a la administración pública.

De igual forma, es necesario que con anterioridad a las audiencias de rendición de cuentas se entregue a la ciudadanía la información sobre el avance del Plan de Desarrollo y como se ha efectuado la inversión de los recursos, es decir, se debe entregar al ciudadano información completa, confiable, suficiente y oportuna, para que su participación en estos ejercicios sea más productiva.

Los informes que serán o fueron presentados en las audiencias de rendición de cuentas, así como los que las entidades públicas rinden ante las Contralorías, Asambleas, Consejos y demás órganos de gobierno, deben publicarse en la página web de la entidad, a fin de que todos los ciudadanos interesados en conocer y participar del control y vigilancia fiscal de los recursos públicos que están a cargo de las entidades puedan tener acceso a la información de una manera fácil y sencilla, sin tener que acudir a los derechos de petición para solicitar la información.

El éxito de una audiencia de rendición de cuentas está en parte en la convocatoria, toda vez que esta no debe ser generalizada, sino personalizada. Implementando una convocatoria personalizada, los ciudadanos se sienten que son importantes para la Administración, y esto les genera un mayor compromiso de asistir, y así poder informarse de lo que está sucediendo su municipio.

Para lograr una mayor difusión de las rendiciones de cuentas y así contribuir a mejorar la participación ciudadana, las Administraciones deben invertir en el tema publicitario, es decir publicar en la página web, en periódicos y folletos, los informes de gestión y rendición de cuentas. Además, se pueden implementar programas de televisión en los canales regionales, o aprovechar los espacios que brindan los noticieros, para socializar los avances del Plan de Desarrollo, la ejecución de las obras, programas y proyectos, y las inversiones; todo lo anterior con el fin de que el día en que se realice la audiencia pública de rendición de cuentas la ciudadanía ya esté informada sobre el balance que se va a presentar y pueda formular sus preguntas con base en los documentos ya leídos.

Las audiencias públicas de rendición de cuentas, deben descentralizarse, para lo cual se propone que estas se realicen por comunas, corregimientos o sectores poblacionales de la ciudad, esto se puede lograr a través de programas de radio y televisión, u organizando reuniones en cada una de las comunidades para darles a conocer el avance del Plan de Desarrollo y como han sido invertidos los recursos.

Otro espacio que puede fortalecerse y desde donde pueden realizarse estos ejercicios de rendición de cuentas son los consejos comunales, los cuales pueden servir como un espacio de interlocución entre la Administración y los ciudadanos, para que estos últimos conozcan sobre los logros del gobierno, y principalmente como se ha realizado la inversión de los recursos públicos.

Por último resultaría interesante incentivar a la ciudadanía y sus organizaciones a participar activamente en los ejercicios de rendición de cuentas, mejorando la inversión para el sector que más participe en las audiencias.

## **2. CONCLUSIONES**

La rendición de cuentas tiene ventajas para el gobierno y ventajas para la comunidad; para el gobierno tiene la posibilidad de tener al día su comunicación y tener la posibilidad de defenderse. Para la comunidad existe la posibilidad de exponer las dudas, de saber en qué se invierten sus recursos, de saber cómo se invierten, de saber dónde los invierte, porque en los municipios mucha gente no sabe lo que se hace en una comuna, una vereda y lo que se hace en otra, apenas conoce lo que se hace en su barrio pero no conoce lo que se hace en las demás.

Los ejercicios de rendición de cuentas en el período 2008-2011 en el Municipio de San José de Cúcuta, se limitaron solo a cuatro, uno por cada año de gobierno; sin embargo, no se puede desconocer que se presentaron mejoras en su organización y realización, especialmente uno de los mayores logros tuvo que ver con la conformación de las siete mesas o tiendas de trabajo que permitió el estudio y análisis de los avances del Plan de Desarrollo e inversión de los recursos por sectores como vivienda, educación, salud, bienestar social, entre otros.

Por su parte una de las mayores limitaciones o falencias de los cuatro ejercicios de rendición de cuentas realizados en período 2008-2011 en el Municipio de San José de Cúcuta, tiene que ver con la poca participación ciudadana, la cual fue limitada por la capacidad de las instalaciones o recintos donde se desarrollaron dichas audiencias, en la primera audiencia se contó con la participación de 850

ciudadanos, mientras que los tres ejercicios siguientes no sobrepasaron las 350 personas asistentes, lo cual se debe a la poca capacidad instalada de los auditorios utilizados para este proceso.

Otra de las grandes falencias de los ejercicios de rendición de cuentas realizados en el Municipio de San José de Cúcuta, es la poca difusión que tiene la realización de estos eventos, lo cual no permite que la ciudadanía participe, esto se puede evidenciar en la escasa participación que se presentó en los cuatro años (2008-2011), donde solo participó un promedio de 350 ciudadanos, de los 650.000 habitantes que tiene el Municipio, y muchos de éstos son empleados, contratistas, proveedores u otras personas que tienen vínculos laborales o contractuales con la Administración.

Uno de los grandes aspectos a resaltar fue la metodología que puso en marcha el Ministerio de Hacienda y el DNP, consistente en la realización de “Tiendas Mercado”, las cuales fueron sectorizadas por temas para facilitar la socialización de los avances del Plan de Desarrollo en un tema específico, así como la inversión de los recursos asignados a ese sector. Sin embargo, a pesar de ser una buena metodología, se observa que esta solo se utilizó en la segunda y tercera audiencia de rendición de cuentas, abandonando esta metodología tan provechosa en la cuarta audiencia.

Una nutrida participación ciudadana en los ejercicios de rendición de cuentas, se puede lograr descentralizando las audiencias públicas, y llevándolas a todas las comunas y sectores de la sociedad, así se contribuye a fomentar la participación ciudadana y se involucra a la comunidad con la administración pública; además se requiere que los espacios donde se realicen estas reuniones tengan más capacidad física para los asistentes, ya que la limitación en la asistencia, se debe principalmente a que los salones donde estas se han realizado no pueden albergar más de 300 personas cómodamente instaladas.

### **3. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALCALDÍA DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA. Documento de memoria primera audiencia pública de rendición de cuentas. [http://cucuta-nortedesantander.gov.co/apc-aa-files/39323932396466366339646330313534/Memoria\\_Rendici\\_n\\_de\\_Cuentas\\_\\_\\_vigencia\\_2008.pdf](http://cucuta-nortedesantander.gov.co/apc-aa-files/39323932396466366339646330313534/Memoria_Rendici_n_de_Cuentas___vigencia_2008.pdf)

CORPORACIÓN TRANSPARENCIA POR COLOMBIA – Capítulo Transparencia Internacional. Propuesta de metodología para la rendición de cuentas a la ciudadanía, por los alcaldes municipales. Bogotá, junio de 2003.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 489 de diciembre 29 de 1998: Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1474 de julio 12 de 2011: Por medio de la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación. Conpes 3654 de 2010: Por medio del cual se establece la política de rendición de cuentas de la rama ejecutiva a los ciudadanos.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 962 de julio 08 de 2005: Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 136 de junio 02 de 1994: Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991. Bogotá, Legis, 2008.

DAFP. Departamento Administrativo de la Función Pública. Control social a la gestión pública, pág. 6. Bogotá, 2005.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. Guía Participación de la Ciudadanía en Procesos de Rendición de Cuentas de la Administración Pública. Bogotá, D. C., junio 15 de 2006. Editorial Imprenta Nacional de Colombia.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA- DIRECCIÓN DE EMPLEO PÚBLICO. Informe de Avance Sobre la Encuesta de Rendición de Cuentas de la Administración Pública Nacional-2008. En internet: [www.dafp.gov.co](http://www.dafp.gov.co)

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. Guía para la Rendición de Cuentas de la Administración Pública a la Ciudadanía. Bogotá, D. C., mayo de 2005.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Guía para la rendición de cuentas de la Administración Pública a la ciudadanía. Bogotá D.C, mayo de 2005.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Cartilla de administración pública, Audiencias públicas en la ruta de la rendición de cuentas a la ciudadanía de la administración pública Nacional. Agosto 2009.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Documento CONPES 3654, Consejo Nacional de Política Económica y Social República de Colombia, 2010

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Lineamientos para la rendición de cuentas a la ciudadanía por las administraciones Públicas Territoriales, Bogotá D.C. abril de 2011.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN y otras entidades nacionales con acompañamiento de la GTZ. Cartilla para tejer una rendición de cuentas que cuente con la gente, 2007.

LEVY, E. Control Social y Control de Resultados: Un balance de los argumentos de la experiencia reciente: en lo público no estatal en la reforma del Estado.

MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - MEN, 2012. Audiencia pública de rendición de cuentas vigencia 2011. <http://www.mineducacion.gov.co/cvn/1665/w3-article-305215.html>

PORRAS VALLEJO, O. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, Memorias Seminario Internacional de Rendición de cuentas y control ciudadano en las entidades territoriales, Bogotá D.C. abril 12 y 13 de 2007.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Oficio No. IUS-2009-79085 del 26-03-09.

ROSAS, T. “La rendición de cuentas con responsabilidad y transparencia”. Consorcio internacional sobre gerencia financiera gubernamental, Miami 2 a 5 de Mayo de 2005.

SCHEDLER, A. ¿Qué es rendición de cuentas? En Cuadernillo 31- 03 Cuadernos de Transparencia. Edición a cargo de: Dirección General de Atención a la Sociedad y Relaciones Institucionales, agosto de 2004.

# LA VIOLACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DEL DEBIDO PROCESO EN LAS DECLARATORIAS DE INSUBSISTENCIAS DE EMPLEADOS PROVISIONALES POR AUSENCIA DE MOTIVACIÓN EN EL ACTO ADMINISTRATIVO DE RETIRO

SERGIO RAFAEL ÁLVAREZ MÁRQUEZ

DELEWVSKY SUSAN YELLYZZA CONTRERAS ÁLVAREZ

SANDRA JAIMES FRANCO

**RESUMEN** El problema en que se fundamenta este ensayo, se genera en razón a las posiciones encontradas que han emitido en sus sentencias la Corte Constitucional y el Consejo de Estado colombiano, respecto a la obligatoriedad de motivar los actos administrativos de retiro de los empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, la inseguridad jurídica que ello genera tanto para los nominadores como para los servidores públicos que se encuentran vinculados bajo tal situación administrativa, y de igual forma la violación de los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad, de los empleados provisionales desvinculados antes de la Ley 909 de 2004, ante la primacía brindada por el Consejo de Estado al principio de legalidad.

El ensayo presenta las posiciones jurisprudenciales adoptadas por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en torno al deber de motivación de los actos administrativos que declaran la insubsistencia del servidor público nombrado en provisionalidad, evidenciando las diferencias y el “choque de trenes” que se presenta por la no unificación de sus pronunciamientos.

Finalmente, se estudia si la posición adoptada por el H. Consejo de Estado ante el cambio de la legislación en la materia, generó una vulneración del derecho al debido proceso e igualdad de quienes fueron desvinculados con antelación a la vigencia de la Ley 909 de 2004.

**ABSTRACT** The problem that this essay is based is generated due to the entrenched positions that have been issued in its judgments the Constitutional Court and the Council of State of Colombia, regarding the obligation to state reasons for administrative acts to withdraw provisional employees appointed career in administrative charges, legal uncertainty this creates for both nominators to public servants who are bound under such administrative status, and likewise the violation of fundamental rights to due process and equality of temporary employees disconnected before Law 909 of 2004, before the primacy given by the Council of State the principle of legality.

The paper presents the jurisprudential positions adopted by the Council of State and the Constitutional Court about the obligation to state reasons of administrative acts that declare the non-subsistence public servant appointed provisional, showing the differences and the "train wreck" that not presented by the unification of their pronouncements.

Finally, we study whether the position taken by the H. Council of State to change the law on the matter, it generated an infringement of the right to due process and equal who were dismissed prior to the effective date of Law 909 of 2004.

### **1. Antecedes normativos de la carrera administrativa y los nombramientos en provisionalidad.**

Sea lo primero indicar, que actualmente los empleos atendiendo a la forma en que los mismos pueden ser provistos, se clasifican como de carrera administrativa y de libre nombramiento y remoción; existiendo tres clases de nombramientos: ordinarios, en período prueba y provisional.

Interesando al presente ensayo los conceptos de empleo en carrera administrativa y nombramiento provisional, toda vez, que es en esta última clase de nombramiento en donde se genera la problemática en torno a la necesidad de motivar o no los actos administrativos de insubsistencia de empleados que desempeñan cargos de carrera administrativa en condición de provisionalidad.

En Colombia, la provisión de los empleos de carrera puede darse con carácter definitivo o con carácter transitorio. Una y otra modalidad deben atender una serie de principios y derechos comunes consagrados en la Constitución Política, en especial los indicados en los artículos 13, 29, 40, 125 y 209, relacionados con la igualdad de oportunidades para el desempeño de cargos y funciones públicas; la legalidad de los procesos de selección; el cumplimiento de los requisitos fijados para desempeñar el correspondiente empleo; la designación imparcial a través del mérito y las capacidades de los candidatos y el respeto al debido proceso para la terminación de la relación laboral con el Estado (Comisión Nacional del Servicio Civil, 2005).

Pues bien, por empleo de carrera administrativa se entiende que recae sobre las personas que sean seleccionadas por el sistema de mérito. Estos es por el agotamiento de un proceso de selección, que conforme al artículo 13 de la ley 443 de 1998 tiene el siguiente objetivo:

*Artículo 13. "El proceso de selección tiene como objetivo garantizar el ingreso de personal idóneo a la administración pública y el ascenso de los empleados, con base en el mérito mediante procedimientos que permitan la participación, en igualdad de condiciones, de quienes demuestren poseer los requisitos para desempeñar los empleos".*

Proceso de selección que fue instituido a través del sistema de concurso, definido según la tratadista Blanca Ligia Pinzón Ariza, en su obra titulada "Carrera Administrativa" como el mecanismo mediante el

cual la administración selecciona a la persona idónea para desempeñar un cargo de carrera administrativa.

Por su parte, el nombramiento provisional es aquel que se utiliza para proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la carrera administrativa. Aspecto sobre el que la misma doctrinante en la ya citada obra, refiere:

*“El artículo 7° de la Ley 443, establece que la provisión de los empleos de carrera se hará previo concurso, por nombramiento en periodo de prueba o por ascenso, la misma norma consagra la procedencia del encargo y de los nombramientos provisionales.*

*Sin embargo, la norma precitada establece la posibilidad de realizar el encargo o el nombramiento provisional, diferenciándose el uno del otro en que la primera sólo se hace con empleados inscritos en carrera administrativa y debe proceder preferencialmente, mientras que la segunda se realiza con personal que no se encuentra en esta situación”.*

Conceptualizado lo anterior, resulta pertinente entrar a efectuar una remembranza histórica acerca de la regulación de las formas de proveer los cargos públicos, pues no es asunto que sea simplemente tema de actualidad y debate jurídico en épocas recientes, toda vez, que .de tiempo atrás, el constituyente y el legislador, se han preocupado por regular la forma de incorporación del personal humano para la conformación de la denominada función pública.

La Constitución de 1886 delegó en el poder legislativo la regulación de la carrera administrativa. De tal forma que en el capítulo V, artículo 62, se dispuso que el legislador tendría la facultad de organizar todos los aspectos referentes a la carrera administrativa, bajo el siguiente tenor:

*“Artículo 62. La ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva; las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución; las condiciones de ascenso y de jubilación y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del tesoro público. El Presidente de la República, los gobernadores, los alcaldes, y en general todos los funcionarios que tengan facultad de nombrar y remover empleados administrativos, no podrán ejercerla sino dentro de las normas que expida el congreso, para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por mérito y antigüedad, y de jubilación, retiro o despido. A los empleados y funcionarios públicos de la carrera administrativa les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho de sufragio. El quebrantamiento de esta prohibición constituye causal de mala conducta. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo o cargo público de la carrera administrativa, o su destitución o promoción”.*

En uso de la facultad otorgada por la Constitución, se expidió la Ley 165 de 1938, que consagró las regulaciones pertinentes, en relación a los servidores que prestaban servicios en la rama fiscal y

administrativa, y se establecieron los principios fundamentales de mérito y de igualdad para el acceso, la permanencia y el ascenso en el servicio público.

Dos décadas más tarde, específicamente en el año de 1957, fue aprobada a través de plebiscito, una reforma constitucional mediante la cual se elevó a rango superior la carrera administrativa, expidiéndose la ley 19 de 1958. Con respecto a dicha reforma, la Corte Constitucional, en sentencia SU-917 de 2000, con ponencia del Doctor Jorge Iván Palacio Palacio expresó lo siguiente:

*(...) “Con especial énfasis ha destacado la Corporación que “el examen judicial de estos temas en el derecho colombiano ha tenido como presupuesto histórico, el pronunciamiento de la voluntad del Constituyente y que se remonta a las decisiones del plebiscito de 1957 en materia de la Carrera Administrativa y del Régimen del Servicio Civil”.*

*Al respecto la Corte ha puntualizado que el plebiscito “fue la primera manifestación directa, en materia de Reforma Constitucional, del Constituyente Primario en la historia de Colombia” y que la causa de la elevación de la carrera administrativa a la categoría de canon constitucional, “fue, dentro del espíritu que inspiró ese trascendental proceso, garantizar la estabilidad en los cargos públicos, con base en la experiencia, la eficiencia y la honestidad en el desempeño de los mismos, sustrayéndolos a los vaivenes, manipulaciones y contingencias de la lucha político partidista, que hasta entonces había llevado a que cada vez que se producía un cambio de gobierno y el poder político era conquistado por uno de los partidos tradicionales, sistemáticamente excluía a los miembros del otro partido de la participación en los cargos públicos, aun en los niveles más bajos”.*

*Los textos constitucionales aprobados en 1957 constan en los artículos 5º, 6º y 7º del plebiscito. Según el artículo 5º, “el presidente de la República, los gobernadores, los alcaldes, y en general todos los funcionarios que tengan facultad de nombrar y remover empleados administrativos, no podrán ejercerlas sino dentro de las normas que expida el Congreso, para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por mérito y antigüedad, y de jubilación, retiro y despido”.*

*El artículo 6º señaló que “a los empleados y funcionarios públicos de la carrera administrativa les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio” y el artículo 7º estableció que “en ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo o cargo público de la carrera administrativa o su destitución o promoción”.*

*En desarrollo de los anteriores postulados fue expedida la Ley 19 de 1958 que creó el Departamento Administrativo del Servicio Civil y la Escuela Superior de Administración*

*Pública que se dedicaría a la enseñanza, investigación y difusión de las ciencias y técnicas referentes a la administración pública y, en especial, a la preparación del personal al servicio del Estado”.*

*Con base en la Ley 19 de 1958 se dictó el Decreto 1732 de 1960 que “distribuyó en dos sectores los empleos públicos: los de carrera administrativa, como regla general, y los de libre nombramiento y remoción” y rigió hasta la expedición del Decreto 2400 de 1968, que fue dictado con base en las facultades extraordinarias conferidas al Presidente por la Ley 65 de 1967, para “modificar las normas que regulan la clasificación de los empleos”.*

Posteriormente, con la expedición del Decreto 2400 de 1968, la provisión de los empleos por medio de carrera administrativa pasó a ser excepcional, toda vez, que admitió que la asunción a los cargos del Estado se diera de forma automática, sin que se surtiera el ingreso por medio del mérito, como pilar básico del ingreso al servicio público. Al efecto el artículo 5 del mentado Decreto, estableció las clases de nombramiento, denominadas: ordinario, en período de prueba y provisional, asumiendo que el empleo de libre nombramiento y remoción fungía como el ordinario.

Dentro de esta evolución, también se ha destacado el contenido de la Ley 61 de 1987, la cual en su artículo 1º “señaló como excepción a la regla general el sistema de libre nombramiento y remoción”, entendiéndose que “los empleos no enunciados allí deben considerarse de carrera administrativa”.

Dicho recuento histórico, nos trae a la Constituyente de 1991, en la cual se plasma la relevancia de que los empleos en los órganos y entidades del Estado sean de carrera, salvo ciertas excepciones (los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley), tal como lo estipula el artículo 125 de la Constitución Política.

La provisión definitiva de empleos de carrera, se puede dar por un sistema ordinario o por un sistema extraordinario (Comisión Nacional del Servicio Civil, 2005). Los concursos o procesos de selección por méritos representan el sistema ordinario, el cual tiene como pilares los principios de la igualdad material y el mérito para el ingreso, la permanencia y el ascenso en el servicio público. El legislador regula, las condiciones y circunstancias de cada concurso, por ejemplo, la vigencia de las listas de elegibles; asigna la competencia para la realización de cada tipo de concurso y la administración de los sistemas de información en esas materias; señala las etapas de los procesos de selección y fija límites para la ponderación de las pruebas que pueden ser aplicadas a los candidatos, entre otras medidas.

El sistema extraordinario para la provisión definitiva de empleos de carrera, se representa en las órdenes judiciales de reintegro en el empleo público, como consecuencia de la acción de nulidad y restablecimiento de los derechos laborales de empleados que fueron ilegalmente retirados del servicio. También hace parte de este sistema extraordinario, la reubicación geográfica de los empleados de carrera cuando han sido obligados a dejar su lugar de trabajo por razones de violencia. Así mismo, cuando se da la supresión de cargos de carrera, el empleado inscrito en carrera, puede optar por la reincorporación a un empleo igual al suprimido o percibir una indemnización que compense la pérdida de sus derechos de carrera.

Los mecanismos extraordinarios de provisión de empleos de carrera, son modalidades adicionales para la provisión de estos empleos, mas no por ello subsidiarios o dependientes de los sistemas ordinarios de provisión, es decir, el concurso de méritos.

El legislador tiene previsto un orden de prelación en el cual se privilegian los mecanismos extraordinarios sobre los mecanismos ordinarios de provisión de empleos de carrera, al respecto, el artículo 7º del Decreto 1227 de 2005 modificado por el artículo 1 del Decreto 1894 de 2012, dispone que la provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará en aplicación del siguiente orden: 1) Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial. 2) Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil. 3) Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil. 4) Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad. Del anterior orden de prioridades fijado en el ordenamiento jurídico, es de resaltar la primacía del sistema extraordinario sobre el sistema ordinario de provisión definitiva de los empleos de carrera.

No obstante a pesar de constituirse en imperativo constitucional el proveer por regla general los empleos en los órganos y entidades del Estado a través de un sistema de carrera, se debe destacar que pueden devenir circunstancias en las cuales se presenta una vacancia bien sea definitiva o temporal del cargo, ante lo cual el Legislador ha regulado la provisión transitoria de empleos de carrera, a través de dos modalidades, ellas son el encargo y el nombramiento provisional, cuya finalidad debe ser garantizar eficiencia en la función administrativa y propender por alcanzar los fines esenciales del Estado, que son propósitos constitucionalmente previstos. (Preámbulo y artículos 1, 2, 4 y 209 de la Constitución Política.)

Resaltando en este ensayo la vinculación provisional, se tiene que la expresión provisional tiene tres acepciones: es un mecanismo de provisión transitorio de empleos de carrera; refleja la condición precaria del vínculo laboral con la Administración y distingue a una de las categorías de los empleados del Estado (Comisión Nacional del Servicio Civil, 2005).

El nombramiento provisional sólo procede cuando en la planta de personal no haya empleado de carrera que reúna los requisitos para ser encargado en el empleo de carrera que está vacante. (Comisión Nacional de Servicio Civil, 2009).

El empleado provisional tiene, por regla general, los mismos derechos, obligaciones, inhabilidades e incompatibilidades funcionales que los empleados de carrera; las diferencias se presentan especialmente en programas de incentivos, de capacitación y la oportunidad para ser encargos en otros empleos de carrera. (Ibíd., 2009).

Con la vinculación en provisionalidad en empleos de carrera, al momento de su terminación, surge allí la controversia en relación con los derechos de permanencia de los mismos en los cargos en contraposición a la facultad de remoción que al respecto ostentan los nominadores.

Como referentes, encontramos que a partir del Decreto 1732 de 1960, se contempló la posibilidad de proveer los empleos de carrera con empleados provisionales. Sin embargo, esa figura tenía un término de duración restringido, pero con el paso del tiempo adquirió vocación de permanencia, en vista de que en el supuesto de existir ausencia de la lista de candidatos elegibles para proveer el cargo, el mismo debía ser provisto en provisionalidad.

A su vez, el Decreto 2400 de 1968 estableció entre las clases de nombramiento el de “provisionalidad”, destacándose que en su artículo 26 indicaba que el nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, podía ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia, pero debiéndose dejar constancia en la hoja de vida, de las causas que motivaron la desvinculación.

Pues bien, nótese que el nombramiento ordinario (libre nombramiento y remoción) y el provisional, contaban con situaciones similares, respecto a la forma de desvinculación, siendo que, con la expedición del Decreto 1950 de 1973 en su artículo 107, se estableció que: “En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados”.

Acercándonos un poco más en el tiempo, y ya en vigencia de la Constitución Política de 1991, encontramos que el artículo 10 de la Ley 443 de 1998 indicaba al respecto que:

*Artículo 10. “Duración del encargo y de los nombramientos provisionales. El término de duración del encargo y del nombramiento provisional, cuando se trate de vacancia definitiva no podrá exceder de cuatro (4) meses, cuando la vacancia sea resultado del ascenso con período de prueba, de un empleado de carrera, el encargo o el nombramiento provisional tendrán la duración de dicho período más el tiempo necesario para determinar la superación del mismo. De estas situaciones se informará a las respectivas Comisiones del Servicio Civil” (...).*

De lo anterior, queda claro que existía una temporalidad para el nombramiento provisional de cargos, pero posterior a ello, el legislador estableció una estabilidad de quienes eran nombrados provisionalmente en cargos de carrera, ello se evidencia en el artículo 1 del Decreto 1330 de 1998, en virtud del cual se reglamentaba parcialmente la Ley 443 de 1998, y consagró en su oportunidad la prohibición expresa y clara, para los nominadores de declarar insubsistente los nombramientos de los empleados con carácter provisional, así:

*Artículo 1. “Los empleados de las entidades públicas a las cuales se aplica la Ley 443 de 1998 permanecerán en los cargos de carrera que vienen ejerciendo con el carácter de provisionales hasta cuando se reglamenten, convoquen y culminen los procesos de selección para su provisión definitiva, con excepción de quienes como resultado de investigación*

*disciplinaria deban ser retirados del servicio. Por lo tanto, los respectivos nominadores no podrán declarar la insubsistencia de sus nombramientos a partir de la fecha y durante el desarrollo de los citados procesos”.*

Posteriormente, en el Decreto 1572 del 5 de agosto de 1998 se consagró el tema de lo que debe entenderse por nombramientos provisionales. Así se tiene que en el artículo 4, modificado por el artículo 2º del Decreto 2504 de 1998, se estableció lo siguiente:

*Artículo 4. “Entiéndase por nombramiento provisional aquel que se hace a una persona para proveer, de manera transitoria, un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, así en el respectivo acto administrativo no se indique la clase de nombramiento de que se trata”*

Y en dicho Decreto no se encuentra norma alguna que en forma concreta señale que las providencias de retiro de empleados provisionales deban estar motivadas. Por el contrario de lo expuesto en el artículo 7, se deduce la regla en el sentido contrario, ya que se prevé que los empleados provisionales pueden ser retirados mediante la declaratoria de insubsistencia normal de los cargos de libre nombramiento y remoción. La parte final de tal artículo es del siguiente tenor:

*Artículo 7: “...El empleado con vinculación de carácter provisional deberá ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto administrativo expedido por el nominador”....*

Esta normativa también es derogada a consecuencia de lo indicado por el artículo 41 y 58 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, que indica lo siguiente:

*Artículo 10. “Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados”.*

Estos preceptos modifican de forma sustancial el régimen anterior e incide de manera favorable en las condiciones laborales de los empleados provisionales; es decir, se exige que en el acto administrativo de declaratoria de insubsistencia del nombramiento provisional, cuando ésta se produzca antes de cumplirse el término de duración o de su prórroga, se consignen los motivos que llevaron al nominador a adoptar tal determinación procedente, en atención a las circunstancias particulares relacionadas con las actuaciones o el perfil ocupacional del empleado provisional; por lo cual debe hacerse por resolución motivada. (Comisión Nacional de Servicio Civil, 2009).

## **1.2 Divergencia en la posición de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre la necesidad de motivar los actos administrativos de insubsistencia de provisionales.**

Como se adujo en el acápite anterior, la regla legislativa en tratándose del retiro del cargo (insubsistencia) de los servidores vinculados en provisionalidad ha sido la aplicación de una facultad discrecional, por lo menos hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 y su Decreto

Reglamentario 1227 de 2005. Este es el argumento que ha servido de sustento a la jurisprudencia del Consejo de Estado para promover la tesis de que no era necesaria la motivación del acto de insubsistencia de un empleado nombrado en provisionalidad, puesto que no existía norma que exigiera tal condición. Sin embargo, la Corte Constitucional en una interpretación en su entender desde una perspectiva constitucional - ius fundamental, ha propugnado por la necesidad y obligatoriedad de motivar el acto administrativo de insubsistencia de los provisionales, lo cual ha conllevado a una férrea contradicción desde el punto de vista jurídico entre ambas Cortes, puesto que en casos análogos y dependiendo de la acción invocada y decidida (acción ordinaria de nulidad y restablecimiento del derecho vs. Acción de tutela), se han resuelto en sentidos diversos situaciones fácticas análogas, atendiendo obviamente a quien decide la controversia planteada. Esto es lo que comúnmente ha sido denominado un “choque de trenes”.

A continuación y por ser de relevancia para este informe, traeremos a colación una breve línea jurisprudencial de las posiciones tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional para denotar las diferencias relevantes para el tema que nos ocupa, para lo cual procederemos en el orden en que fueron citadas:

Inicialmente con sustento en lo normado en el Decreto 1950 de 1973 que contemplaba la discrecionalidad para declarar la insubsistencia de los provisionales, y el Decreto 1572 de 1998, norma que nada decía sobre la motivación de dicho acto, el Consejo de Estado propugnaba que el empleado vinculado mediante nombramiento en provisionalidad, no gozaba de ningún fuero de permanencia, razón por la cual el nominador en uso de una facultad discrecional, podía declarar su insubsistencia sin motivación alguna.

Luego en el año 2003, la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado expresó que el acto por medio del cual se retira del servicio a un funcionario provisional debe motivarse así sea sumariamente, es decir, consideró que dichos servidores gozaban de estabilidad restringida y que para su desvinculación debe mediar al menos un acto administrativo motivado como garantía del debido proceso (Radicados internos 1445-00, 2163-00, 3802-00). Por su parte, la Subsección “B” ídem, asumió una postura distinta, afirmando que al no haber ningún fuero de inamovilidad para quienes ejercían cargos en provisionalidad, estaban sujetos al ejercicio de la facultad discrecional, pudiendo ser separados del servicio sin motivación alguna; en otras palabras, no se requiere motivación, es decir no exige que en el mismo se consignen los motivos por los cuales el nominador adopta la decisión. (Radicado interno 1834). (Sentencia T- 289 del 14 de abril de 2011 de la Corte Constitucional. Dr. Jorge Ignacio Pretlt Chaljub).

No obstante dicha posición encontrada de la Sección Segunda no perduró por mucho tiempo, puesto que en el mismo año 2003, unificó su jurisprudencia acogiendo la última tesis citada. Estimó igualmente, que cuando se remueve a esta clase de personal (vinculado en provisionalidad), sin los requisitos que la ley establece para el personal de carrera, no puede alegarse la violación del debido proceso, ya que dichas normas no le son aplicables. Esta posición, la ha mantenido hasta la fecha el Consejo de Estado y con base en ella se abstiene de anular actos administrativos de desvinculación, cuando se acude a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. (Radicado interno 1834).

(Radicado interno 1834 C.E). (Sentencia T- 289 del 14 de abril de 2011 de la Corte Constitucional. Dr. Jorge Ignacio Pretlt Chaljub).

En pronunciamiento reciente (sentencia del 21 de octubre de 2010 C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve) el Consejo de Estado ha sido enfático en mantener dicha posición, señalando que:

*“(…) Como los nombrados en provisionalidad no ingresaron al servicio civil por mérito sino que su vinculación obedeció a razones discrecionales no pueden ampararse bajo las causales de retiro previstas en el artículo 125, inciso 2, de la Constitución, toda vez que ellas se reservan a los nombrados con base en derechos de carrera. Conferirles a los designados en provisionalidad el derecho a que su acto de desvinculación se motive los equipara, sin justificación alguna, a quienes concursaron y por sus méritos adquirieron el derecho a integrar la planta de personal de la entidad.”*

No obstante, se debe precisar que para el Consejo de Estado la no motivación de los actos administrativos de insubsistencia de los provisionales, guarda una excepción legislativa, tal como lo expuso el Dr. Gustavo Gómez Aranguren en Sentencia del 27 de Enero de 2011 (radicado interno 2288-08):

*“(…) Es claro, que por orden legal, la designación del empleado provisional tiene lugar frente a empleos de carrera con personal no seleccionado; tal circunstancia permite deducir, que dicho nombramiento no tiene el efecto inherente al nombramiento de carrera, es decir, no otorga la estabilidad propia del sistema; así las cosas, su desvinculación se producirá dentro de las hipótesis del artículo 25 ibídem, que bien desarrolló el artículo 26, pero con la ambigüedad relacionada a que la insubsistencia es propia de los que no pertenecen a una carrera, esto es, los nombramientos ordinarios o sea los de libre nombramiento y remoción, pues para los de carrera existen los motivos y procedimientos establecidos en las normas que regulan la respectiva carrera, es decir, previa calificación de servicios de insatisfactoria. La manera como quedó redactado el precepto, en principio, no sería extendible a los funcionarios provisionales, pero tampoco estos vínculos generan derecho de estabilidad; de tal suerte, que la ambigüedad se resuelve en la identidad material que existe entre el nombramiento ordinario y el nombramiento provisional, lo cual origina en forma lógica que la cesación definitiva de funciones comporta identidad de dispositivo de los señalados en el artículo 25 literal a), es decir, que el régimen de funcionarios de nombramiento ordinario y el provisional, pueda y deba hacerse mediante declaratoria de insubsistencia, pensar lo contrario supone atribuir al nombramiento provisional consecuencias que no tiene, es decir, someterlo al procedimiento del inciso 2º del artículo 26, sin que se comporte hipótesis material, porque el ingreso de estas personas no ocurrió previo un sistema de selección de mérito, lo cual como puede apreciarse, conduce a que la identidad material del ingreso al servicio por nombramiento ordinario*

*comparta analogía real con el ingreso al servicio público por nombramiento en provisionalidad. Esta identidad material que existe entre el nombramiento ordinario y el nombramiento provisional, encuentra disposición expresa en el Decreto 1950 de 1973, por medio de su artículo 107, que preceptúa que tanto el nombramiento ordinario como el provisional, pueden ser declarados insubsistentes sin motivación de la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que le asiste al Gobierno de nombrar y remover libremente a sus empleados. Emerge con claridad, que in factum no existe un linaje del funcionario provisional, sino que por el contrario se constituye en un fenómeno producto de la regulación de la legislación y de las normas reglamentarias vigentes, que no cuenta con el fuero de estabilidad propio de quienes acceden por mérito a los cargos de carrera administrativa luego de agotar las diferentes etapas del concurso, y que por consiguiente, adquiere el carácter de análogo con el ingreso al servicio por nombramiento ordinario; que de paso se convierte en una tautología de la razón que genera una situación in absurdo, porque que en el plano de la realidad, su duración se constituye en indefinida, pues ante la inexistencia de lista de elegibles se debe acudir sucesivamente al nombramiento provisional, situación que desconoce los principios de la carrera administrativa establecidos en el sistema de administración de personal adoptado por nuestro ordenamiento jurídico, con la consecuente lesión de los derechos de los trabajadores escalafonados en contravía de los principios constitucionales que los rigen. A esta altura del proceso, se advierte que se continua la línea jurisprudencial, plasmada en la sentencia de 13 de marzo de 2003, proferida en el radicado interno 4972-01, Actor: María Nelssy Reyes Salcedo, Consejero Ponente Dr. Tarsicio Cáceres Toro, tesis ratificada en providencia proferida por la Sala de Sección de 4 de agosto de 2010, expediente 319-2008, actor Aura Alicia Pedraza Villamarín, en la que igualmente se consideró que el acto de desvinculación de un funcionario provisional, no requiere motivación alguna, conclusión a la que arribó la Sala, luego de dirigir sus reflexiones al estudio histórico - normativo de la figura, pero precisando que la exigencia de no motivación del acto que declara la insubsistencia del provisional encuentra su excepción, en el Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004."*

En conclusión, la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterativa y constante, en afirmar que la calidad de provisionalidad de un empleado público no se puede equiparar a los empleados nombrados en carrera administrativa, y al estar el acto de nombramiento en provisionalidad desprovisto de procedimiento y motivación, y devenir más bien del ejercicio de una facultad discrecional del nominador, lo asimila a un cargo de libre nombramiento y remoción, y, por ello esta misma situación es predicable del acto de retiro; en este sentido no se quebranta, ni se desconoce el derecho constitucional y fundamental al debido proceso de la persona que así ha sido desvinculada, toda vez que todos los actos, incluso los administrativos, tienen una causa o motivación, así no aparezca de manera explícita. Lo anterior se traduce en que por no pertenecer a la carrera administrativa, pueden ser retirados discrecionalmente, en cualquier momento, sin necesidad de motivar la decisión, por lo menos con anterioridad a la expedición de la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005.

Por su parte, en lo que tiene que ver con la Corte Constitucional, en reiteradas sentencias de tutela está viene fijando como subregla constitucional la relacionada con que los actos de declaratoria de insubsistencia de empleos en provisionalidad deben ser motivados a efectos de no transgredir el derecho fundamental al debido proceso del empleado. Lo anterior por cuanto se estima por parte de la Corte que si el empleado no conoce los motivos que tuvo la Administración para retirarlo, no puede debatirlos ante la misma administración. Dicho criterio implica a la existencia del concepto de la estabilidad relativa de dichos empleados. (Corte Constitucional, Sentencia T-104/09, Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO).

En efecto, en la Sentencia T-800 de 1998, la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, expuso lo siguiente:

*(...) “La facultad con que cuentan los órganos y entidades del Estado para desvincular a sus servidores depende del tipo de sujeción que éstos tengan con la Administración. Los que ocupan cargos de carrera administrativa, por haberse vinculado mediante calificación de méritos, tienen una estabilidad laboral mayor que la de los servidores que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción; ésta se traduce en la imposibilidad que tiene el ente nominador de desvincularlos por razones distintas a las taxativamente previstas en la Constitución y la Ley.*

*En cambio, la estabilidad de los servidores que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción es, por así decirlo, más débil, ya que pueden ser separados del mismo por voluntad discrecional del nominador, según lo exijan las circunstancias propias del servicio. Aunque a la luz de la Constitución y la jurisprudencia, se trata de un régimen excepcional, debido al grado de flexibilidad y a la preeminencia del factor discrecional que reposa en cabeza del nominador, el régimen legal tiene previsto un control judicial de los actos de desvinculación para evitar posibles abusos de autoridad.*

*No obstante, cabe aclarar que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad. La Administración sólo podría desvincularlo por motivos disciplinarios o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar” (...).*

En la sentencia de unificación SU-250 de 1998, con ponencia del H. Magistrado Alejandro Martínez Caballero, con fundamento en el artículo 209 de la Constitución Política, la Corte señaló que en el ordenamiento jurídico colombiano prima el principio de publicidad en las actuaciones administrativas como forma de control de la arbitrariedad y que, por tanto, existe como regla general la obligación de motivar los actos de esa naturaleza, salvo en los eventos en que la Ley expresamente releve de este deber a las autoridades públicas, así:

*(...) “Dentro de los actos administrativos que no necesitan motivación están la nominación y la declaratoria de insubsistencia, en caso de los empleos que tienen el carácter de ser de libre nombramiento y remoción. La declaratoria de insubsistencia (decreto 1950 de 1973,*

*artículo 107) responde a “la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados” (...).*

La Corte Constitucional en la Sentencia T-251 de abril 2 de 2009, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, analizó las razones por las cuales la tesis del Consejo de Estado sobre la motivación de los actos de insubsistencia en provisionalidad no es válida en perspectiva constitucional, en ella se sostuvo:

*(...) “Esa diferencia sobre la motivación del acto, desconoce no sólo el principio de confianza legítima sino el artículo 25.1 y 25.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos que obliga a brindar una protección judicial rápida a las personas que están en la jurisdicción de un Estado.*

*.. es necesario hacer prevalecer la doctrina constitucional que desde hace más de 11 años viene defendiendo la jurisdicción constitucional, según la cual la discrecionalidad de la administración no es arbitrariedad, razón por la que la motivación de los actos administrativos de desvinculación de personas vinculadas a cargos de carrera en provisionalidad es obligatoria en defensa derechos fundamentales como el debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia, así como para hacer prevalecer los principios que rigen la función administrativa tales como el de la igualdad, la transparencia y la publicidad, entre otros.*

*.. La motivación de esa clase de actos surge de una interpretación sistemática de la Constitución que parte de la definición misma del Estado como un Estado Social de Derecho, y que impone a la administración la necesidad de erradicar la arbitrariedad en sus decisiones, en ese orden, ha entendido la Corte que la discrecionalidad no se limita por razón de la motivación, por cuanto el nominador puede desvincular a un provisional, pero explicando las razones de su decisión.*

*... Es decir, la administración tiene el derecho a mejorar el servicio o impedir su interrupción y como tal tiene la potestad de desvincular a un provisional cuando éste no se avenga a los requerimientos de ella, al tiempo que el provisional tiene el derecho a saber las razones por las cuales es desvinculado”. (...)*

Así mismo el máximo Tribunal Constitucional en Sentencia de Unificación 917 de 2010, luego de analizar diversas sentencias de tutela de tal Corporación, concluyó:

*“(...) En síntesis, la Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión.”*

Desde esta perspectiva, la línea argumentativa trazada por la jurisprudencia constitucional, encaminada a insistir en el deber de motivación de los actos administrativos de desvinculación de servidores públicos nombrados en provisionalidad, guarda relación directa con importantes preceptos de orden constitucional, entre los cuales en la citada sentencia SU-917, se destacan los siguientes: En primer lugar, la motivación de los actos es expresión de la cláusula de Estado de Derecho (art. 1 CP). En segundo lugar, la motivación de los actos administrativos es una garantía para el ejercicio del derecho de contradicción y defensa como componente del debido proceso (art. 29 CP). En tercer lugar, la motivación de los actos administrativos guarda relación directa con las características de un gobierno democrático (arts. 1, 123, 209 CP), en la medida en que constituye el instrumento por medio del cual las autoridades rinden cuentas respecto de las actuaciones desplegadas. En cuarto lugar, la motivación de los actos hace realidad el principio de publicidad en el ejercicio de la función administrativa, expresamente reconocido en el artículo 209 Superior, como corolario del principio democrático y de la prevalencia del interés general (Sentencia C-054 de 1996). (Corte Constitucional, Sentencia T-289/11, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

De manera que, la falta de motivación de los actos de insubsistencia o retiro de empleados que ocupan cargos en provisionalidad involucra, por esa sola circunstancia, un vicio de nulidad, por violación de normas superiores. En esta medida, para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales a la igualdad y al acceso efectivo a la administración de justicia, cuando una autoridad judicial, en abierto desconocimiento de la *ratio decidendi* de la jurisprudencia fijada por la Corte Constitucional, considera que el acto de desvinculación de un servidor público nombrado en provisionalidad no requiere motivación alguna y con ese argumento se abstiene de declarar la nulidad de dicho acto así como el restablecimiento del derecho, corresponde al juez de tutela conceder el amparo invocado. (Ibíd.).

Como podemos ver, la posición de la Corte Constitucional en relación a la motivación de los actos de insubsistencia de los provisionales, difiere de forma extrema con la tesis proferida por el Consejo de Estado. Para la primera, existe la obligación de motivar los actos de retiro, y en caso de que se omita tal deber, se configura un vicio por violación de principios y derechos de rango constitucional, como el debido proceso y acceso a la administración de justicia, así como para hacer prevalecer los principios que rigen la función administrativa tales como el de la igualdad, la transparencia y la publicidad, entre otros. (Ibíd.).

Este llamado “choque de trenes”, se transmite continuamente en diversos campos, de acuerdo a una reciente publicación hecha el Periódico Ámbito Jurídico de Legis S.A., (2013), refiere el artículo, no motivar la desvinculación de provisionales tiene fundamento constitucional: Consejo de Estado. Indicando que “la tesis de la Sección Segunda del Consejo de Estado según la cual el acto de retiro de un empleado en provisionalidad no requiere motivación proviene de un análisis constitucional. Así lo afirmó esta corporación, en respuesta a **la Corte Constitucional**, que **calificó esta tesis como “legal, mas no constitucional ni iusfundamental”**. La Sección aclaró que no motivar la desvinculación de los provisionales tiene fundamento en el artículo 125 de la Constitución, que señala las causales de retiro de los empleados de carrera. En otras palabras, como los empleados provisionales ingresan al servicio por razones discrecionales, no pueden ampararse en las causales de retiro de dichos servidores. **Tesis de la Corte Constitucional** contrario a lo que sostiene la Sección Segunda, la Corte Constitucional ha reiterado que los actos de desvinculación de los empleados provisionales en cargos de carrera deben

motivarse. Así lo hizo en la Sentencia SU-691 del 2011, al revocar varios fallos del Consejo de Estado en los que se confirmaron actos de insubsistencia de provisionales que no indicaban las razones de la decisión. A juicio de la Corte, **mientras no exista una lista de elegibles, los servidores nombrados bajo esta modalidad gozan de una estabilidad intermedia. Excepción** Si bien el Consejo defiende la discrecionalidad para declarar insubsistentes a los empleados provisionales, ha exceptuado de esta regla a quienes fueron nombrados en vigencia de la Ley 909 del 2004. En estos casos, la desvinculación sí debe motivarse, pues así lo estableció el legislador, explicó la Sección Segunda. **(Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencias 05001233100020050143501 (045111) y 08001233100020040160001 (03662009), oct. 12 y 21/11, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero)**”

### **1.3 Violación del derecho a la igualdad y al debido proceso de los empleados que fueron desvinculados con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 y de su Decreto Reglamentario 1227 de 2005.**

Como quedó expuesto, el Consejo de Estado defiende la discrecionalidad para declarar insubsistentes a los empleados provisionales, lo cual ha sido catalogado en el mundo jurídico como una tesis legalista y no constitucional. Al respecto y con la finalidad de rebatir tal calificación, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha señalado que la posición jurisprudencial adoptada en relación con la no motivación de los actos de desvinculación de los provisionales tiene fundamento en el artículo 125 de la Constitución Política, que señala las causales de retiro de los empleados de carrera, no pudiéndose equiparárseles a los provisionales a tal condición.

No obstante tal alegación, con el respeto debido a la jurisprudencia del Consejo de Estado, consideramos que le asiste razón a quienes señalan que en el tema aquí planteado, dicho órgano judicial se ha limitado a efectuar un análisis meramente legalista. Ello es ostensiblemente claro por el hecho de efectuar una diferenciación para las insubsistencias de provisionales acaecidas con antelación o con posterioridad a la Ley 909 de 2004.

Nótese que el Consejo de Estado tan solo acepta la obligatoriedad de la motivación de los actos de insubsistencia de los provisionales, ante la promulgación de una norma de rango reglamentario (Decreto 1227 de 2005) que contempló dicha obligatoriedad, lo cual nos da a entender que se requirió de un desarrollo legal, para aceptar la aplicación de principios constitucionalmente consagrados en la Carta Política de 1991, denotándose una evidente contradicción entre el denominado “principio de legalidad” en contraposición con la teoría de la “supremacía de la Constitución”.

En lo que a este tema atañe, vale la pena citar un artículo publicado precisamente por el Consejo de Estado (El nuevo Código y la Constitucionalización del Derecho Administrativo. Dr. Augusto Hernández Becerra, Presidente de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. 2012), en el cual el Dr. Augusto Hernández Becerra, al referirse a la Constitucionalización del Derecho Administrativo expone:

*“(…) Las Constituciones han sido tradicionalmente consideradas como un programa que fija objetivos a mediano y largo plazo, y que requiere la colaboración de los futuros parlamentos para que la ley vaya alcanzando progresivamente los propósitos constitucionales. La venerable señora Constitución, por todos respetada pero no siempre tomada en serio, no podía caminar por sus propios medios y necesitaba cabalgar en la ley para llegar a su destino. La Constitución, ley en potencia, se realizaba mediante su concreción en leyes, que a su vez aparecían cuando se presentaban las condiciones propicias para su expedición. La Constitución era como un menú, del cual la ley se servía lo que considerara oportuno y necesario. Como alguien con ingenio dijo en el siglo XIX, “las Constituciones semejan aquellos anuncios de fiestas campestres, que sólo se cumplen si el tiempo lo permite”.*

*Si bien ello pudo ser aceptable en el pasado, en nuestro tiempo la gente no quiere ni puede esperar a que la ley decida ocuparse de sus expectativas, en especial si se trata de sus derechos. Si estos no se les puede reconocer en tanto el Congreso legisle, hasta cuándo habrá que aguardar? ¿Qué hacer si el punto no interesa al legislador o se presentan temas que reclaman con mayor urgencia su atención, o si el gobierno decide no alentar iniciativas que se desvían de sus prioridades de gasto? Los derechos no dan espera, y si están en la Constitución, que también es ley, pero además fundamental, ocurre que la Constitución rige y obliga, como las leyes y más aún, y por consiguiente todas y cada una de sus disposiciones. Este giro en la visión constitucional cobró impulso indomable en Colombia a raíz de la expedición de la Constitución Política de 1991.”*

Acorde a lo anterior, le es criticable a la jurisprudencia del Consejo de Estado el hecho de que si la Constitución Política de Colombia contempla el debido proceso como un derecho fundamental, no se entiende el por qué fue necesario que el Legislador apoyado en el ejecutivo, a través de una Ley y un Decreto Reglamentario de la misma, materializaran normativamente la obligatoriedad de motivar el acto administrativo de insubsistencia de provisionales, para que la Jurisprudencia Contencioso Administrativa acogiera como cierta y exigible tal actuación, lo cual genera la inquietud en relación con si bajo dicha perspectiva los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política no son de aplicación directa, sino que necesitan desarrollo legal para su aplicación.

Son muchas las razones constitucionales, que hacen apremiante la motivación de los actos administrativos de insubsistencia, como quiera que se busca garantizar por todos los medios, los derechos intrínsecos del trabajador y las garantías propias del debido proceso a que tiene derecho todo ciudadano cuando existe una decisión de la administración que lo afecta y pone en entredicho las razones por las cuales ha sido declarado insubsistente.

Todas estas garantías están encaminadas precisamente a que no exista margen de duda en relación con la transparencia, legalidad y publicidad de la decisión administrativa que pone fin a un vínculo laboral y que se presume, justificada en la buena prestación de servicio público, como uno de los fines fundamentales del Estado Social de derecho.

Por demás, es clara la violación del derecho fundamental a la igualdad de quienes tuvieron el infortunio de ser retirados de los cargos que ocupaban en provisionalidad con antelación a la vigencia de las normas citadas, puesto que si bien la expedición de dichas normas (Ley 909 de 2004 y Decreto Reglamentario 1227 de 2005) se presenta como un hecho diferencial entre ambos supuestos fácticos, lo cierto es que la necesidad de motivar el acto de insubsistencia más allá de devenir del contenido de las normas legales y reglamentarias en comento (posición sostenida por el Consejo de Estado), consideramos que dicha obligatoriedad proviene de la Constitución Política.

## **2. CONCLUSIONES**

La Jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterativa y constante, en afirmar que la calidad de provisionalidad de un empleado público no se puede equiparar a los empleados nombrados en carrera administrativa, y al estar el acto de nombramiento en provisionalidad desprovisto de procedimiento y motivación, y devenir más bien del ejercicio de una facultad discrecional del nominador, lo asimila a un cargo de libre nombramiento y remoción, y, por ello esta misma situación es predicable del acto de retiro; en este sentido no se quebranta, ni se desconoce el derecho constitucional y fundamental al debido proceso de la persona que así ha sido desvinculada, toda vez que todos los actos, incluso los administrativos, tienen una causa o motivación, así no aparezca de manera explícita. Lo anterior se traduce en que por no pertenecer a la carrera administrativa, pueden ser retirados discrecionalmente, en cualquier momento, sin necesidad de motivar la decisión, por lo menos con anterioridad a la expedición de la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005.

Por su parte, la Corte Constitucional, en reiteradas sentencias de tutela está viene fijando como subregla constitucional la relacionada con que los actos de declaratoria de insubsistencia de empleos en provisionalidad deben ser motivados a efectos de no transgredir el derecho fundamental al debido proceso del empleado. Lo anterior por cuanto se estima por parte de la Corte que si el empleado no conoce los motivos que tuvo la Administración para retirarlo, no puede debatirlos ante la misma administración. Dicho criterio implica a la existencia del concepto de la estabilidad relativa de dichos empleados.

La posición de la Corte Constitucional en relación a la motivación de los actos de insubsistencia de los provisionales, difiere de forma extrema con la tesis proferida por el Consejo de Estado. Para la primera, existe la obligación de motivar los actos de retiro, y en caso de que se omita tal deber, se configura un vicio por violación de principios y derechos de rango constitucional, como el debido proceso y acceso a la administración de justicia, así como para hacer prevalecer los principios que rigen la función administrativa tales como el de la igualdad, la transparencia y la publicidad, entre otros

La diferencia existente entre la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, debe ser superada para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales a la igualdad y al acceso efectivo a la administración de justicia, así como para salvaguardar otros principios constitucionales no menos importantes como el de confianza legítima, la coherencia sistémica y la seguridad jurídica, lo que sólo ocurre mediante la procedencia de la tutela contra las providencias.

La falta de motivación del acto administrativo mediante el cual se decide la desvinculación o insubsistencia de un funcionario público en provisionalidad, coloca en estado de indefensión a éste, impidiéndole conocer las razones por las cuales fue desvinculado o declarado insubsistente, y de contera, impidiéndole implementar su derecho de defensa, razón por la cual con tal actuación la administración vulnera flagrantemente el debido proceso y el derecho de defensa del servidor público.

En suma, se vulneran los derechos fundamentales al debido proceso y acceso efectivo a la justicia cuando una autoridad judicial, en franco desconocimiento de la *ratio decidendi* de la jurisprudencia fijada por la Corte Constitucional, considera que el acto de desvinculación de un servidor público nombrado en provisionalidad no requiere motivación alguna y con ese argumento se abstiene de declarar la nulidad de dicho acto así como el restablecimiento del derecho.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁMBITO JURÍDICO. No motivar la desvinculación de provisionales tiene fundamento constitucional: Consejo de Estado. Editorial Legis S.A., 10 de Abril 2013. En internet: [http://ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120410-01\(no motivar la desvinculacion de provisionales tiene fundamento constitucional conse\)/noti-120410-01\(no motivar la desvinculacion de provisionales tiene fundamento constitucional conse\).asp](http://ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120410-01(no%20motivar%20la%20desvinculacion%20de%20provisionales%20tiene%20fundamento%20constitucional%20conse)/noti-120410-01(no%20motivar%20la%20desvinculacion%20de%20provisionales%20tiene%20fundamento%20constitucional%20conse).asp)

COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL. La Provisión de Empleos de Carrera en Colombia, por Pedro Alfonso Hernández, 2005. En internet: <http://cnsc.gov.co/docs/3.3.23.2.2104.pdf>

COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL. Radicación No. 2-2009-00986. Marzo 20 de 2009. En internet: [http://cnsc.gov.co/docs/arc\\_3002.pdf](http://cnsc.gov.co/docs/arc_3002.pdf)

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991. Legis Editores S.A., Bogotá, 2012, Vigésima Séptima Edición.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1886. En Internet:  
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153>

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 443 de junio 11 de 1998. Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 165 de octubre 29 de 1938. Por la cual se crea la carrera administrativa.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 19 de noviembre 18 de 1958. Sobre reforma administrativa.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia SU-917 de noviembre 16 de 2010. Magistrado Ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. Expedientes Acumulados.

COLOMBIA. Presidencia de la República – Ministerio de Gobierno. Decreto 1732 de julio 18 de 1960. Sobre servicio civil y carrera administrativa.

COLOMBIA. Presidencia de la República. Decreto 2400 de septiembre 19 de 1968. Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 65 de diciembre 28 de 1967. Por el cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para modificar la remuneración y régimen de prestaciones de las Fuerzas Militares, se provee al fortalecimiento de la administración fiscal, se dictan otras disposiciones relacionadas con el mejor aprovechamiento de las partidas presupuestales destinadas a gastos de funcionamiento y se crea una nueva Comisión Constitucional Permanente en las Cámaras Legislativas.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 61 de diciembre 30 de 1987. Por la cual se expiden normas sobre la Carrera Administrativa y se dictan otras disposiciones.

COLOMBIA. Presidencia de la República. Decreto 1227 de 21 de abril de 2005. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998.

COLOMBIA. Departamento Administrativo de la Función Pública. Decreto 1894 de 11 de septiembre de 2012. Por el cual se modifican los artículos 7° y 33 del Decreto 1227 de 2005.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 387 de julio 18 de 1997. Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia.

COLOMBIA. Presidencia de la República. Decreto 1950 de 24 de septiembre 1973. Por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil.

COLOMBIA. Presidencia de la República. Decreto 1330 de julio 13 de 1998. Por el cual se reglamenta parcialmente el parágrafo 2 del artículo 15 y el artículo 16 de la Ley 443 de 1998.

COLOMBIA. Presidencia de la República. Decreto 1572 de agosto 5 de 1998. Por el cual se reglamenta la Ley 443 de 1998 y el Decreto - Ley 1567 de 1998.

COLOMBIA. Presidencia de la República. Decreto 2504 de diciembre 10 de 1998. Por el cual se modifican los artículos 2, 4 y 12 (transitorio), 130, 131, 135, 149, 151, 154, 155 y 156 del Decreto 1572 de 1998.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 909 de 23 de septiembre de 2004. Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-289 de abril 14 de 2011. Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB. Expediente T- 2.882.988.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-104 de febrero 20 de 2009. Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. Expediente T-2031790.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-800 de diciembre 14 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA. Expediente T-179.755.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia SU-250 de mayo 26 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Expediente T-134192.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-251 de abril 2 de 2009. Magistrada Ponente (e): Dra. CRISTINA PARDO SCHLESINGER. Expedientes T-2073981 y T-2074588.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia SU-917 de diciembre 16 de 2010. Magistrado Ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. Expedientes varios.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-054 de febrero 15 de 1996. Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Expedientes acumulados N° D-1002, D-1004, D-1005, D-1006, D-1010, D-1016, D-1023.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-289 de abril 14 de 2011. Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB. Expediente T- 2.882.988.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sentencia del 21 de octubre de 2010 C.P. Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sentencia del 27 de Enero de 2011. C.P. Dr. GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN.

COLOMBIA, Consejo de Estado. Instituciones del Derecho Administrativo en el Nuevo Código: Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011, Bogotá D.C., 2012.

HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. El nuevo Código y la Constitucionalización del Derecho Administrativo. 2012.

PINZÓN ARIZA, Blanca Ligia. Carrera administrativa. Doctrina - Legislación - Comentarios - Jurisprudencia. Edición 2000.

