

AGRADECIMIENTOS

La Revista Justicia, Sociedad y Derecho del programa de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Boyacá, agradece a los profesionales que han colaborado como evaluadores de los artículos recepcionados y a todo el equipo de publicaciones que apoya la edición.

SOLICITUD DE CANJE

Politeca - Universidad de Boyacá

Cra. 2 Este No. 64-169 - PBX: 7450000

Correo electrónico: politeca@uniboyaca.edu.co

Copyright 2016

Los artículos publicados en esta revista pueden ser reproducidos citando la fuente

POLÍTICA EDITORIAL

La Revista Justicia, Sociedad y Derecho, del programa de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Boyacá, es una publicación de carácter científico, con periodicidad semestral, dirigida a la comunidad académica, científica y universitaria interesada en áreas del derecho, las ciencias políticas, jurídicas y sociales, en donde investigadores, docentes y estudiantes de los diferentes niveles académicos, expresan su pensamiento a través de su producción intelectual con origen en procesos académicos de investigación socio-jurídica.

PÚBLICO OBJETIVO

La Revista está dirigida a profesionales, investigadores, docentes y estudiantes de las Ciencias Jurídicas y Sociales.

PROPIEDAD INTELECTUAL

Los autores ceden a la Revista Justicia, Sociedad y Derecho, los derechos de autor y propiedad intelectual, derechos de copia de todas las formas y medios conocidos. En caso de no ser publicado el artículo, la Universidad de Boyacá accede a retornar los derechos enunciados a los autores. La evidencia científica, el conflicto de intereses y el contenido de los documentos son de responsabilidad exclusiva y única de los autores.

_CONTENIDO



PRESENTACIÓN 6_7

Rosita Cuervo Payeras

ARTÍCULO_01

IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA 8_25

Olga Sofía Morcote González

Marlon Iván Maldonado

Héctor Oswaldo Pinilla

ARTÍCULO_02

LINDEROS INDETERMINADOS ENTRE EL CONTRATO ESTATAL Y LA DONACIÓN 26_49

Pedro Javier Barrera Varela

ARTÍCULO_03

LA RESPONSABILIDAD FISCAL DEL CONTRATISTA Y DEL SUBCONTRATISTA 50_65

Diana Patricia Reyes Dacosta

ARTÍCULO_04

LA PROTECCIÓN EXTENSIVA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL 66_87
DE MUJERES CON VIH/SIDA

Dannia Estefani López Cruz

ARTÍCULO_05

LA ENCRUCIJADA DE LA DESCENTRALIZACIÓN EN COLOMBIA 88_113

Diego Fernando Rodríguez Casallas

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES 114_117

PRESENTACIÓN

Es para mí un gran orgullo, presentar el primer número de la Revista “Justicia, Sociedad y Derecho” con fines de indexación; el nombre de la misma ya nos indica su objetivo, que es mostrar cuáles son los principios de Justicia que debe seguir el Derecho en beneficio de todos los estamentos de la sociedad.

Los trabajos aquí publicados son producto de la investigación que adelantan los docentes y estudiantes auxiliares de investigación de la Universidad, en cumplimiento del principio misional de generar más conocimientos para responder a las problemáticas generadas en la aplicación de normas constitucionales y legales. Asimismo se incluye el trabajo de académicos externos a la Institución quienes comparten la inquietud de ofrecer, desde el escenario universitario, reflexiones en torno a la realidad jurídica colombiana.

Para la presente versión de Justicia, Sociedad y Derecho, se abordan diferentes temáticas como la “Importancia del principio de publicidad en la contratación pública”, tema desarrollado por los profesores Morcote, Maldonado y Pinilla, en el cual analizan a partir del artículo 209 de la Constitución Política colombiana, la obligación de las autoridades en los diversos niveles de gobierno de cumplir con el principio de informar - publicar precisamente - todo lo relacionado con la contratación pública, con el fin de evitar procedimientos irregulares y actos de concepción que van contra el manejo adecuado de los recursos del Estado, de las regiones y de los municipios, es decir, ante los intereses de la nación.

En su artículo acerca de los linderos indeterminados entre el contrato estatal y la donación, el abogado Barrera presenta una interesante reflexión



acerca del precepto plasmado en el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia, que define un tipo de regla que prohíbe expresamente las donaciones y auxilios decretados por cualquier Rama del poder público con destino a particulares; norma que, sin embargo, deja a los gobiernos nacional, departamental y municipal, la potestad de celebrar contratos con entidades sin ánimo de lucro, situación que genera múltiples interrogantes relacionados con la salvaguarda del principio de selección objetiva que debe orientar toda la actividad contractual del Estado colombiano.

La abogada Reyes Dacosta, realiza una aproximación conceptual a los términos de la gestión fiscal conexas y su relación con la posible derivación de responsabilidad fiscal frente a contratistas y subcontratistas del Estado. Su análisis aborda, en primer lugar, el caso de los convenios interadministrativos, y en segundo lugar, el caso de los subcontratistas, para determinar la diferencia en las relaciones jurídicas que se entablan en cada uno de los extremos contractuales nombrados, así como la defensa jurídica de los mismos.

La auxiliar de investigación, Dannia Estefani López Cruz, estudiante de Derecho y Ciencias Políticas, presenta en este primer número de la revista los resultados de su trabajo de investigación en el cual realiza un seguimiento a los criterios de la Corte Constitucional y

el precedente jurisprudencial tenido en cuenta frente al amparo de la salud de personas que padecen el Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida (SIDA) y/o que son portadores del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), criterios orientados a garantizarle a ese segmento de la población la protección en materia de salud, teniendo en cuenta que esta no se consideró como derecho fundamental en la Carta Política colombiana, pero que requieren de su protección.

Por último, el abogado Rodríguez Casallas, plantea los antecedentes, las problemáticas y los retos implícitos en el proceso de descentralización política y administrativa en Colombia y cómo este ha evolucionado desde la década de los ochentas, con la aparición de la elección popular de alcaldes y gobernadores, pasando por las limitaciones que le impone el clientelismo hasta llegar a las posibilidades que ofrece la descentralización en el esquema de desarrollo local.

Confiamos que este trabajo académico sirva de consulta para docentes, estudiantes e investigadores del Derecho, interesados en generar nuevas interpretaciones y propuestas tendientes al mejoramiento continuo del orden social y jurídico del país.

Rosita Cuervo Payeras
Rectora



IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

RESUMEN

El propósito de este artículo, resultado de investigación, es hacer una aproximación para identificar una línea jurisprudencial referida al principio de publicidad de los actos administrativos producidos dentro del proceso de contratación administrativa y más concretamente sobre los actos administrativos que se generan en la etapa precontractual del procedimiento de licitación pública.

La reciente legislación contenida en el Decreto 019 de 2012 introduce reformas importantes en cuanto a la publicidad de los actos precontractuales. La administración tiene la oportunidad de recurrir a esos medios de publicidad supletorios denominados bando y aviso, en defecto de los tradicionales o principales medios de publicación tales como el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) y la página web de la entidad.

El artículo 209 de la Constitución nacional refiere que la función administrativa está regida, entre otros, por los principios de publicidad y moralidad, los cuales al tenor de la norma constitucional se convierte en fuente orientadora de la actividad administrativa y, por demás, en un derecho de la sociedad para demandar de sus autoridades el actuar en correspondencia con los postulados legales y constitucionales y a su vez con los postulados sociales. Tratándose la publicidad como un punto de partida que de darse cumplimiento en la forma reclamada interactúa en plena consonancia con el principio de moralidad, por el contrario, de no lograrse la efectividad del primero, la afectación del segundo será directamente proporcional.

Palabras clave: Estado Social de Derecho, principio, publicidad, moralidad, corrupción, contratación administrativa.

Olga Sofía Morcote González*

Marlon Iván Maldonado**

Héctor Oswaldo Pinilla***

*Directora (e) del programa de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Boyacá. Abogada de la Universidad de Boyacá - Administradora Pública de la Escuela Superior de Administración Pública ESAP, Magíster en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás de Aquino -Bogotá. Cursa estudios de Doctorado en Filosofía y Ciencia Política con la Universidad de Nuevo León, México. (Contacto: olgmorcote@uniboyaca.edu.co)

**Director de postgrados de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Boyacá. Abogado de la Corporación Universitaria de Barranquilla y Magíster en Derecho Empresarial de la Universidad Autónoma de Barcelona-España. (Contacto: mimaldonado@uniboyaca.edu.co)

***Jefe del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Boyacá. Abogado de la Universidad de Boyacá - Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás, Especialista en Instituciones Jurídico-Procesales de la Universidad Nacional, Curso de Especialización en Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca y Magíster en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. (Contacto: hecpinilla@uniboyaca.edu.co)

Fecha de recepción: abril 14 del 2015.

Fecha de aceptación: junio 17 del 2015

IMPORTANCE OF THE PRINCIPLE OF ADVERTISING IN PUBLIC PROCUREMENT

ABSTRACT

Citar este artículo así:

Morcote, O., Maldonado, M. y Pinilla, H. (2016). Importancia del Principio de Publicidad en la contratación pública. *Justicia, Sociedad y Derecho*, 1(1), 8-25.



The purpose of this paper is to create an approach to identify a line of jurisprudence referred to the principle of advertising in public administrative acts produced within the government contracting process; and more specifically, on the administrative acts that are generated in the pre-contractual stage of the tender procedure.

The recent legislation in Decree 019 of 2012 introduced major reforms that have to do with advertising pre-contractual acts. The administration has the opportunity to use those means of interim advertising called supplemental notice; in the absence of traditional or mainstream publication media such as Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) and the website of the entity.

Article 209 of the Constitution states that the administrative function is governed, inter alia, by the principles of openness and morality. These principles, according to the constitutional provision, become a guiding source of the administrative activity, as well as a right for society to demand that the authorities act in accordance with the legal and constitutional principles; and also with the social principles.

Considering advertising as a starting point that may be fulfilled in the claimed manner, it interacts completely with the principle of morality; however, if the first one is not achieved effectively, the second one will be affected proportionally.

Keywords: Social State of law, principle, advertising, morality, corruption, government contracting.

INTRODUCCIÓN

El establecimiento de un Estado Social de Derecho, tal como lo prevé la Constitución Política de 1991, supuso para el Estado el establecimiento de unas herramientas y mecanismos que facilitaran su funcionamiento. Por tal razón, y especialmente en lo referente a la función pública, se estableció en el artículo 209 de la Carta que la misma se desarrollaría con fundamento en varios principios, entre ellos el de publicidad.

Para lograr tal objetivo, fue preciso que todos sus estamentos trabajaran de manera armónica y coherente con los principios del Estado. Por esta razón, era preciso también propender por el establecimiento de mecanismos idóneos para disminuir los altos niveles de corrupción del país y lograr que la aplicación de los recursos se realizara de la manera más clara y precisa que redunde en el máximo beneficio, así lo expresó el Documento Conpes 3249 de octubre 20 de 2003, sobre política de contratación pública, aspecto que se desarrolla en el artículo 2 del Código Contencioso-Administrativo, Ley 1437 de 2011.

Dado que esta situación no es ajena a la contratación, ya que a través de este medio se canaliza la mayor cantidad de recursos del Estado, para la consecución de los propósitos del Gobierno, así como para conseguir los objetivos de un Estado Social de Derecho, moderno y transparente, en el presente artículo se dará cuenta del principio de publicidad que debe presidir los procesos de contratación.



ACERCA DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

El Consejo de Estado en jurisprudencia relacionada con las bases del principio de transparencia, sentencia del 29 de agosto de 2007, expediente número 15324, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez, actor Rubén Pérez Romero, en relación con este tema manifestó que este principio se impone con el cumplimiento de requisitos y procedimientos que garantizan la selección de la mejor propuesta para satisfacer el objeto del contrato por suscribir, e igualmente señala:

De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la contratación estatal tiene como fin, “la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”. Al efecto, el legislador dispuso que las actuaciones contractuales de las entidades estatales deban supeditarse al cumplimiento de los principios de la contratación estatal. El principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas debe “edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración.

Con el objetivo de limitar la discrecionalidad del administrador público, se impone el cumplimiento de

requisitos y procedimientos que garantizan la selección de la mejor propuesta para satisfacer el objeto del contrato a suscribir. En este orden de ideas, la suscripción del contrato debe estar precedida, de acuerdo con la letra del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 de un proceso de licitación o concurso público y, excepcionalmente, de un proceso de contratación directa.(...) Es en desarrollo del principio de transparencia que se impone la obligación de realizar los procesos de licitación, concurso o contratación directa “sin tener en consideración favores o factores de afecto o de interés” Lo anterior, con el objetivo de garantizar el derecho a la igualdad entre los oferentes y evitar el favorecimiento indebido, por cuanto se estarían desconociendo los principios de igualdad e imparcialidad.

Si bien es un principio, su concreción no fue fácil, debido a la dificultad de aplicar normas adoptadas de otros Estados al caso puntual nacional (Borja 2003); ya estando así establecido, es preciso darle aplicación a tales principios, en aras de propender, entre otros, por el éxito económico del Estado (Silva-Colmenares, 1996). Sin embargo, de acuerdo con Bautista (2002) para poder pensar en un éxito económico, es preciso antes detenerse a pensar en los aspectos morales.

Tal panorama dio lugar a la promulgación de la Ley 80 de 1993, Estatuto Contractual, que reconoce como una finalidad de la contratación estatal garantizar la posibilidad de alcanzar los propósitos que se tuvieron en cuenta previamente al inicio del proceso de contratación¹.

¹ Véase la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993.

Como primer avance se señala de manera genérica que todos los contratos, en que una de las partes sea el Estado, será considerado un contrato estatal, con lo cual le será aplicable el régimen previsto en la norma (Vega, 2005), con cuatro grandes ámbitos de excepción como son i. Empréstitos y cooperación internacional. ii. Actividad bancaria y aseguradora. iii. Algunos asuntos en comunicaciones. iv. Exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables (Gómez, 2011, p. 11)². Posteriormente la citada Ley establece en su artículo 23, dentro de los principios de la contratación estatal, el de transparencia, en el cual se configura, entre otras cosas, la publicidad que debe observarse permanentemente en el proceso contractual, para garantizar entre otros aspectos, que la selección del contratista se realice aplicando el principio de selección objetiva.

Frente a la importancia de los Principios Contractuales como el de economía, responsabilidad y selección objetiva el Consejo de Estado en sentencia de 29 de agosto de 2007, expediente número 15324, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez, actor Rubén Pérez Romero, ha señalado respecto a los principios de la Contratación Estatal su Obligatoriedad y cumplimiento en los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva

² Según el autor, posterior a esta interpretación inicial del contrato estatal, igualmente se han desarrollado otra serie de interpretaciones motivadas por el desarrollo legislativo que sobre el tema se ha presentado. Teniendo en primer lugar, el previsto por la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios; un segundo régimen creado en virtud del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 que comprende las materias que excepcionalmente son sometidas al derecho privado y a las normas especiales de derecho público; y tercero, los particulares que contratan con recursos públicos y por lo tanto están sometidos al control fiscal.

de la propuesta más favorable. La oferta que sea seleccionada deberá ser aquella que haya obtenido la más alta calificación. Se impone a la administración la obligación de actuar de buena fe. Igualmente respecto al principio de economía pretende que la actividad contractual “no sea el resultado de la improvisación y el desorden, sino que obedezca a una verdadera planeación para satisfacer necesidades de la comunidad” (...). Este principio exige al administrador público el cumplimiento de “procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable (...)”. En efecto, el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 especifica que dichos requisitos deben cumplirse con anterioridad a la apertura de los procesos licitatorios o invitaciones a proponer, y en todo caso, nunca después de la suscripción de los contratos. (...) El principio de responsabilidad, impone al servidor público la rigurosa vigilancia de la ejecución del contrato, incluida la etapa precontractual, por cuanto atribuye la obligación de realizar evaluaciones objetivas sobre las propuestas presentadas, de acuerdo con los pliegos de condiciones efectuados con anterioridad. Asimismo se encuentra el principio de selección objetiva en virtud del cual “la oferta que sea seleccionada deberá ser aquella que haya obtenido la más alta calificación como resultado de ponderar los factores o criterios de selección establecidos en los documentos de la licitación, concurso o contratación directa” (...) También se impone a la administración la obligación de actuar de buena fe en la elaboración de los estudios que sustentan la necesidad de la contratación, por cuanto estos salvan de la improvisación, la ejecución misma del objeto contractual. El principio de buena fe se encuentra estrechamente relacionado con el principio de planeación que, como pilar de la actividad negocial, exige que la decisión de contratar responda a necesidades identificadas, estudiadas,

evaluadas, planeadas y presupuestadas previamente a la contratación por parte de la administración. Para lograrlo, se debe velar igualmente por el cumplimiento del principio de publicidad en virtud del cual se debe poner a disposición de los administrados, las actuaciones de la administración, con el objetivo de garantizar su transparencia y permitir la participación de quienes se encuentren interesados. Finalmente, la efectividad del principio de igualdad “depende de un trato igualitario a todos los oferentes tanto en la exigencia de los requisitos previstos en el pliego de condiciones, como en la calificación de sus ofertas y, por supuesto, en la selección de aquella que resulte más favorable para los intereses de la administración”. Al momento de contratar, el Estado está en la obligación de definir los fundamentos de la participación de los oferentes y los criterios de evaluación con rigurosa aplicación de los principios de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, buena fe, planeación, publicidad e igualdad, entre otros, con el objeto de cumplir los fines propios de la contratación estatal. Lo anterior, para evitar la nulidad absoluta de los contratos que sean suscritos sin el cumplimiento de los requisitos necesarios para su validez. (...) Así las cosas, las anteriores constataciones evidencian que el Departamento de Cundinamarca, Secretaría de Hacienda, adelantó un procedimiento sin el lleno de los requisitos exigidos para su validez, con directa violación de los principios de transparencia, igualdad y selección objetiva establecidos en la Ley 80 de 1993. Este hecho configura la nulidad absoluta de los contratos SH-A-017-94, SH-A-019-94 y SH-A-025-94 suscritos con el señor Carlos Edgar Moreno Ríos, por cuanto fueron celebrados contra expresa prohibición legal, contenida en el numeral 8° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en virtud de la cual, “las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán

sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.

Entrando a reforzar el interés del Estado que propende por la transparencia y la publicidad en la contratación, se creó el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP), a través del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007; según Márquez (2007), es más importante la interpretación que por medio de la citada Ley se da al contrato estatal, entendiéndolo como un instrumento de la gestión pública. La publicación en el SECOP se realizará teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 2.2.5 del Decreto 734 de 2012, reglamentario de la Ley 80 de 1993. Sobre este tema en particular se ha pronunciado el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

En consecuencia, la intención del Legislador al definir legalmente este principio, fue la de regular la escogencia de la mejor oferta mediante una selección en la que prime la transparencia, imparcialidad e igualdad de oportunidades, y ajena a consideraciones subjetivas, para lo cual juegan un papel preponderante los factores y criterios de selección que en función a la específica necesidad haya fijado la administración en los respectivos pliegos de condiciones o términos de referencia. (Sala de lo Contencioso Administrativo, n. 24715, 2007).

Sin embargo, el establecimiento de tales principios y de ciertos mecanismos hasta la fecha no ha sido suficiente para poner freno a las situaciones de corrupción. Este aspecto se aprecia con mayor claridad según Beltrán (2012) en los funcionarios públicos

13

de alto rango encargados de decidir sobre el destino de los recursos públicos en materia de contratación. Serrato (2011) para referirse a este punto, cita a Morris y anota que existen áreas críticas a la corrupción, siendo la contratación una de las más relevantes, en la medida en que se antepone el interés particular sobre el general (Restrepo, et.al 2006), aspecto que afecta grandemente el principio de publicidad antes citado, ya que no es total y libre acceso a la información para participar dentro de los procesos contractuales.

EL ESTABLECIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD COMO MEDIO PARA GARANTIZAR LA TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN

De acuerdo con Bautista (2002), todo servidor público se debe al pueblo, su sueldo es pagado por la sociedad y por lo tanto este tiene una responsabilidad y compromiso con la comunidad a la cual, además, debe respetar. Esta situación, y la búsqueda de la transparencia, como fundamento del principio de publicidad en la contratación, sentaron igualmente las bases para el desarrollo del principio de responsabilidad de los servidores públicos según lo previsto en el artículo 90 de la Constitución nacional, a efectos de que asuman las consecuencias de sus actos que vayan en contravía del bienestar general de todos los coasociados. Se busca entonces, de acuerdo con Santofimio (2009), la medida, el cuidado, planeación suficiente y distribución de riesgos, lo que supone no adoptar el camino fácil en cuanto a la asunción de la responsabilidad y riesgos sin control, dentro del presupuesto de la búsqueda del bien común y del interés general que debe perseguir la administración pública

(Rodríguez, 2002), durante las distintas etapas de la contratación (Dussán, 2005).

Lo anterior cobra mayor relevancia, máxime cuando en la contratación estatal debe identificarse de modo permanente un elemento de previsibilidad, por lo cual cualquier acto que no responda a la misma, atenta directamente contra el interés general. Sobre este particular Palacio (2010) anotó que es importante este aspecto relativo a la integración de las consecuencias del funcionario que por su conducta haya dado lugar al perjuicio, como mecanismo idóneo para evitar el desangre financiero en cuanto a la contratación, primeramente en la observancia del cumplimiento de los objetivos de la contratación, como medio para conseguir los fines del Estado, todo esto en consonancia con los artículos 6, 90, 122, 123 y 209 de la Constitución.

De esta forma el Estatuto Contractual, en sus artículos 26, 56 y 59, incluye mecanismos para determinar la responsabilidad penal, civil, disciplinaria y fiscal en la que pueden incurrir no solo los servidores públicos, sino también los particulares que tomen parte en los procesos contractuales, agregando un aspecto importante como lo es la indelegabilidad de la responsabilidad. Para los particulares se trata entonces, de acuerdo con Cárdenas (1994), de una asimilación del particular con el servidor público que cumple funciones públicas en lo relativo a la contratación, ya que siendo el Estado una ficción legal, obligatoria y permanente requerirá de la colaboración de los particulares (Fonseca, 2000).



La Corte Constitucional para determinar la exequibilidad de este régimen de responsabilidad, se pronunció a través de la Sentencia C-372 del 15 de mayo de 2002, MP. Jaime Córdoba, anotando que el articulado general de la Carta ofrece suficiente respaldo a dicho régimen. Por lo anterior, los servidores públicos deberán moverse en un marco legal fundamentado en la Constitución, la cual establece que no habrá empleo público que no tenga unas funciones previamente establecidas, precisamente para determinar la responsabilidad por cualquier actividad por fuera del mismo.

Este panorama fundamenta el desarrollo de una dualidad en el sentido de que no es suficiente establecer una regulación que establezca el principio de la responsabilidad, sino que en consonancia con el mismo, es preciso el desarrollo de sanciones a las personas que cometan tales conductas que se encuentren en contravía con la función pública. Sobre este tema se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia C-716 de 2002, señalando que: “En el marco de un Estado de Social de Derecho, como es el caso colombiano, resulta impensable imaginar una actividad legalmente regulada que no se encuentre sometida a un control específico”.

Por lo tanto, es preciso establecer, dentro del principio de transparencia y de responsabilidad, las sanciones del caso para el servidor público que por no dar la publicidad requerida a la iniciación de un proceso contractual, genera una pérdida de oportunidad, no solo para el contratista que ve coartado su derecho de intervenir en los procesos de contratación estatal, sino también para el Estado que debe y puede elegir

la mejor opción entre todas las que pudieron haberse allegado, de haberse realizado correctamente el proceso de invitación a la contratación. Rico (2007), cita a Mazeaud y Tunc, para referirse que en este caso podría reclamarse el menoscabo eventual como resultado de la responsabilidad por incumplimiento en la correcta publicidad del proceso contractual.

En este marco regulatorio de la responsabilidad, se promulgó la Ley 190 de 1995, por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijaron disposiciones para erradicar la corrupción, la cual, entre otros aspectos, modificó el Código Penal de la época, introduciendo la inhabilidad para el desempeño de funciones públicas y una definición de servidor público que sería usada a efectos de la adecuación de las conductas que pudieran ser realizadas bajo tal calidad, introduciendo además los tipos de peculado, concusión y, cohecho, entre otros.

Además de la responsabilidad penal y civil de los servidores públicos, en desarrollo de la responsabilidad contractual que deben tener en cuenta, se promulgó, de una parte, la Ley 610 de 2000, por la cual se estableció el proceso de responsabilidad fiscal, que de acuerdo con su artículo primero, es el conjunto de actuaciones administrativas tendientes a determinar la responsabilidad fiscal de los servidores públicos en el ejercicio de la gestión fiscal. De otro lado, la Ley 734 de 2002, que derogó a la 200 de 1995, estableció el Código Único Disciplinario, que en su artículo 23 establece que será constitutiva de falta disciplinaria y como tal de sanción, la comisión de las conductas

15

tipificadas en dicho Código sin estar amparado en ninguna causal de exclusión de responsabilidad; o según Penagos (2005) que haya como razón de ser del poder disciplinario, la sanción de las conductas de los individuos, que como servidores públicos o particulares, tengan algún tipo de relación especial con la administración pública.

Para los particulares, la responsabilidad nace a partir de un deber como ciudadanos, de colaborar con las tareas y objetivos del Estado, las cuales no pueden ser en su total cubiertas por los funcionarios del Estado. De acuerdo con la Sentencia C-089A de 1994 para los particulares “se entiende por función, el ejercicio de las tareas, atribuciones y responsabilidades que se adscriben a una actividad o estructura u organización para, mediante su realización, obtener unos determinados cometidos o finalidades”.

Este criterio es reforzado por la Sentencia C-543 de 2001 en el sentido de señalar que tales condiciones y funciones deben ser expresamente señaladas a discrecionalidad del legislador, máxime cuando se trate de actividades que lleven implícitas el manejo de los recursos del Estado, que para el caso concreto se entiende por tal la contratación pública, ejercicio que en consonancia con lo anotado en la Sentencia C-181 de 2002, por sí solo constituye función pública, por lo cual las leyes que lo regulen deben mostrar la mayor concreción y exactitud posibles, para que de acuerdo con la Sentencia C-651 de 2001, se logre que la contratación se perfeccione de manera correcta y de esta forma se logren los objetivos del Estado, sobre dicho tema en particular.

De acuerdo con la Sentencia C-866 de 1999 “la asunción de funciones administrativas por los particulares es un fenómeno que, dentro del marco del concepto de Estado que se ha venido consolidando entre nosotros, no resulta extraño, sino que mas bien es desarrollo lógico de esta misma noción”.

Reviste relevancia el tema de los principios, siendo la nulidad absoluta de los negocios jurídicos la más grave sanción, por la inaplicación de los principios de contratación. La nulidad absoluta de los contratos se refiere, entonces, a su pérdida de validez con ocasión de vicios imposibles de sanear, y se constituye en la más grave sanción que se pueda imponer a los negocios jurídicos por cuanto hace desaparecer sus efectos al buscar devolver las cosas al estado en el que se encontraban con anterioridad a la suscripción del contrato.

En atención a lo anteriormente expuesto, con el ánimo de preservar el principio de legalidad y el orden público, el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 define expresamente, los eventos que generan nulidad absoluta, así:

Art. 44. De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: 1. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; 2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal; 3. Se celebren con abuso o desviación de poder; 4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y 5. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los cri-



terios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.

Al respecto el Consejo de Estado ha dicho que “las nulidades citadas responden a situaciones de orden estrictamente jurídico y por circunstancias particularmente graves de vulneración del ordenamiento jurídico, pues evidencian que el contrato estatal adolece de irregularidades en su configuración, de tal magnitud, que en el evento de permitir su ejecución se estaría propugnando o removiendo el afianzamiento de un atentado contra la regularidad jurídica, desatendiendo los mandatos que regulan la actividad administrativa, entre ellas la actividad contractual”.

Otro aspecto relevante en el tema de la contratación estatal es el relacionado con la licitación pública como acto previo a la contratación, que se encuentra revestido del principio de publicidad desde el acto de apertura de la convocatoria.

Frente a este acto previo, la Sala de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha reiterado que “la licitación y concurso públicos, como la contratación directa, constituyen procedimientos administrativos o formas de selección del contratista particular, previstos por la Ley de Contratación, los cuales, en todos los casos, deben estar regidos por los principios que orientan la actividad contractual y que son de obligatorio cumplimiento tanto para las entidades públicas como para los oferentes o contratistas según el caso”, en este sentido consultar la Sentencia del 29 de agosto de 2007, expediente número 15324, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez, actor Rubén Pérez Romero.

EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD Y LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA

La moralidad administrativa es uno de los llamados conceptos jurídicos indeterminados, o dicho de otra manera, la moralidad administrativa no dispone de una definición o conceptualización legal ni constitucional que permita su identidad de una manera clara y diáfana. La jurisprudencia del Consejo de Estado y una parte de la doctrina la ha enmarcado dentro del catálogo de derechos e intereses colectivos y por tanto susceptibles de ser protegida a través de la acción popular, de conformidad con lo establecido en el artículo 88 de la Constitución Política y en la Ley 472 de 1998. Hacemos la salvedad que la Ley 472 no introdujo ninguna definición de la moralidad administrativa, pese a que en los antecedentes de la mencionada ley se intentó hacer una aproximación a la definición de la mencionada figura (Gaceta del Congreso, n. 277, 1995, p. 1; Sala de lo Contencioso-Administrativo, n. 19001233100020050098001, 2007)³.

Con el propósito de definir la moralidad administrativa, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha desarrollado una amplia construcción conceptual de la figura partiendo del análisis de la relación con la legalidad y con aspectos tales como la corrupción, la mala fe, la ética y, el recto manejo de bienes y recursos del Estado, entre otros (Sala de lo Contencioso-Administrativo, n. 76001-23-31-000-2005-00549-01, 2007).

³ La Gaceta del Congreso la define como un “derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo a la legislación vigente, con la diligencia y cuidado propios de un buen funcionario”.

17

Cierto es que el Consejo de Estado ha convenido en afirmar que lograr una definición abstracta de la noción de moralidad administrativa resulta bastante dispendioso e imposible, y frente a ello ha indicado que corresponde a los jueces, en cada caso concreto, identificar el alcance y contenido del concepto de moralidad administrativa “de conformidad con las condiciones fácticas, probatorias y jurídicas que rodean la supuesta vulneración o amenaza endilgada” (Sala de los Contencioso-Administrativo, n. AP 2002-2943, 2007; Sala de lo Contencioso-Administrativo, 2009).

Deviene en importancia significar que el concepto de moralidad administrativa tiene una doble connotación, o tiene una doble naturaleza. En primer lugar, la moralidad administrativa emerge como principio de la función administrativa, según se extracta del artículo 209 de la Constitución Política, y como derecho colectivo. Si analizamos su primera connotación, es decir, como principio, la figura se convierte en un faro que orienta las demás disposiciones normativas de menor jerarquía, lo que a su vez la convierte en un concepto interpretativo y obligatoriamente; es un punto orientador para el operador jurídico. Analizando su otra connotación, es decir, como derecho o interés colectivo, comporta un carácter subjetivo, en razón a que genera en los ciudadanos la posibilidad de que puede invocarse su protección a través de mecanismos judiciales (Sala de los Contencioso-Administrativo, n. AP 2002-2943, 2007; Sala de lo Contencioso-Administrativo, 2009).

La jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa ha señalado que la moralidad administrativa,

como derecho, comprende la concurrencia de varios presupuestos, entre los que se resalta la buena fe, la ética, la honestidad, la satisfacción del interés general y, la negación de la corrupción, entre otros; además, si quienes ejercen funciones administrativas actúan dentro de los parámetros éticos y morales que imponen las normas sociales, el derecho a la moralidad administrativa se verá garantizado en plena forma⁴.

Sobre el particular, la honorable Corte Constitucional ha dicho que la moralidad administrativa no se circunscribe únicamente al “fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad” (Corte Constitucional, n. C-046, 1994).

De otro lado, la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa ha reiterado que la vulneración a la moralidad administrativa supone generalmente el quebrantamiento del principio de legalidad (Corte Constitucional, n. SU-913, 2009; Sala de lo Contencioso-Administrativo, 2009).

⁴ Ibídem. “Así las cosas, la moralidad administrativa entendida como derecho colectivo permite censurar la actividad de la administración pública o de los particulares en ejercicio de función pública, puesto que el juicio en estos eventos se relacionará con el respeto por los parámetros éticos que, desde la perspectiva de los principios, valores y reglas constitucionales y legales, deben regir el cumplimiento de la función pública. En esa perspectiva, no corresponderá al juez de la acción popular imponer una postura subjetiva o individual de la moralidad, sino que, conforme a la multiplicidad de principios y valores reconocidos expresamente a lo largo del texto constitucional, junto con el sentido común (*sensus communis*), definir si en el caso concreto se vulneró o trasgredió el derecho”.

cioso-Administrativo, n. AP-166, 2001). En tal sentido, el honorable Consejo de Estado ha establecido que:

(...) En efecto, cuando se habla de moralidad administrativa, contextualizada en el ejercicio de la función pública, debe ir acompañada de uno de los principios fundantes del Estado Social de Derecho, como lo es el de legalidad, que le impone al servidor público o al particular que ejerce función administrativa, como parámetros de conducta, además de cumplir con la Constitución y las leyes, observar las funciones que le han sido asignadas por ley, reglamento o contrato, por ello en el análisis siempre está presente la ilegalidad como presupuesto sine qua non, aunque no exclusivo para predicar la vulneración a la moralidad administrativa⁵ (Sala de lo Contencioso-Administrativo, n. 35501, 2007; Sala de lo Contencioso-Administrativo, 2002.).

La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha pronunciado en innumerables fallos respecto al tema de la moralidad administrativa desarrollando el estudio de la misma a partir de las conductas particulares que han propendido por desviar el interés general de la sociedad como principio constitucional hacia un propósito particular buscando el favorecimiento del propio servidor público o de un tercero, configurándose en la mayoría de las ocasiones una nulidad

absoluta del Contrato por configurarse la causa de desviación de poder en unas ocasiones o la llamada falsa motivación.

CONCLUSIÓN

La innumerable normatividad expedida sobre el tema de Contratación Estatal ha propendido por constitucionalizar la administración pública, esto es enmarcar dentro de todas sus actuaciones administrativas la aplicación de los postulados constitucionales y los principios de la contratación dentro del marco de la aplicación de los principios de la función pública, haciendo que el principio de publicidad contractual en el quehacer público sea el eje central de la función pública.



⁵ “Toda vez que como se dejó anotado, por tratarse de una norma abierta, cuya aplicación al caso concreto se deriva de la interpretación que sobre esta efectúe el juez atendiendo los principios generales del derecho y la justificación de la función administrativa, esta Sala estima que para que se concrete la vulneración de la “moralidad administrativa” con la conducta activa o pasiva, ejercida por la autoridad o el particular, debe existir una trasgresión al ordenamiento jurídico, a los principios legales y constitucionales que inspiran su regulación, especialmente a los relacionados con la Administración pública”.

BIBLIOGRAFÍA

REFERENCIAS DOCUMENTALES

Bautista, O. (2002). La ética en el marco de las administraciones públicas. Medidas para fomentar la ética en los servidores públicos. VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal.

Beltrán, A. (2012). Contratación Pública: diagnóstico y análisis a partir de la Ley 1474 de 2011(ensayo). Bogotá: Facultad de Derecho, Universidad de la Sabana.

Borja, W. (1993). Modernización del Estado o Adecuación Neoliberal. *Política Colombiana*, 3(1).

Cárdenas, J. (1994). La responsabilidad del servidor público en el nuevo estatuto de la contratación. En *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*. Bogotá, ediciones Rosaristas.

Documento Conpes n. 3249 (octubre 20 de 2003). Política de contratación pública.

Dussánhitscherich, J. (2005). Elementos del Contrato Estatal. Colección Estudios de Derecho. Bogotá: Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.

Fonseca, M. (2000). De la responsabilidad penal de los particulares que intervienen en la contratación estatal, una primera aproximación. *Revista de Derecho Universidad del Norte*, (13).

Gómez, I. (2011). Contratación Visible, manual para un buen control de recursos en la contratación pública. En Auditoría General de la República, Procuraduría General de la Nación, Bogotá.



Manual de Contratación del Instituto Caro y Cuervo. (2011). Sistema de Garantía de Calidad, Bogotá, Presidencia de la República, Versión 3.0.

Márquez, O. (2007). La nueva gestión pública contractual: Del Contrato Estatal de la Ley 80 de 1993 al instrumento de Gestión Pública de la Ley 1150 de 2007. Revista JURÍDICAS, Universidad de Caldas, 4(2), 95 - 125.

Palacio, J. (2010). La contratación de las entidades estatales. 6ta. Ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez.

Penagos, G. (2005). Curso de Derecho Administrativo, Ed. Librería del profesional.

Restrepo, N.; Osorio, P. y Alzate, W. (2006). Los efectos socio-económicos por la presencia de corrupción en el Gasto Público.

Rico, L. (2007). Responsabilidad por la actividad contractual estatal derivada de la no adjudicación de un contrato o de su adjudicación indebida. Evolución Jurisprudencial. Revista Opinión Jurídica, Universidad de Medellín, 6 (11).

Rodríguez, L. (2002). Derecho administrativo general y colombiano. Bogotá, Ed. Temis.

Santofimio, J. (2009). El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. Revista Digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, (1).

Serrato, S. (2009). 3 en 1 anticorrupción para aceitar la transparencia. Bogotá.

21

Vega, M. (2005). Aplicación de los principios de igualdad y transparencia en la contratación pública de España y de Colombia. Revista Prolegómenos: Derechos y Valores, Universidad Militar Nueva Granada.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

Silva, J. (1996). Descentralización y modernización del Estado: la búsqueda de la democracia y la eficiencia con gerencia pública competitiva. Recuperado de http://www.fuac.edu.co/recursos_web/observatorio/publicaciones/DESCENTRALIZACION%20Y%20MODERNIZACION%20DEL%20ESTADO.pdf

REFERENCIAS DE DOCUMENTACIÓN LEGAL

Colombia. Constitución Política de 1991.

Exposición de motivos Ley 80 de 1993.

Decreto 734 de 2012

Ley 610 de 2000

Ley 734 de 2002

Ley 190 de 1995.

Ley 1150 de 2007.

Gaceta del Congreso n. 277 (septiembre 5 de 1995).

Corte Constitucional. Sentencia C-716 de 2002.

Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 2002.



REFERENCIAS DE DOCUMENTACIÓN JURISPRUDENCIAL

Corte Constitucional. Sentencia C-089A de 1994.

Corte Constitucional. Sentencia C-543 de 2001.

Corte Constitucional. Sentencia C-181 de 2002.

Corte Constitucional. Sentencia C-651 de 2001.

Corte Constitucional. Sentencia C-866 de 1999.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. (Diciembre 3 de 2007). Sentencia Exp. 24715. [C. P. Ruth Stella Correa Palacio].

Consejo de Estado, La Gaceta del Congreso n. 277 (5 de septiembre de 1995).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. (29 de agosto de 2007). Sentencia 15324. [C. P. Mauricio Fajardo Gómez, actor Rubén Pérez Romero].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. (Octubre 16 de 2007). Sentencia Exp. 19001233100020050098001. [C.P.: Ramiro Saavedra Becerra].

Consejo de Estado. (Octubre 16 de 2007). Sentencia Exp. 76001-23-31-000-2005-00549-01.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. (16 de mayo de 2007). Sentencia Exp. AP 2002-2943. [C.P.: Ramiro Saavedra Becerra].

23

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. (21 de febrero de 2007). Sentencia Exp. 76001-23-31-000-2005-00549-01.

Corte Constitucional, Sentencia C-046 (1994). [M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional, Sentencia SU-913 (2009). [M.P.: Juan Carlos Henao Pérez].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. (2001). Sentencia Exp. AP-166. [C.P.: Alier Hernández].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. (21 de febrero de 2007). Sentencia Exp. 35501.

Consejo de Estado. (26 de enero de 2005). Sentencia Expediente AP-03113.

Consejo de Estado. (4 de noviembre de 2004). Sentencia Exp. AP-2305- 01.

Consejo de Estado. (6 de octubre de 2005). Sentencia Exp. AP-2214.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. (2 de septiembre de 2009). Sentencia.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Cuarta. (31 de mayo de 2002). Sentencia.



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons
Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional





LINDEROS INDETERMINADOS ENTRE EL CONTRATO ESTATAL Y LA DONACIÓN:

UNA REFLEXIÓN ENTORNO AL PRECEPTO PLASMADO EN EL ARTÍCULO 355 DE
LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.

*“El orador debe tener la sutileza de lo dialéctico, la ciencia de los filósofos,
la dicción de los poetas y el gesto de los cómicos”*

Platón

RESUMEN

En la Constitución Política de Colombia se definió un precepto tipo regla que prohíbe expresamente las donaciones y auxilios decretadas por cualquier Rama del poder público con destino a particulares, no obstante, este mismo precepto establece una excepción amplia en cabeza del Ejecutivo en sus diferentes órdenes (Gobierno Nacional, Departamental y Municipal), para que se celebre contratos con entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, con lo cual se abre una brecha muy amplia para que por esta vía se desvirtue el principio de selección objetiva que debe orientar toda la actividad contractual del Estado colombiano.

Palabras clave: donación, contrato estatal, prohibición constitucional, facultad reglamentaria.

Pedro Javier Barrera Varela*

* Abogado Universidad de Boyacá (2007). Magister en Derecho Administrativo Universidad Libre de Colombia (2013), Estudiante de Especialización en Derecho Constitucional en Universidad Externado de Colombia. Experiencia profesional: Personero Delegado de Sogamoso 2006-2008, Coordinador Grupo de Gestión en Participación y Soporte Normativo del Ministerio del Interior y de Justicia 2008-2009. Profesional Universitario de la Contraloría General de la República desde el 2009 hasta la fecha. Docente Universitario. Conferencista Nacional en temas de Legislación Afrocolombiana y Consulta Previa con Grupos Étnicos. Investigador del Grupo Filosofía, Educación y Sociedad Grupo Categoría C, Colciencias. Diplomados en: Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario con INDEPAZ en 2004, Gobernabilidad y Ciudadanía (CAF y ESAP 2006) y en Contratación Estatal ESAP 2008. Tesis de maestría calificada en el grado de meritoria por la Universidad Libre de Colombia. (Contacto: pedrojavier_b@hotmail.com).

Fecha de recepción: abril 3 del 2015.

Fecha de aceptación: junio 30 del 2015

BOUNDARIES INDEFINITE CONTRACT BETWEEN STATE AND DONATION:
A REFLECTION ON THE PRECEPT ENshrINED IN ARTICLE 355 OF THE
CONSTITUTION OF COLOMBIA

ABSTRACT

Citar este artículo así:

Barrera, P. (2016). Linderos indeterminados entre el contrato estatal y la donación: una reflexión en torno al precepto plasmado en el Artículo 355 de la Constitución Política de Colombia. *Justicia, Sociedad y Derecho*, 1(1), 26-49.



In the Constitution of Colombia, there is a precept that expressly prohibits donations and aids, decreed by any branch of the government, to particular people. However, this same precept establishes a broad exception for the executive power in its different orders (national, state and municipal government) in order to make contracts with suitable well recognized nonprofit entities. That exception opens a wide gap that distort the principle of objective selection that must guide all contractual activity in Colombia.

Keywords: donation, State contract, constitutional prohibition, regulatory power.

INTRODUCCIÓN

Previo a la expedición de la Constitución Política de Colombia, existía una fuerte fuga de dineros sin ningún tipo de control fiscal a través de los denominados auxilios parlamentarios, que eran partidas asignadas a los congresistas donde ellos podían invertirlos en diferentes asuntos de una manera muy discrecional, el único medio de control era que se hiciera a través de fundaciones creadas para tal fin, institución que fue ampliada incluso para las corporaciones públicas como asambleas departamentales y concejos municipales; razón por la cual el constituyente de 1991 buscó la manera de suprimir esta práctica, desarrollando una disposición constitucional para tales efectos.

Bajo esta perspectiva, el presente artículo pretende con apego a los métodos analítico y hermenéutico, realizar un examen del precepto constitucional fijado en el Artículo 355 constitucional, donde se erigió una prohibición expresa para autorizar las donaciones y toda clase de donaciones, sin embargo, en esta misma disposición se fija una excepción demasiado amplia para que el Gobierno en sus diferentes niveles a través de contratos, pueda destinar dineros para las entidades privadas sin ánimo de lucro, con el objeto de lograr proyectos que redunden en beneficio del interés público.

Es así, como a manera de problema de investigación se pretende dar respuesta a sí la excepción prevista en el inciso segundo del Artículo 355, es demasiado amplia que permite que el contrato estatal pueda derivar en una donación autorizada por el Estado.

Para poder llevar a cabo la resolución de este problema, se ha propuesto desarrollar ejes temáticos, para finalmente emitir una conclusión probable sobre el interrogante planteado. En primer lugar, se presentará la noción del Estado de derecho privatizado, según el cual



existen diferentes argumentos constitucionales que permiten definir que en Colombia las funciones públicas en gran parte no son cumplidas por la administración sino por los particulares, quienes asumen la condición de garantes del Estado social de derecho.

Como segundo aspecto, se presentará una idea en relación con el contrato estatal dentro del Estado social de derecho, para decir que todo contrato o convención pública debe responder a la satisfacción de una necesidad o al mejoramiento del bienestar de la sociedad, así mismo que por tratarse de dineros públicos en todo evento debe garantizarse el cumplimiento del principio de la selección objetiva.

En tercer lugar, se realizará una exploración histórica de los antecedentes del Artículo 355 constitucional, apelando a las reformas constitucionales y leyes que se expidieron con anterioridad a la Constitución Política de Colombia; como también a las gacetas constitucionales donde se debatió la ponencia sobre auxilios parlamentarios.

Como cuarto tópico se analizará e interpretará el artículo 355 constitucional, su armonización con otros preceptos constitucionales, alcance de este postulado y se hará un énfasis de la disposición estipulada en el inciso segundo de esta norma, así como también su desarrollo reglamentario vía Gobierno Nacional.

Como último aspecto, se realizará una presentación del test sobre donaciones fijado por la Corte Constitucional en la sentencia hito sobre la materia (C-324 de 2009).

Con este artículo se pretende resolver la pregunta acerca de si el precepto constitucional establecido en el inciso segundo del Artículo 355, que establece una excepción para que el Gobierno en todos sus niveles con dineros públicos celebre contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro, con el fin de apoyar programas y actividades de interés público, es una permisión demasiado amplia para que en aquellos eventos el contrato estatal degenerare en una donación.

Se hace necesario elaborar una reforma constitucional que suprima esta excepción tan amplia a los procedimientos de selección objetiva propios de la contratación estatal.

UN MODELO A LA COLOMBIANA: EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO PRIVATIZADO

La Constitución Política de 1991, establece que Colombia es un Estado social de derecho, pero de igual forma para el año 2011 era el séptimo¹ país más desigual del mundo (Revista Dinero, 2012) y el segundo país más desigual de América Latina (Portafolio, 2013), entonces, vale preguntar cómo opera el Estado social de derecho colombiano².

¹ Los niveles de desigualdad se miden de acuerdo al índice Gini, donde si se acerca a cero (0) muestra mayor equidad y si se acerca a uno (1) mayor desigualdad. De acuerdo a la calificación que hizo el Banco Mundial y el índice Gini en el 2011, Colombia se ubica en la séptima casilla en el mundo con mayores niveles de desigualdad.

² En el periódico Portafolio el 18 de abril de 2013 se publicó un artículo titulado: "Colombia fuera de los 10 países más desiguales", donde se informa que el índice de desigualdad entre 2011 bajó de 0,584 a 0,539 para el 2012, lo que implica que el país salga del vergonzoso listado de los 10 países más desiguales del mundo.

Este modelo permite la vigencia del principio de progresividad para los sectores económicos e industriales, verbigracia los contratos de estabilidad jurídica³ donde se garantiza mantener el orden jurídico vigente a los grandes inversionistas; contrario sensu, el principio de progresividad no es aplicable a los derechos económicos, sociales y culturales, por ejemplo, el derecho a la pensión en el cual no procede la progresividad con base en el argumento perverso de que no se trata de un derecho sino de una expectativa de derecho; es decir, que para el empresario si aplica unas garantías amplias del Estado social de derecho, pero para el trabajador se puede incrementar la edad de jubilación y hacer cada vez más escasas las posibilidades de acceder a este derecho.

El Estado social de derecho colombiano, se financia entre un 60% y 70% con los ingresos provenientes de impuestos indirectos⁴ donde no existe ningún criterio de diferenciación para imponer la carga tributaria. Los tributos obedecen a la lógica de justicia distributiva, donde los que poseen más bienes y mayor capacidad económica deben pagar más impuestos, y los que poseen menor capacidad son beneficiarios de esos impuestos. Sin embargo, en Colombia no existe un criterio de justicia distributiva en ese 70% donde todos los colombianos sin importar su situación económica

³ Los contratos de estabilidad jurídica ingresaron al ordenamiento colombiano a través de la Ley 963 de 2005 y aunque se predica que ya desaparecieron del ordenamiento con la reforma tributaria, en la actualidad existen cerca de 68 contratos de estabilidad jurídica entre el 2006 y 2012.

⁴ Los impuestos indirectos son aquellos que tiene que pagar el consumidor, como el IVA, donde al momento de realizar la compra se garantiza la obligación tributaria.

tributan en iguales condiciones, acaso esto no implicaría que el sistema tributario en su integridad adolece de desigualdad, ¿sería viable impetrar una acción de inconstitucionalidad contra el régimen tributario colombiano, donde el 70% se percibe sin ningún criterio de equidad y diferenciación?, o resulta traído de los cabellos, pensar que este hecho afecta el principio de la igualdad material previsto en la carta política.

En el Estado social de derecho adoptado por Colombia, se autorizan las exenciones en las condiciones fijadas por el Gobierno Nacional, pero ante un caso de una sentencia de tutela dictada por una de las altas cortes, es posible de acuerdo con la reforma al precepto 334 de la Constitución introducida con el Acto Legislativo 03 de 2011⁵, que se adelante un incidente de impacto fiscal con la posibilidad de modular, modificar o diferir los efectos de la sentencia.

En virtud de lo anterior, el Estado colombiano entiende que por cumplir una sentencia judicial se puede llegar a afectar gravemente las finanzas públicas, pero en el caso de las exenciones que son dineros que deja de percibir el Estado vía impuestos, no se afecta el erario público y por ello no procede la sostenibilidad fiscal.

En el Estado social de derecho la prestación del derecho a la salud se hace a través de empresas promotoras de salud que son entidades privadas y administran los

⁵ “Por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal”; reforma constitucional en la cual se dota de amplios poderes al Procurador General de la Nación, al dejar en su cabeza la legitimación por activa para proponer el incidente de impacto fiscal, un Procurador General que adicionalmente y de acuerdo a la Constitución Política puede reelegirse en forma ilimitada.

recursos del sistema. Igual sucede en el campo de la prestación de servicios públicos domiciliarios donde en su mayoría son privados quienes prestan este servicio, solo por mencionar un caso y como detalle de ingrata recordación la venta de la EBSA⁶ que era un patrimonio de los colombianos con participación mayoritaria de la Nación y fue privatizada a finales del año 2011 (Portafolio, 2011).

En este contexto los derechos económicos, sociales y culturales que exigen una prestación por parte del Estado, es decir, una obligación de hacer para con el ciudadano, en su mayoría son garantizados por empresas privadas, donde es evidente que existe un animus lucrandi y no solo un sentido altruista de efectivizar estos derechos.

Sumado todo ello, es plausible concluir que en Colombia se presente el fenómeno del “Estado social de derecho privatizado” (Sierra, 2006), máxime cuando simultáneamente al trabajo que realizaba la Asamblea Constituyente de 1991 de expedir una carta magna colmada de principios y garantías sociales⁷, el Estado colombiano por su parte, se sumaba al

⁶ El Gobierno concretó la enajenación de sus acciones (99,41%) en la Empresa de Energía de Boyacá (EBSA) El Ministerio de Hacienda adjudicó la compañía a BCIF Holding Colombia S.A.S., un vehículo de inversión creado por el fondo de inversión Brookfield y los fondos de pensiones colombianos, que ofreció pagar por la compañía un poco más de 807.677 millones de pesos.

⁷ Sobre este aspecto el profesor Humberto Antonio Sierra Porto ha indicado la falta de conexión entre la parte dogmática y la parte orgánica de la Constitución Política de Colombia, puesto que ante un catálogo tan amplio de derechos el aparato burocrático se reduce en virtud del cumplimiento de las políticas económicas internacionales, es decir que se da una privatización del estado y con ello el concepto se modifica a tal punto que se propone la noción de Estado social de derecho privatizado.

consenso de Washington y con ello a las políticas de apertura liberal, es así como de entrada el Estado social de derecho en Colombia tiene una limitación en la adopción de sus políticas de acuerdo a las imposiciones y medidas ordenadas por el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y el Parlamento de los Estados Unidos de Norteamérica.

Así las cosas y siguiendo los planteamientos del profesor Humberto Sierra Porto, existe un contrasentido entre el componente dogmático y el orgánico de la Constitución Política de 1991, puesto que de una parte se presenta una fuerte demanda de la ciudadanía para el cumplimiento de sus derechos consignados en esa primera parte de la Constitución y de la otra, se evidencia un aparato burocrático insuficiente, reducido, que conserva únicamente la función de control y vigilancia; por cuanto gran parte de las funciones y competencias estatales se han traspasado a manos del sector privado; es así como el Estado social de derecho colombiano termina siendo garantizado por los particulares y no por la administración pública.

Bajo este contexto, se concluye de manera vehemente que la Constitución Política de Colombia de 1991 adoptó un modelo de Estado social de derecho, pero en la práctica y de acuerdo a las dinámicas neoliberales y a las imposiciones de organismos internacionales a los cuales Colombia es totalmente obediente, se presenta el fenómeno del Estado social de derecho privatizado.

EL CONTRATO ESTATAL EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO: EL IMPERATIVO DE LA SELECCIÓN OBJETIVA

El Estado social de derecho a que hace referencia la Constitución Política de Colombia, implica el cumplimiento de unos fines y propósitos que redundan en el bienestar de la sociedad (Const., 1991, art. 2). Uno de los pilares de esta organización político-jurídica es el predominio del interés general; por consiguiente el aparato estatal debe buscar los mecanismos necesarios para propender por la garantía de unos mínimos sociales: Educación, salud, vivienda, recreación, seguridad y en general las diferentes prestaciones que permitan el goce efectivo de los derechos⁸.

Dentro de esas herramientas que emplea el aparato burocrático para el cumplimiento de sus fines, y dentro de la concepción del Estado social de derecho privatizado, la que tiene mayor aplicación es la contratación estatal; de tal suerte que es el primer insumo con que cuenta la Administración para garantizar la prestación de los servicios de los ciudadanos.

Esto implica que el contrato estatal siempre tenga una utilidad social, una prestación o beneficio que obedece al principio de interés general, por lo tanto es el vehículo a través del cual se moviliza toda la política pública, es decir, la concreción de las acciones por parte del Estado con destino a sus asociados.

Otra lectura que se puede hacer del contrato estatal es desde la teoría de justicia distributiva, toda vez que es a través de las acciones del Estado donde se hace una redistribución de los recursos públicos, aliviando las cargas de los menos favorecidos y equilibrando la balanza social.

Corolario con lo anterior, el Estado colombiano ha diseñado un sistema complejo de normas que orientan la contratación estatal y esto se presenta porque bajo la fórmula del Estado social de derecho privatizado, la Administración únicamente se reserva para sí las funciones de control y vigilancia, por ello maximiza en los controles y en los mecanismos para acceder al contrato estatal.

De otra parte, la actividad contractual se orienta por unos principios jurídicos y para el caso que ocupa esta ponencia el de la selección objetiva, según el cual la administración debe garantizar que se escoja la oferta más favorable a los intereses estatales, por lo tanto la selección objetiva quiere desvirtuar toda acción de personalización del contrato estatal, prescindiendo de las preferencias o intereses de quien ordena el contrato.

⁸ Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.



Ahora bien, el deber ser implica que la selección objetiva sea un principio que se cumpla para todos los casos y contratos estatales que se suscriban en el Estado colombiano, en todos los niveles y por las diferentes entidades que conforman la compleja estructura de la administración pública.

Contrario sensu, existe un grupo de contratos que se convierten en la excepción al principio de selección objetiva, y esto por mandato constitucional como se precisará en líneas precedentes, donde dicho instrumento no es un imperativo para el ordenador del gasto, sino simplemente un acto de mera discrecionalidad.

El inciso segundo del Artículo 355 de la Constitución Política de Colombia en contradicción con el principio de selección objetiva.

ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 355 DE LA LEY FUNDAMENTAL

El origen de los denominados “auxilios parlamentarios” se remonta a la expedición del Acto Legislativo número 1 de 1945 (Diario Oficial, n. 25.769, 1945), el cual agregó una competencia adicional al Congreso de la República en el artículo 76 de la Constitución Política de 1986, otorgándole la facultad de “[...] fomentar empresas útiles y benéficas dignas de estímulo y apoyo.”, que a su vez fue ampliada por el Congreso a las asambleas departamentales y concejos municipales en aplicación del numeral 3 del citado artículo 76 y del artículo 187 constitucional.

Posteriormente, con la reforma constitucional de 1968, a través del Acto Legislativo 01 de diciembre 11, se implementaron nuevas instituciones para la economía entre las que se destacan el principio de la planeación económica, en virtud del cual se fijó como función del Congreso la de determinar los planes de desarrollo económico y social a que debe ceñirse la economía nacional (Morales, 2010, pp. 42-45).

En la ponencia que se presentó en el seno de la constituyente (Gaceta Constitucional, n 077, pp. 47-54) se afirmó que fue a través de este acto legislativo donde se dio la inclusión de los auxilios parlamentarios en el ordenamiento jurídico colombiano, no obstante, esta posibilidad ya había sido incluida en la reforma de 1945, pero lo que si se crítica del Acto legislativo de 1968 es que hubiese mantenido los auxilios parlamentarios como una concesión al Congreso.

Para desarrollar la figura de los auxilios parlamentarios el Congreso de la República expidió las leyes 25 de 1977, 30 de 1978 y 61 de 1989. La Ley 25 de 1977 en el artículo 1° precisó qué entidades útiles y benéficas serían destinatarias del fomento autorizado por el artículo 76 de la Constitución de 1886, consignando lo siguiente:

(...)Artículo 1°.-Para todos los efectos del numeral 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional, son empresas útiles y benéficas, dignas de estímulo y apoyo por la Nación, que el Congreso puede fomentar por medio de iniciativas legales, aquellas de derecho público o derecho privado, sin ánimo de lucro, que se ajusten a los planes y programas sectoriales vigentes, emprendidos, trazados o puestos en marcha por las

administraciones nacionales, seccionales o locales y por los entes descentralizados o aquellas otras que el Congreso adopte.

Y este precepto se complementó por el artículo segundo de esta misma disposición, en el sentido de autorizar al Congreso de la República a realizar apropiaciones en los presupuestos de la Nación y de los establecimientos descentralizados, para programas de fomento regional y de empresas útiles y benéficas, siempre que las mismas tuvieran como destino las entidades sin ánimo de lucro.

Otro aspecto, que debía dilucidarse era el relacionado con que sectores y obras o empresas útiles y benéficas serían las destinatarias del apoyo fijado en el artículo 76 constitucional, señalando que aquellas que se enmarcaran de los siguientes sectores: salud, educación, ciencia y cultura, obras públicas, vivienda y urbanismo, desarrollo hidroeléctrico y telecomunicaciones, ecológico, agropecuario, monumentos nacionales y patrimonio histórico, desarrollo de la comunidad y de la asociación, así como obras varias de las Juntas de Acción Comunal; con lo cual se permitió un amplísimo margen donde los recursos podían llegar a cualquier sector y/o actividad (Diario Oficial, n. 34.897, 1977).

Finalmente, la Ley 30 de 1978 (Diario Oficial, n. 35.167, 1978), encargó a los congresistas de identificar dentro de la circunscripción electoral por la que fueron elegidos, las entidades y los proyectos merecedores de la ayuda financiera de la Nación, conforme a los objetivos señalados en la misma Ley.

Ahora bien, en la ponencia presentada en la Asamblea Nacional Constituyente sobre este tema, se indicó que en un principio dichos auxilios cumplieron con la finalidad propuesta, que era la de encauzar dineros para las pequeñas obras de las diferentes comunidades que no podían ser detectadas por el Gobierno Nacional (Gaceta Constitucional, n. 077, pp. 47), y que a su vez se hacía a través de ejecución directa por parte de los municipios, juntas de acción comunal o agencias gubernamentales, cumpliendo entonces con la finalidad del constituyente.

No obstante, el sistema se pervirtió⁹ con la inclusión de fundaciones o corporaciones privadas sin ánimo de lucro, donde los recursos dejaron de ejecutarse por las alcaldías, juntas de acción comunal y agencias gubernamentales, permitiendo que con estos dineros se financiaran todo tipo de actividades, haciendo que los mismos se manejaran de manera autónoma por parte del congresista (Gaceta Constitucional, n. 077, p. 48).

Sumado a que estas inversiones podían ser ejecutadas por empresas privadas sin ánimo de lucro, y destinarse para apoyar cualquier actividad, puesto que así lo establecía la Ley; en igual medida no se podía realizar un control fiscal efectivo a dichos recursos

⁹ De acuerdo con la exposición de motivos planteados por el Constituyente de 1991 para sancionar el Proyecto de Acto Constituyente de vigencia inmediata de los dineros asignados a los congresistas algo más del 90% se hizo a través de personas jurídicas privadas con fines tan generales que estos recursos se podían destinar para cualquier actividad, y solo un 9,5% fueron ejecutados directamente por los municipios, agencias gubernamentales y juntas de acción comunal.



públicos porque únicamente se estaba aplicando los preceptos constitucionales y legales que orientaban la materia.

En las partidas decretadas para 1991 se apropiaron recursos que superaban los \$27.000 millones (Gaceta Constitucional, n. 077, p. 48), lo que en promedio equivaldría a 86 millones de pesos por congresista, que podía invertir de acuerdo con su buen criterio, dineros en los cuales no había ningún tipo de control fiscal. Para comprender el impacto de esta partida decretada, se hace un ejercicio de actualización de estos dineros empleando las sumas equivalentes al valor del salario mínimo de los años 1991¹⁰ y 2013, arrojando un valor de \$307.743,6 millones.

Sin embargo, esta cifra¹¹ que parece exacerbada tiene que sumarse con la partida decretada para las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales que para el año de 1991 superó los \$40.000 millones (Gaceta Constitucional, n. 077, p. 49); de igual forma se aplica el mismo método de actualización y se concluye que para el año 2013 esta cifra equivaldría a \$455.916,4 millones, que sumado a la partida decretada en favor del Congreso arrojaría un valor de \$763.660 millones.

¹⁰ Para 1991 el valor del salario mínimo estaba en \$51.720 y para el 2013 fue de \$589.500.

¹¹ Los Congresistas hicieron extensivo el beneficio de los auxilios a la totalidad de las asambleas departamentales y concejos municipales, donde un Departamento por más modesto que fuera su Asamblea recibía mínimo \$1.000 millones.

Esta cifra tan escandalosa y dado el incremento exagerado que tuvo esta partida entre 1990 y 1991, fue una razón suficiente para que la Asamblea Nacional Constituyente le pusiera freno total a este mecanismo perverso que se convertía en una ventana abierta a la corrupción, e incluso degenerara en un sistema de financiamiento de las campañas de los parlamentarios y en consecuencia expidiera un acto de vigencia inmediata, es decir, que además de aprobar un precepto constitucional donde se eliminara esta figura y que entraría en vigencia solo hasta 1992, una vez entrara a regir el texto de la Constitución Política de 1991; el constituyente se preocupó por controlar de alguna manera los dineros asignados para la vigencia de 1991 y en tal virtud, sancionó un Acto de vigencia inmediata (Transitorio) de 6 artículos (Gaceta Constitucional, n. 077, p. 49) para poder hacer algún tipo de fiscalización y exigir un mínimo de requisitos a las empresas privadas, siempre y cuando aquellos dineros aún no hubiesen sido desembolsados.

Corolario con lo anterior, el precepto constitucional que se aprobó es el contenido en el artículo 355 inciso 1, donde se dispone: "Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado (...)", siendo necesario y pertinente elevar a una norma constitucional la anterior prohibición, toda vez que si se trataba de una limitación al órgano legislativo no podía quedar en manos de la ley esta prohibición.

35

INTERPRETACIÓN Y ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 355 CONSTITUCIONAL

Algunas excepciones constitucionales a la prohibición del Artículo 355

La norma fijada en el inciso primero del artículo 355 superior, no puede interpretarse como una prohibición absoluta, sino que debe armonizarse con otros preceptos de la carta, que a su vez se erigen en justas excepciones a dicha prohibición, algunas de estas se citan a continuación:

Art. 13. Principio de igualdad material: el Estado puede ordenar acciones afirmativas en favor de un grupo de personas que se encuentren en una situación de vulnerabilidad o de desigualdad, en aras de materializar el principio de igualdad y los fines esenciales del Estado social de derecho.

Art. 50. Atención gratuita en materia de salud a todo menor de 1 año en cualquier institución de salud que reciba aportes del Estado.

Art. 109. Participación del Estado en la financiación de las campañas electorales y de los partidos y movimientos políticos. En este precepto también se configura una excepción de la prohibición constitucional del artículo 355, toda vez que aunque los partidos y movimientos políticos son entes de naturaleza privada, es admisible que se apoyen a dichas instituciones con recursos públicos, en aras de estimular la participación política de los asociados.

Art. 334. Intervención del Estado en materia económica. Esta norma establece una facultad en cabeza del Estado para intervenir en la economía en los diferentes sectores y con el objeto de buscar el mejoramiento de vida de los habitantes y la distribución equitativa de las oportunidades.

Con base en lo anterior, las excepciones al inciso primero del artículo 355 deben ser de raigambre constitucional y no legal, porque al Congreso no se le confirieron facultades para ello, es decir que aunque existe un amplio margen de configuración legislativa y entre la Constitución y la Ley se presenta una relación de carácter abierto, donde la Ley puede ir más allá de los postulados constitucionales en virtud al principio democrático siempre que no sean normas contrarias u opuestas a esta, en materia de auxilios y donaciones, existe una relación de carácter cerrado por cuanto el Legislativo no tiene facultades para desarrollar los postulados constitucionales.

Preceptos constitucionales que refuerzan la prohibición del Artículo 355

Cuando el Constituyente de 1991 hace reiteraciones de algunos preceptos en la carta política, es porque evidencia la necesidad de otorgar cláusulas de reforzamiento a determinadas materias, tal es el caso de los derechos fundamentales, o de la prevalencia de los tratados internacionales en el derecho interno.

Por lo tanto, en materia de prohibición de donaciones y auxilios, luego de realizar una exploración por el texto constitucional, se encuentran diferentes preceptos



que de una u otra forma coadyuvan la prohibición consignada en el Artículo 355 constitucional. Dichos preceptos se presentan como sigue:

Art. 136. Prohibición al Congreso y a cada una de sus cámaras de decretar en favor de personas o entidades, donaciones, gratificaciones, auxilios, indemnizaciones, pensiones u otras erogaciones que no estén destinadas a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a la ley preexistente.

El anterior precepto de igual forma prohíbe los auxilios y donaciones pero la diferencia con el artículo 355 es lo que lo hace de manera particular y concreta para el Congreso de la República, e incluso amplía los conceptos para que no haya aproximación alguna con esa figura nefasta que autorizó la Constitución de 1886.

Como un mecanismo sancionador y mediante el cual se otorga una facultad coercitiva ante aquellos eventos en que se desconozca la prohibición constitucional, en el Artículo 183 constitucional se estableció como una causal de pérdida de investidura para el Congresista, en el numeral 5 la que deriva de la indebida destinación de dineros públicos.

Y finalmente, en el Artículo transitorio 34 se faculta nuevamente al Presidente y no al Legislativo para que expida un decreto que tenga como objeto hacer la veduría del Tesoro y evitar que dineros públicos sean invertidos en campañas electorales, salvo en el financiamiento que sea conforme a la Constitución y la Ley. Con fundamento en lo anterior, el Gobierno expidió el Decreto 2093 de 1991 (Diario Oficial, n. 40.018, 1991).

La excepción prevista en el inciso segundo del artículo 355

El inciso segundo del Artículo 355 de la Constitución Política, establece:

El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y con los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

Esta excepción se debe descomponer en sus diferentes partes, para evaluar su pertinencia y armonización con los principios que orientan la actividad contractual del estado, principalmente el de selección objetiva.

¿Quién está facultado para celebrar estos contratos?

El Gobierno en los distintos niveles es quien se encuentra facultado para celebrar esta tipología de contratos, es decir, que todo el brazo ejecutivo del poder público se encuentra en la capacidad de suscribir los contratos, por lo tanto las ramas legislativa y judicial no tendrían facultad para ello.

¿Con que dineros se financian estos contratos?

Dichos contratos se tienen que celebrar con cargo a los dineros fijados en los presupuestos públicos, es decir, que son recursos del erario los que se invierten para la suscripción de esta clase de contratos.

37

¿Cuál es el vehículo a través del cual se entregan los dineros públicos? El contrato estatal; se prohibieron las donaciones y auxilios directos, es decir que no se puede hacer a través de un acto administrativo sino que se debe suscribir una convención con el Estado.

¿Con quiénes se suscriben estos contratos? Las entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, son los potenciales contratistas de esta modalidad de convenciones, por lo tanto se hace en igual forma que con los extintos auxilios parlamentarios que se otorgaban a dichas entidades privadas.

¿Cuál es la finalidad de esta excepción? La finalidad de esta tipología contractual, es la de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan y los planes seccionales de desarrollo, ¿acaso toda la actividad contractual del Estado colombiano, no tiene esta misma finalidad? Es decir contribuir con el interés público, y adicionalmente por estar sujeta al Principio de Planeación (Herrera, 2012, p. 517), todo contrato estatal¹² debe armonizarse con los planes de desarrollo, por cuanto las necesidades no pueden surgir de la nada, sino de una fase previa de estudios y análisis.

¹² Los contratos estatales y los actos administrativos, como formas de actuación de las autoridades, están sujetos al artículo 209 constitucional, que establece que “la función administrativa está al servicio de los intereses generales”. En lo que respecta a la finalidad propiamente dicha, el artículo 3° de la Ley 80 de 1993 establece que los servidores públicos al momento de celebrar contratos deberán tener en cuenta el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

¿Qué organismo tiene la facultad reglamentaria?

En principio, todas las normas constitucionales tienen reserva de ley, es decir que solo pueden desarrollarse a través del instrumento normativo de mayor legitimidad, que en este caso es la Ley (Sierra, 1998). Sin embargo, en el presente caso dicha facultad se otorga al Gobierno Nacional, por lo cual se hace una fuerte crítica a dicha delegación, por cuanto la excepción puede ejecutarse por la rama ejecutiva y es a ella misma a quien se le entrega la facultad de reglamentación.

En un principio podría decirse que dicha excepción fue bien concebida por parte del constituyente, puesto que se trataba de frenar los malversados auxilios parlamentarios y donaciones, es decir, que se debía despojar al legislativo de dicha potestad de autorregulación, sin embargo como fue aprobado el artículo 355 constitucional, se evidencia que la prohibición al legislativo ya existe en el inciso primero, y precisamente quedó configurada como una norma tipo regla, que no necesita reglamentación alguna, sino que tiene validez normativa por sí misma, por lo tanto lo que sí merece una reglamentación exigente es el inciso segundo de esta disposición, que es una facultad otorgada únicamente para el Gobierno en todos sus niveles, concluyendo que no es coherente que se le entregue al mismo Gobierno dicha facultad.

Es así como para el caso de la excepción debió haberse facultado al Congreso de la República y no al Gobierno Nacional como quedó consignado.

Marco normativo del Artículo 355

Dentro de esa facultad reglamentaria otorgada al Gobierno Nacional, se expidieron los decretos 777¹³, 1403¹⁴ de 1992 y 2459 de 1993¹⁵.

En principio se debe advertir, que como tal no existe una regulación completa sobre la manera en cómo se deben celebrar estos contratos, por lo tanto el Gobierno facultado por la Constitución ha reglamentado de manera muy tímida la materia, precisamente porque él es el mismo destinatario de la norma, por lo tanto es más conveniente un procedimiento flexible, que sea maleable por parte de las distintas esferas del Gobierno Nacional. Otro aspecto de vital importancia, resulta del hecho de que esta normativa no se ha actualizado en relación con el estatuto contractual, Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2011 y decretos reglamentarios. Por lo tanto, bien podría afirmarse que se trata de normas obsoletas, las cuales merecen una revisión urgente por parte de las autoridades competentes.

El Decreto 777 de mayo 16 de 1992, tuvo por objeto reglamentar la celebración de los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la

Constitución Política, por lo tanto se presenta un examen de las disposiciones más relevantes de este texto normativo.

El Artículo primero, establece que dichos contratos deberán constar por escrito y se sujetarán a las leyes de derecho privado, sin embargo que podrán incluirse las cláusulas exorbitantes del Decreto 222 de 1983, actualmente conocidas como cláusulas excepcionales.

Adicionalmente se consagra que en aquellos contratos en donde la cuantía sea igual o superior a 100 SM-MLV deberán publicarse en el Diario Oficial o en los respectivos diarios, gacetas o boletines dependiendo la calidad de la entidad contratante. Y para aquellos contratos que tienen una cuantía igual o superior a los 5.000 SMMLV deberán someterse a la aprobación del Consejo de Ministros.

En lo que atañe, a las calidades del contratista, y concretamente sobre el requisito de la idoneidad se fija que es aquella experiencia que de manera satisfactoria acredite la capacidad técnica y financiera de las entidades sin ánimo de lucro para poder cumplir el objeto del contrato; y que esta calidad será evaluada mediante un acto motivado de la Administración.

El Artículo 5, establece la obligación de constituir garantías adecuadas para el manejo y cumplimiento del contrato.

En el Artículo 6, se fija la función de interventoría para verificar la ejecución y cumplimiento del objeto del contrato.

¹³ El Decreto 777 de 1992, es el que expide el Gobierno Nacional para reglamentar el artículo 55 de la Constitución Política de Colombia, concretamente en lo que atañe a su inciso segundo.

¹⁴ El Decreto 1403 de 1992 modifica algunos preceptos del Decreto 777 de 1992.

¹⁵ El Gobierno expide el Decreto 2459 de 1993 por medio del cual adopta disposiciones relacionadas con los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 constitucional.

El Artículo 12 de la citada disposición, precisa que las entidades sin ánimo de lucro deben estar constituidas con seis meses de antelación a la celebración del contrato y tener vigente el reconocimiento de su personería jurídica.

Finalmente, el artículo 14, señala que estos contratos son susceptibles de un control fiscal posterior por parte de las respectivas Contralorías en los términos establecidos en los Artículos 267, 268 y 272 de la Constitución Política.

Como quedó consignado, estas disposiciones son estipulaciones básicas de regulación de estos contratos, donde no se elabora un procedimiento completo para su celebración, ejecución y liquidación; y lo que es más gravoso aún, no existen materias vetadas para estos contratos, por cuanto el interés público es un concepto tan amplio que puede emplearse en cualquier campo, actividad o materia de la acción estatal.

Con ello se demuestra que principios básicos de la contratación estatal como el de la selección objetiva no se garantizan con las disposiciones anteriormente analizadas.

El segundo instrumento normativo, es el Decreto 1403 de 1992 que tuvo por objeto modificar algunos aspectos del Decreto 777 de 1992, sin que impliquen un cambio sustancial en la configuración de esta modalidad de contratos.

Finalmente, se encuentra el Decreto 2459 de 1993 “por el cual se adoptan disposiciones en lo concer-

niente a los contratos a que se refiere el inciso segundo del Artículo 355 de la Constitución Política, es un decreto de 3 artículos y en lo que ocupa a esta ponencia, únicamente se hará énfasis en el artículo 2° de dicha disposición:

Art. 2. Los contratos a que se refiere este Decreto que celebren la Nación o los establecimientos públicos nacionales no requerirán de la aprobación del Consejo de Ministros.

De otra parte el Artículo 3°, señala de manera expresa que se derogan las disposiciones que le sean contrarias. Ahora bien, en el Decreto 777 de 1992, se disponía que en aquellos contratos de cuantía superior a los 5.000 SMMLV, debería someterse a la aprobación del Consejo de Ministros, no obstante y aunque esta norma no figura como derogada, de acuerdo al precepto fijado en el Art. 3 del Decreto 2459, es plausible concluir que dicha disposición sufrió una derogatoria tácita, por lo tanto no existe restricción alguna a la suscripción de estos contratos, independiente de la cuantía a contratar.

En virtud a lo anterior, estas son las disposiciones que regulan la materia concerniente al artículo 355 de la Constitución Política de Colombia.

ESBOZOS JURISPRUDENCIALES SOBRE EL ARTÍCULO 355 CONSTITUCIONAL

Ante la incertidumbre normativa con relación al Artículo 355 y la falta de técnica por parte del constituyente al delegar dicha facultad en cabeza del Ejecutivo, ha sido la jurisprudencia de la Corte Constitucional la



que ha tenido que precisar sus contenidos y elaborar mecanismos que coadyuven a la pervisión de estos contratos, evitando que las convenciones autorizadas por el artículo 355 degeneren en una donación.

En este acápite se hará un estudio de algunas de las sentencias más relevantes sobre la materia, teniendo como criterio aquellas donde se ha declarado la inexequibilidad de normas por ser contrarias al precepto 355 constitucional, y de igual forma la sentencia hito sobre la materia, que en últimas recoge la línea jurisprudencia y fija unas reglas a las cuales se deben someter los contratos estatales que se rigen por el inciso 2° del Artículo 355 de la norma superior.

Mediante sentencia C-372 de 1994 (Corte Constitucional, Sentencia C-372, 1994), la Corte Constitucional realizó el estudio de constitucionalidad del Art. 6° del Decreto 130 de 1976, que establecía al siguiente tenor:

Artículo 6o. De las Corporaciones y Fundaciones de Participación Mixta. Sin perjuicio de lo que normas especiales tengan establecido para algunas de ellas, las personas jurídicas que se crean para fines de interés público o social, sin ánimo de lucro, con recursos o participación de entidades públicas y de particulares, se someterán a las normas previstas para las Corporaciones o Fundaciones, según el caso, en el Código Civil y demás disposiciones pertinentes.

La declaratoria de inexequibilidad tiene sustento en que las entidades privadas o mixtas sin ánimo de lucro, para efectos de recibir aportes del Estado, deberán someterse a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 355 constitucional y sus decretos reglamentarios;

toda vez que dicha norma se expidió con anterioridad de la constitución política de Colombia y por ello debe adecuarse la manera en que dichos entes perciben los recursos estatales. Adicionalmente, sostuvo la Corte que los contratos a que se hace referencia deben estar conformes con el Plan Nacional de Desarrollo que expida el Congreso de la República.

En una demanda posterior, la Corte Constitucional con sentencia C-507 de 2008, realizó el estudio de constitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley 1151 de 2007, "Plan Nacional de Desarrollo", y para el caso objeto de estudio, interesa el Art. 10 que establecía al siguiente tenor:

Artículo 10. Para todos los efectos, se entiende que los apoyos económicos directos o indirectos, así como los incentivos, constituyen una ayuda que ofrece el Estado sin contraprestación alguna por parte del beneficiario y se otorgan de manera selectiva y temporal en el marco de una política pública. Es potestad del Gobierno Nacional establecer el sector beneficiario y el valor del apoyo o incentivo económico, así como determinar, los requisitos y condiciones que sean del caso. Por consiguiente, solo se considerará beneficiario y titular del derecho al apoyo o incentivo quien haya sido seleccionado mediante acto administrativo en firme por haber cumplido los requisitos y condiciones establecidos por el Gobierno para tal efecto.

PARÁGRAFO. Mientras ello no ocurra los potenciales beneficiarios solo tendrán meras expectativas y NO derechos adquiridos (Diario Oficial, Sentencia 46.700, 2007).

Sobre esta sentencia, vale la pena destacar dos aspectos, el primero que declaró la inexecutable del precepto, aduciendo que:

(...) toda norma legal que otorgue al gobierno la facultad de asignar recursos públicos en cumplimiento de una determinada política social o económica debe contener, cuando menos, dos salvaguardas. La primera, destinada a asegurar que se cumplan con las condiciones para evitar que se trate de un auxilio o una donación. La segunda, destinada a garantizar que el proceso de asignación respetará el principio de igualdad y no discriminación (Corte Constitucional, C-507, 2008).

Por lo tanto, la Corte concluyó que en el presente caso el artículo 10 de la Ley 1151 de 2007, no cumple con dichas salvaguardas, es así como la permisión al Ejecutivo es un facultad genérica que vulnera el postulado fijado en el 355 superior.

El segundo aspecto de relevancia es que en dicha providencia se delimitaron algunos requisitos bajo los cuales se hace posible la excepción prevista en el inciso segundo del Art. 355 constitucional, estos son:

1. Toda asignación de recursos públicos debe respetar el principio de legalidad del gasto. 2. Toda política pública del sector central, cuya ejecución suponga la asignación de recursos o bienes públicos, debe encontrarse reflejada en el Plan Nacional de Desarrollo y en el correspondiente Plan de Inversión. 3. Toda disposición que autorice una asignación de recursos públicos, sin contraprestación por parte del beneficiario, tiene que encontrarse fundada en un mandato constitucional claro y suficiente que la autorice. 4. Debe respetar el principio de igualdad (Corte Constitucional, C-507, 2008).

De esta manera la Corte Constitucional volvió a declarar inexecutable una norma por contravenir el precepto estipulado en el 355 constitucional; y adicionalmente fijó unas reglas importantes que se deben seguir en materia de contratos con entidades sin ánimo de lucro; es decir que el intérprete a efectos de determinar si se trata o no de una donación debe verificar que el contrato analizado satisfaga a cabalidad los cuatro requisitos indicados por la Corte.

Finalmente, dentro del presente ejercicio jurisprudencial se examinará la sentencia hito sobre la materia, que es la C-324 de 2009 (Corte Constitucional, Sentencia C-324, 2009), por ser esta, donde la corporación realiza un barrido de la línea jurisprudencial y así mismo por señalar de manera clara y con base en las reglas señaladas en la sentencia C-507 de 2008, un test más completo para determinar en qué casos se presenta una donación y no un contrato estatal.

A continuación se describirá el test sobre la donación, según el cual se establecen unas hipótesis en las cuales se puede determinar que un contrato derivado del artículo 355 superior, o incluso aquellos a los que se aplica el estatuto de la contratación pública ha degenerado en una donación. Dichos pasos se identifican así:

1. Omitir dar aplicación al principio presupuestal de legalidad del gasto:

Se trata de aquellos casos en que el contrato no fue previsto inicialmente en el presupuesto de la respectiva entidad estatal, sino que surge de la



improvisación y de una clara vulneración al principio de legalidad que orienta el gasto público. Un aspecto relevante de este principio, es que en la elaboración del presupuesto no solo participa el gobierno, sino que además interviene el Congreso de la República, asambleas departamentales y concejos municipales para la aprobación de los presupuestos nacional, departamental y municipal; por ello es una garantía que todos los ingresos y gastos estén contenidos en la norma de presupuesto anual. Es así como un gasto por fuera del presupuesto contraría el ordenamiento jurídico y por consiguiente se evidencia un caso de donación.

2. Se omite determinar de manera concreta y explícita su finalidad, destinatarios, alcances materiales y temporales, condiciones y criterios de asignación, publicidad e impugnación, así como los límites a la libertad económica:

La asignación a favor de particulares para que no sea una donación además de estar contemplada en el presupuesto de gastos, debe indicar cuál es la justificación de dicha asignación, porque se requiere destinar una partida para determinado sector, grupo o población; quienes son los potenciales destinatarios, la temporalidad de la medida, para que no se vaya a perpetuar en el tiempo dicho gasto o asignación, publicidad y los criterios de asignación para que no se vulneren los principios de igualdad y equidad.

3. Cuando la asignación obedezca a criterios de mera liberalidad, es decir, no se encuadre en una

política pública acorde con el Plan Nacional o planes seccionales de desarrollo:

Se prohíben las asignaciones que surgen de actos discrecionales del ordenador del gasto, toda destinación de recursos debe ser planeada y encontrarse articulada con el Plan Nacional, seccional o local de desarrollo; que en últimas es donde se encuentran las metas y objetivos que propone alcanzar su gobierno.

4. Cuando el costo del subsidio para el Estado sea mayor que el beneficio social que se obtiene, o cuando el auxilio o subsidio solo beneficie a un grupo de interés sin que reporte beneficios a la sociedad en su conjunto o contribuya a ampliar las diferencias sociales:

Se debe realizar un análisis de costo-beneficio, en términos de sostenibilidad fiscal, ya que todo gasto público debe pretender una finalidad social, una mejora en el bien común o interés público; y el auxilio que se otorgue debe responder a dicha finalidad social.

5. Cuando la asignación de recursos públicos no contribuya a fortalecer la capacidad de acceso de los más pobres a los bienes y servicios públicos esenciales, en la medida en que se entreguen a quienes menos lo necesitan o menos lo merecen:

43

En términos de justicia distributiva y del principio de igualdad material previsto en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia¹⁶, el Estado debe intervenir para equilibrar la balanza y disminuir la brecha entre los más pobres con el resto de la población, es decir, que sus acciones deben estar encaminadas en ofrecer a los menos favorecidos la prestación de los bienes y servicios públicos esenciales, para lograr dicha función se justifican los auxilios con dineros públicos, por el contrario, si dichos dineros no contribuyen con dicha realidad, no cabe duda alguna que se está ante un caso de donación. Verbigracia, los dineros otorgados a través del programa Agro Ingreso Seguro AIS promovidos por el Ministerio de Agricultura no cumplieron con este requisito, convirtiéndose en un privilegio para unos pocos.

6. Cuando el subsidio tenga vocación de permanencia convirtiéndose en una carga al presupuesto público, en la medida que el subsidio o auxilio está llamado a producir efectos inmediatos dentro de una determinada coyuntura económica, de manera que una vocación de permanencia indica que la situación o sector al cual se dirige requiere de otras y más profundas medidas estructurales;

¹⁶ “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

El Estado no puede pretender modificar una situación de pobreza extrema a través de una política asistencialista o de subsidios, estas medidas nunca van a lograr equilibrar la balanza sino que únicamente se mengua ciertas contingencias por un lapso demasiado corto, en consecuencia, cuando se planean ayudas o auxilios en beneficios de determinado grupo o sector, se hace como una medida transitoria, la cual no puede perpetuarse en el tiempo; esto es lo que se denomina una acción afirmativa en términos de igualdad material.

El profesor Carlos López Cadena se refiere a las acciones afirmativas en el siguiente sentido: “Estos procesos igualitarios se ven reflejados, por ejemplo, en las «acciones positivas» que se pueden entender como la manifestación práctica de la igualdad real, pues se configuran como la valoración y respuesta jurídica ante las diferencias relevantes. Estas acciones comportan una estrategia para combatir la discriminación o sus efectos, en favor de quienes la padecen” (López, 2010). De esta manera, los auxilios decretados a favor de personas de derecho privado al encontrarse en una política pública determinada se pueden concretar en acciones afirmativas o acciones positivas, las cuales tienen un carácter transitorio y no permanente; pues de lo contrario se trataría de una clara vulneración al principio de igualdad formal.

7. Cuando el subsidio entrañe la figura de la desviación de poder, (*détournement de pouvoir*) esto es, cuando el incentivo se cree con un propósito distinto de aquel para el cual aparentemente fue creado (Corte Constitucional, Sentencia C-324, 2009).



El subsidio debe ser una manifestación transparente de una política pública, en la cual debido a la publicidad y a la determinación clara y no ambigua de los criterios de selección de los destinatarios, permite evidenciar una respuesta a una necesidad social, es decir, que no son razones de índole personal inducidas por el ordenador del gasto, sino una evidente respuesta al interés general.

En estos términos se fijan criterios bien importantes a través de la jurisprudencia, dado que la respuesta normativa ha sido insuficiente en relación con la reglamentación de los contratos dispuestos en el inciso segundo del Artículo 355 constitucional.

CONCLUSIÓN

La lectura del Artículo 355 de la Constitución Política de Colombia debe hacerse dentro de un contexto del Estado Social de Derecho privatizado, según el cual, en cada vía se presenta una mayor desconexión entre la parte dogmática y el componente orgánico de la Ley fundamental.

Con la prohibición estipulada en el Artículo 355 de la Carta Magna, las donaciones y auxilios no han desaparecido del ordenamiento jurídico, toda vez que lo que se dio fue un cambio de actor, puesto que del Legislativo pasaron al Ejecutivo y esta situación se presenta gracias a esa excepción tan amplia que consagra el mismo Artículo 355 en el precepto establecido en el inciso segundo.

Se requiere con urgencia un proyecto de reforma constitucional del inciso segundo del Artículo 355, toda vez que la Constitución no puede fijar una excepción tan amplia a las donaciones y auxilios, y lo que resulta más nocivo, dejarla en cabeza de su mismo destinatario, para este caso el Gobierno Nacional. Por ello, es pertinente que el legislativo se involucre en esta materia y que vía Acto legislativo se pueda armonizar esta disposición con los principios de selección objetiva, transparencia y principalmente con las normas de contratación que orientan la materia.

Aunque la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha hecho un esfuerzo por limitar la acción de los contratos que se pueden celebrar en virtud al Artículo 355 constitucional y ajustarlos a la noción de Estado

45

social de derecho, aún persiste el vacío en relación con el principio y deber de selección objetiva, toda vez que no existe un solo instrumento normativo o jurisprudencial que vinculen a la administración para que en tratándose de estos eventos se escoja la oferta más favorable a la entidad, en conclusión, persiste la discrecionalidad por parte del ordenador del gasto, para elegir al contratista (entidad privada sin ánimo de lucro) bajo esta modalidad.

Finalmente se hace un llamado para que la academia también se involucre en estos asuntos, no cabe duda que las aulas son los laboratorios de las ideas, pero las mismas deben ser aplicadas, desarrolladas y contextualizadas en la sociedad; por ello, no es suficiente un cambio normativo si a la par no se trabaja en un cambio de mentalidad, una concepción en la cual la cultura de la legalidad sea una verdadera práctica, y donde los mecanismos de evadir los instrumentos normativos, sean efectivamente censurados por la sociedad; esta labor no es competencia exclusiva de los organismos de control, por ello la ciudadanía tiene un enorme compromiso en desarrollo del control social, que es el que efectivamente puede modificar mentalidades e incluso enderezar instituciones.



BIBLIOGRAFÍA

REFERENCIAS DOCUMENTALES

Herrera, A. (2012). Aspectos generales del derecho administrativo colombiano. Barranquilla: Grupo Editorial Ibáñez 3ª edición.

López, C. (2010). Pobreza y Derechos en Colombia. Revista Derecho del Estado (24).

Morales, J. (2010). Derecho Económico Constitucional Colombiano. Bogotá, Ediciones doctrina y Ley, sexta edición.

Sierra, H. (1998). Concepto y tipos de ley. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Sierra, H. (2006). La administración de justicia en el Estado social de derecho Privatizado (Ponencia).

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

Colombia es el séptimo país más desigual del mundo. (2012). Revista Dinero. Recuperado de <http://www.dinero.com/actualidad/itisia/articulo/itisia-septimo-pais-mas-desigual-del-mundo/147127>.

Colombia fuera de los 10 países más desiguales. (2013). Periódico Portafolio. Recuperado de <http://www.portafolio.co/itisia/itisia-fuera-los-10-paises-mas-desiguales>.

Ebsa, último gran negocio del año por 808 mil millones. (2011). Periódico Portafolio. Recuperado de <http://www.portafolio.co/itisia/ebsa-ultimo-gran-negocio-del-ano-808-mil-millones>

REFERENCIAS DE DOCUMENTACIÓN JURISPRUDENCIAL

Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 1994. Exp. D-520.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-507 de 2008. Exp. D-6987.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-324 de 2009. Exp. D-7442.

REFERENCIAS DE DOCUMENTACIÓN LEGAL

Constitución Política de Colombia 1991.

Proyecto de Acto Constituyente de Vigencia Inmediata “Control a los auxilios parlamentarios”. Publicado en La Gaceta Constitucional No. 077.

Acto Legislativo 1 de 1945. Publicado en La Gaceta Diario Oficial N. 25.769 de 1945.

Acto Legislativo 003 de 2011 “Por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal”.

Ley 30 de 1978. Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 35.167, del 28 de diciembre de 1978.

Ley 80 de 1993. Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 41.094, del 28 de octubre de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de la Contratación Pública.

Ley 25 de 1997. Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 34.897, del 27 de octubre de 1977.



Ley 963 de 2005. Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 45.963, del 08 de julio de 2005. "Por la cual se instaura un sistema de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia".

Congreso de la República de Colombia. (2007). Ley 1151 de 2007. Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 46.700, del 25 de julio de 2007. "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo".

Ley 1607 de 2012. Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 48.655, del 26 de diciembre de 2012. "Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones".

Decreto 130 de 1976. "Por el cual se dictan normas sobre sociedades de economía mixta".

Decreto 2093 de 1991. Publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 40.018, del 6 de septiembre de 1991. "Por el cual se desarrolla el artículo transitorio 34 de la Constitución Política".

Decreto 777 de 1992. Expedida por el Gobierno Nacional para reglamentar el artículo 55 de la Constitución Política de Colombia, concretamente en lo que atañe a su inciso segundo.

Decreto 1403 de 1992. "Modifica algunos preceptos del Decreto 777 de 1992".

Decreto 2459 de 1993. "Por medio del cual adopta disposiciones relacionadas con los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 constitucional".



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons
Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional



LA RESPONSABILIDAD FISCAL DEL CONTRATISTA Y DEL SUBCONTRATISTA

RESUMEN

El lector encontrará en este artículo una aproximación conceptual a los términos inmersos en el tema de la gestión fiscal conexa y su relación con la posible derivación de responsabilidad fiscal frente a contratistas y subcontratistas.

Advirtiendo que en no todos los caso se puede señalar la existencia de responsabilidad en los procesos en que se investiga contratos que han resultado onerosos al Estado.

Se aborda de manera general dos temas el caso de los convenios interadministrativos como el caso de los subcontratistas y la diferencia en las relaciones jurídicas que se entablan en cada uno de los extremos contractuales nombrados, por último, se invita al lector a que analice el caso en concreto de los subcontratistas desde la posición de la defensa jurídica de los mismos.

Palabras clave: Gestión fiscal, responsabilidad fiscal, contratistas, Estado.

Diana Patricia Reyes Dacosta*

* Abogada, egresada de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Libre de Colombia, experiencia profesional en el área del derecho administrativo en la rama judicial, laboró cinco años en el Grupo de Investigaciones de la Contraloría General de la República. Abogada de representación externa en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. (Contacto: dipareda@gmail.com; dreyesd@dian.gov.co).

Fecha de recepción: mayo 4 del 2015.

Fecha de aceptación: julio 21 del 2015

FISCAL RESPONSIBILITY OF THE CONTRACTOR AND SUBCONTRACTOR

ABSTRACT**Citar este artículo así:**

Reyes, P. (2016). La Responsabilidad Fiscal del contratista y del subcontratista. *Justicia, Sociedad y Derecho*, 1(1), 50-65.



In this article, the reader will find a conceptual approach for the terms involved in the issue related to fiscal management and its relationship with the possible derivation of tax liability to contractors and subcontractors.

Noting that not all cases can indicate the existence of responsibility in the processes in which contracts have been burdensome to the state investigation.

In general, It deals with two issues. First, the inter-administrative agreements such as the case of subcontractors; and second, the difference in legal relations established in each of the mentioned contract parties. Finally, the reader is invited to discuss the specific case of the subcontractors from the position of their legal defense.

Keywords: Fiscal management, fiscal responsibility, contractors, State.

INTRODUCCIÓN

El control fiscal se ha convertido en una herramienta para combatir el flagelo de la corrupción que azota la administración pública en Colombia, de ahí radica la importancia de tener claridad sobre los alcances de la denominada gestión fiscal antieconómica que deriva en un juicio o reproche de responsabilidad fiscal.

Se tendrá un breve recorrido en los conceptos generados por el Consejo de Estado y las sentencias de la Corte Constitucional, así mismo se recurrirá a los conceptos de la oficina jurídica de la Contraloría General de la República. Igualmente se hará un acercamiento a la normativa para aterrizar en el articulado que tipifica la conducta de gestión fiscal antieconómica.

En el desarrollo de este escrito se tendrá la oportunidad de adentrarse de manera general en la conceptualización de los términos jurídicos que rodean el tema de la responsabilidad fiscal para luego aterrizar en el centro de estudio que es la responsabilidad del contratista y el subcontratista.

GENERALIDADES DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL

La Responsabilidad Fiscal del subcontratista

Teniendo en cuenta las facultades constitucionales de vigilancia y control sobre los recursos públicos que les asiste a las Contralorías Territoriales y Contraloría General de la República, y así mismo la evolución que ha tenido conceptos como el de gestor fiscal, a tal punto de que

se ha extendido incluso para aquellas personas que no fungen como servidores públicos, como ocurre en tratándose de contratistas, se propone en esta ponencia abordar un caso problemático en relación con la posibilidad de que los subcontratistas sean o no responsables fiscales.

En este orden de ideas, el problema que se pretende resolver en este artículo es si el ordenamiento colombiano integrado por el Artículo 267 constitucional y la Ley 610 de 2000; y armonizado con la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, así como con los conceptos emanados de la Contraloría General de la República, se puede admitir la posibilidad de que el subcontratista responda fiscalmente ante los procesos que adelantan las Contralorías.

Naturaleza de la Responsabilidad Fiscal

Por mandato constitucional la Contraloría General de la República tiene como función la vigilancia y control de la gestión fiscal y por ende determinar la responsabilidad fiscal que se derive de una indebida gestión, así lo indica el artículo 267 del texto constitucional:

El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la Ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice

por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la Ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.

La Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal. No tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización.

De ahí, que a partir de la Constitución de 1991 se hiciera un control posterior a la inversión de los recursos públicos y se estableciera de manera clara el carácter técnico de la labor desarrollada por la Contraloría.

Es en el año de 1993 cuando se promulga la Ley 42, norma que desarrolló el presupuesto constitucional sobre el control a la gestión fiscal ejercida no solo por personas o funcionarios públicos sino también por PARTICULARES, aspecto en el que se profundizará más adelante.

La Corte Constitucional (Corte Constitucional, n. C-623, 1999), ha dicho sobre la función de la Contraloría General que es la de ejercer el control y la vigilancia sobre la actividad estatal a partir de su propia independencia, que supone también la del ente vigilado, sin que les sea permitido participar en las labores que cumplen los órganos y funcionarios competentes

para conducir los procesos que después habrán de ser examinados bajo la perspectiva del control. De lo contrario, él no podría ejercerse objetivamente, pues en la medida en que los entes controladores resultaran involucrados en el proceso administrativo específico, objeto de su escrutinio, y en la toma de decisiones, perderían toda legitimidad para cumplir fiel e imparcialmente su función.

Ahora bien, como se ha dicho dentro de las funciones de la Contraloría se encuentra la de establecer la responsabilidad fiscal de aquellos que tienen a su cargo el manejo de bienes o recursos con el objetivo del resarcimiento de los daños que se hayan causado al erario.

De ahí que el numeral 5 del Artículo 268 de la Constitución se constituye como el soporte constitucional del proceso de responsabilidad fiscal, herramienta que permite establecer la responsabilidad de quien ejerce gestión fiscal, con miras a lograr el resarcimiento de los daños causados al patrimonio estatal. Luego entonces, se tiene que el objeto (Corte Constitucional, n. T-297, 2006) del proceso de responsabilidad fiscal es el de obtener una declaración JURÍDICA en el sentido que una persona que tenga a su cargo fondos o bienes del Estado, debe asumir las consecuencias derivadas de las actuaciones irregulares en que haya podido incurrir, de manera dolosa o culposa, en la administración de los recursos públicos.

A partir de la promulgación de la Ley 610 de 2000 se establece el procedimiento para el establecimiento de la responsabilidad fiscal, en su primer artículo se indica:

El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de esta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.

En virtud de esta definición y en desarrollo de la citada ley se indicó en el Artículo cuarto que la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

Así, la responsabilidad fiscal es de naturaleza resarcitoria, la Corte Constitucional mediante sentencia C620- de 1996 (Corte Constitucional, n. C-620, 1996), ha dicho sobre el tema:

- La responsabilidad fiscal se declara a través del trámite del proceso de responsabilidad fiscal, entendido como el conjunto de actuaciones materiales y jurídicas que adelantan las contralorías con el fin de determinar la responsabilidad que le corresponde a los servidores públicos y a los particulares, por la administración o manejo irregulares de los dineros o bienes públicos.

Como función complementaria del control y de la vigilancia de la gestión fiscal que ejerce la Contraloría General de la República y las contralorías departamentales, distritales y municipales, existe igualmente,

a cargo de estas, la de "establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma", la cual constituye una especie de la responsabilidad que en general se puede exigir a los servidores públicos o a quienes desempeñen funciones públicas, por los actos que lesionan el servicio o el patrimonio público, e incluso a los contratistas y a los particulares que hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado, tal como lo señalan los artículos 6, 29, 90, 121, 123 inciso 2, 124, 267, 268-5 y 272 C.P.; 83 y 86 de la ley 42 de 1993.

- Es decir, que la responsabilidad fiscal podrá comprender a los directivos de las entidades y demás personas que profieran decisiones que determinen la gestión fiscal, así como a quienes desempeñen funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, y a los contratistas y particulares a los cuales se les deduzca responsabilidad dentro del respectivo proceso, en razón de los perjuicios que hubieren causado a los intereses patrimoniales del Estado.

Dicha especie de responsabilidad es de carácter subjetivo, porque para deducirla es necesario determinar si el imputado obró con dolo o con culpa (...).

El proceso de responsabilidad fiscal, atendiendo su naturaleza jurídica y los objetivos que persigue, presenta las siguientes características:

- a) Es un proceso de naturaleza administrativa (...).
- b) La responsabilidad que se declara a través de dicho proceso es esencialmente administrativa, porque

juzga la conducta de un servidor público, o de una persona que ejerce funciones públicas...

Dicha responsabilidad es además, patrimonial, porque como consecuencia de su declaración, el imputado debe resarcir el daño causado por la gestión fiscal irregular, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, que compensa el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. (...).

c) Dicha responsabilidad no tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo (parágrafo Art. 81, ley 42 de 1993). En efecto, la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria¹, pues busca obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal. Es, por lo tanto, una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder por la comisión de los mismos hechos. En tal virtud, puede existir una acumulación de responsabilidades, con las disciplinarias y penales, aunque se advierte que si se percibe la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal, no es procedente al mismo tiempo obtener un nuevo reconocimiento de ellos a través de dicho proceso, como lo sostuvo la Corte en la sentencia C-046/94.

De ahí que, se indique que la responsabilidad fiscal busca el resarcimiento del daño causado al patrimonio público. Ahora bien, lo que se ha dicho hasta ahora va ligado al concepto de gestión fiscal, así que paso a seguir es tener claro dicha definición.

¹ Subrayado del autor.

55

El Consejo de Estado indicó sobre la definición de gestión fiscal en el concepto No. 848 del 31 de julio de 1996 lo siguiente:

Es, entonces, el conjunto de actividades económico-jurídicas relacionadas con la adquisición, conservación, explotación, enajenación, consumo o disposición de los bienes del Estado, así como la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines de este y realizadas por los órganos o entidades de naturaleza jurídica pública o por personas naturales o jurídicas de carácter privado.

Más adelante, en la Ley 610 de 2000 se indicó en su artículo 3 que gestión fiscal es el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.

La importancia de la definición de gestión fiscal radica en el hecho que de ahí se deriva la responsabilidad fiscal, la Corte Constitucional ha indicado que la definición vista en el texto normativo es de carácter enunciativo mas no taxativo. Del desarrollo jurisprudencial igualmente se puede destacar que existe la

posibilidad de derivar responsabilidad fiscal por actividades conexas relacionadas con la gestión fiscal, así lo ha dicho el alto tribunal de lo constitucional

Es cierto que quienes cumplen gestión fiscal manejan directamente recursos estatales, que por ello les asiste el deber de orientar esos recursos a la realización de las finalidades que le incumben al Estado y que el incumplimiento de ese deber los hace responsables penal, disciplinaria y fiscalmente. No obstante, los agentes estatales que no cumplen gestión fiscal, si bien no manejan directamente recursos estatales, también se hallan en el deber de proceder con estricto apego al principio de legalidad que rige sus actos y por ello, al apartarse de esa directriz, pueden también incurrir en responsabilidad penal, disciplinaria y patrimonial. Si ello es así, no hay motivos para que la ley establezca un régimen de responsabilidad fiscal y patrimonial con distintos fundamentos de imputación (Corte Constitucional, n. C-840, 2001).

Como se aprecia, existe la responsabilidad fiscal por actividades conexas a la gestión fiscal, es decir que no solo se responde fiscalmente por la realización de manera directa de actividades que impliquen gestión fiscal sino también por aquellas que se realizan en virtud o en conexidad de ellas, he aquí que surge la pregunta sobre el límite de dicha conexidad frente a los subcontratistas.



EL CONTRATISTA COMO DESTINATARIO DEL CONTROL FISCAL

Gestión Fiscal del contratista

Vistos los aspectos generales de la responsabilidad fiscal, corresponde hacer un acercamiento a la naturaleza de la responsabilidad que se imputa a los contratistas, la Corte Constitucional República de Colombia (Corte Constitucional, n. C-382, 2008), estableció:

Proceso de Responsabilidad Fiscal-Características

a) Se origina única y exclusivamente del ejercicio de una gestión fiscal, esto es, de la conducta de los servidores públicos y de los particulares que están jurídicamente habilitados para administrar y manejar dineros públicos²; b) no tiene una naturaleza jurisdiccional sino administrativa; c) La responsabilidad fiscal que se declara en el proceso es esencialmente patrimonial y no sancionatoria, toda vez que tiene una finalidad exclusivamente reparatoria; d) La responsabilidad fiscal es independiente y autónoma de otros tipos de responsabilidad; e) La responsabilidad fiscal es de carácter subjetivo, pues para deducirla es necesario determinar si el imputado obró con dolo o con culpa; f) Finalmente, los órganos de control fiscal están obligados a obrar con observancia plena de las garantías sustanciales y procesales propias del debido proceso, las cuales deben armonizarse con los principios que gobiernan la función administrativa, es decir, con los principios de igualdad, moralidad eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

² Subrayado del autor.

Nótese entonces como la Corte Constitucional es enfática al indicar la responsabilidad fiscal se origina en el ejercicio de la gestión fiscal por personas jurídicamente habilitadas para administrar y manejar dineros públicos.

En este punto, se hace oportuno señalar lo indicado por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República (Contraloría General de la República, concepto n. 80112-2008EE6493, 2008), quien a propósito de la responsabilidad fiscal de los contratistas, señaló:

Ahora, los verbos administrar y manejar en el contexto en que son utilizados por la ley tienen connotaciones similares: poder de decisión sobre los bienes o fondos objeto de la gestión. Este poder sobre los bienes o fondos puede ser material o jurídico, la ley se refiere a capacidad de realizar actividades de distinto orden: económicas, jurídicas o tecnológicas.

No necesariamente se requiere la disposición jurídica y material de los bienes o fondos como lo advierte algún sector de la doctrina, ya que de esa manera solamente los ordenadores del gasto podrían ser gestores fiscales. La gestión fiscal vincula a todos los sujetos que tengan poder decisorio sobre los bienes o fondos del Estado:

Como bien se aprecia, se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades.

57

En materia de contratación estatal es ilustrativo, en los casos en que ya está determinada la naturaleza pública del patrimonio, examinar en las obligaciones del contratista, en las cláusulas contractuales, a que título actúa el particular en cada uno de los casos. Pues no por ser los recursos estatales necesariamente el contratista es gestor fiscal, sino, que debe extraerse esta información de la naturaleza del contrato, la esencia de la actividad que se despliega y el acuerdo de voluntades que tiene un amplio espacio a partir de la Ley 80 de 1993.

La Contraloría resalta la importancia de establecer el ejercicio de la acción fiscal por parte de los contratistas, pues como lo argumenta, no necesariamente el que contrata con el Estado puede entenderse como sujeto de imputación fiscal.

Ahora bien, la realidad de la práctica es que se observa la tendencia en algunos sectores de generalizar que todo contratista puede ser sujeto de responsabilidad fiscal.

La Corte Constitucional en sentencia T 1012 de 2008 (Corte Constitucional, n. T 1012, 2008) hace un recuento de los diferentes pronunciamientos acerca del contratista como destinatario del control fiscal, en dicha providencia se destacan los siguientes apartes:

En virtud de lo dispuesto en el Artículo 267 de la Constitución, el control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República se ejerce sobre la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación. Y, respecto de la delimitación del concepto de gestión fiscal, el

artículo 83 de la Ley 42 de 1993 aclaró que “la responsabilidad fiscal podrá comprender a los directivos de las entidades y demás personas que produzcan decisiones que determinen la gestión fiscal, así como a quienes desempeñan funciones de ordenación, control, dirección y coordinación; también a los contratistas y particulares que vinculados al proceso, hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado de acuerdo con lo que se establezca en el juicio fiscal”.

En relación con la interpretación de esas normas y, en especial, respecto de la calidad de destinatario del proceso fiscal del particular contratista con el Estado, tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la del Consejo de Estado, ha sido enfática en sostener no solo que los contratistas con el Estado son sujetos de vigilancia fiscal, sino también que el control sobre la gestión adelantada por las autoridades públicas y los particulares en la contratación pública se justifica por la naturaleza misma del control fiscal que fue diseñado para defender el erario público y garantizar la eficiencia y eficacia de los recursos públicos.

En efecto, la sentencia C-167 de 1995 de esta Corporación dijo con claridad que “el Artículo 267 de la Carta Magna, delimita el rango de acción de la función fiscalizadora o controladora al otorgarle a la Contraloría las prerrogativas de vigilar la gestión fiscal de la administración, entendiéndose este vocablo en su más amplia acepción, es decir referido tanto a las tres ramas del poder público como a cualquier entidad de derecho público, y, a los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación, que garanticen al Estado la conservación y adecuado rendimiento de los bienes e ingresos de la Nación; así pues donde quiera que haya bienes o ingresos públicos, deberá estar presente en la fiscalización el ente superior de control”. Posteriormente, la sentencia C-1148 de



2001, reiteró que “ninguna entidad pública o privada que maneje fondos o bienes de la Nación, puede abrogarse el derecho a no ser fiscalizada”. En el mismo sentido, la sentencia C-1176 de 2004, manifestó que “el control fiscal es el mecanismo por medio del cual se asegura el cabal cumplimiento de los objetivos constitucionalmente previstos para las finanzas del Estado”.

Hasta aquí es claro entonces, que los contratistas también son destinatarios de la vigilancia fiscal ejercida por la Contralorías, pero dicha conclusión no puede llevar a confundirse con una especie de responsabilidad objetiva, ya que hay contratos en cuya ejecución se ven inmersos diferentes figuras jurídica que llevan a excluir la responsabilidad fiscal de los ejecutantes, cuestión que se verá más adelante.

El llamado de atención que se hace radica en que algunos Despachos equivocadamente interpretan que todos los contratistas son objeto de reproche fiscal por el solo hecho de recibir recursos del Estado, sin atender a particularidades como si la actividad por la cual se investiga tenía o no el deber de ejecutarla o si los recursos le fueron girados a título de pago anticipado o anticipo lo que comportaría o no la realización de gestión fiscal.

Siendo esto así, se infiere que cada contrato debe analizarse de manera particular para establecer si al contratista se le encomendó o no alguna actividad que comporte el ejercicio de gestión fiscal.

Del caso de los subcontratistas

En obras públicas, que es el contrato más usado, se caracteriza por ser una relación formal, bilateral, onerosa, conmutativa, de tracto sucesivo, parte del hecho que se entrega a otra persona la responsabilidad de manejar dineros públicos con el fin de atender un objeto de interés social, basado en el principio de la confianza.

En términos generales, conforme con la naturaleza misma del contrato se entiende por sub-contratista como la persona que asume contractualmente ante el contratista el compromiso de realizar determinadas obras o partes de ella, con sujeción al proyecto o contrato por el que se rige su ejecución.

La subcontratación se define por la Red Colombiana de Centros de Subcontratación, en la Publicación MIPYMES del Portal Empresarial Colombiano así “la subcontratación es una relación de trabajo que se produce entre dos empresas, una de las cuales, denominada contratista encarga a la otra, denominada subcontratista, la producción de partes, piezas, componentes o subconjuntos intermedios de acuerdo a las especificaciones técnicas precisas y establecidas de antemano”.

Esta concepción en materia de contratación estatal, resulta útil a la hora de examinar si le asiste o no responsabilidad fiscal a los subcontratistas, es decir, hay que determinar en qué casos hay ejercicio de gestión fiscal por conexidad y por ende responsabilidad fiscal.

59

Hay que resaltar que en el caso del subcontratista el mismo no ha entablado relación jurídica directa con el contratante o entidad pública, no aparece en el texto del contrato como tampoco ha adquirido derechos de reclamar algún emolumento económico al ente público.

Si bien se puede establecer una conexión negocial entre la entidad pública y el contratista y entre este y el subcontratista, lo cierto es que hay pluralidad de negocios y en consecuencia hay diversidad de responsabilidad en el cual no se puede derivar gestión fiscal por conexidad, como erróneamente se quiere hacer ver en algunos procesos llevados por las Contralorías.

Lo anterior no quiere dar por descartado que exista la gestión fiscal por conexidad, lo que se quiere es señalar que la relación jurídico-negocial debe ser examinada a la luz de las obligaciones que nacen en cada uno de los contratos, el análisis de la causa del contrato para determinar los efectos de las relaciones jurídicas establecidas.

Del caso de los convenios interadministrativos

Para algunos expertos se entiende que este tipo de convenios evaden el cumplimiento del principio de la selección objetiva mediante la celebración de contratos o convenios interadministrativos con entidades estatales que habían quedado excluidas de la aplicación de la Ley 80 de 1993, en donde la entidad contratista sirve de intermediaria para la subcontratación de la obra u objeto a desarrollar.

Se establecen los convenios con entidades que no tienen la capacidad de ejecución directa del contrato para que estas subcontrataran con otros personajes que no debían pasar por el escrutinio de un proceso de selección contractual.

La subcontratación escapa entonces del control fiscal de la Contraloría, si bien ejecuta obras u objetos para entidad pública, lo cierto es que el directo responsable es el contratista, ya que el subcontratista no estará sometido a las reglas del Estatuto General de la Contratación.

De acuerdo con ello, a través de ese tipo de convenios se puede subcontratar la ejecución de la obra con quien sí tiene la capacidad y calificación para la ejecución, pero en este entendido el subcontratista establece una relación jurídica privada y no estaría ejerciendo gestión fiscal, ya que es el contratista quien tiene el compromiso del buen resultado.

En términos generales, conforme con la naturaleza misma del contrato, el contratista entabla una relación contractual con el contratante y recibe el dinero como contraprestación al servicio prestado, tomando bajo su responsabilidad la dirección técnica de la obra, según las cláusulas contractuales; maneja los fondos que le entrega el contratante para la ejecución, invirtiéndolos en la forma que indique el contrato y rindiendo cuentas pormenorizadas, detalladas y documentadas sobre su manejo.

En efecto, quien contrata al subcontratista actúa a nombre propio y no de la entidad pública, es decir,

no actúa en representación de esta, pese a que está cumpliendo con la obligación contraída en el contrato, luego entonces, frente al tercero denominado subcontratista los efectos del acto jurídico realizado se considera como propios del contratista, y en consecuencia deberá asumir los riesgos que conllevan este tipo de contratación.

Los efectos de la gestión fiscal realizada por el contratista frente a un eventual incumplimiento no conllevan a que se extienda la vigilancia de la Contraloría hasta los subcontratista, es claro que frente a estos últimos lo que existe es una relación netamente privada reglada por el derecho comercial mas no por el derecho administrativo.

La Sección Tercera del Consejo de Estado indicó frente a la responsabilidad del subcontratista lo siguiente:

Cabe también advertir que en la subcontratación la acción directa del subcontratista frente a la entidad pública que no es parte en el subcontrato, en principio no existe. Ello por cuanto es el contratista principal quien asume la total responsabilidad de la ejecución del contrato y la relación jurídica que aquél entable con un tercero subcontratista para la ejecución de algunas de las prestaciones del contrato estatal se mantiene en la órbita de las relaciones entre particulares. Sin embargo, en la presente litis la responsabilidad del ente territorial surge por la particular incidencia que tuvo en la suscripción y vigilancia del subcontrato y por los compromisos que asumió frente al mismo, excepcionales en el ámbito de la contratación administrativa (Sección Tercera de lo Contencioso-Administrativo, n. 15020, 2002).

Nótese cómo este alto tribunal aborda la temática de la responsabilidad del subcontratista, indicando de manera clara y sin lugar a dubitación que la relación jurídica que nace es de carácter particular.

El alto Tribunal de lo Constitucional en estudio sobre la responsabilidad fiscal hace alusión a la gestión fiscal y el vocablo “con ocasión de esta”, indicó lo siguiente:

Entonces, ¿qué significa que algo ocurra con ocasión de otra cosa? El diccionario de la Real Academia Española define la palabra ocasión en los siguientes términos: “oportunidad o comodidad de tiempo o lugar, que se ofrece para ejecutar o conseguir una cosa. Causa o motivo porque se hace o acaece una cosa.” A la luz de esta definición, la locución impugnada bien puede significar que la gestión fiscal es susceptible de operar como circunstancia u oportunidad para ejecutar o conseguir algo a costa de los recursos públicos, causando un daño al patrimonio estatal, evento en el cual la persona que se aproveche de tal situación, dolosa o culposamente, debe responder fiscalmente resarciendo los perjuicios que haya podido causar al erario público.

El sentido unitario de la expresión o con ocasión de esta solo se justifica en la medida en que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal. Por lo tanto, en cada caso se impone examinar si la respectiva conducta guarda alguna relación para con la noción específica de **gestión fiscal**, bajo la comprensión de que esta tiene una entidad material y jurídica propia que se desenvuelve mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gasto, entre

otros, con miras a cumplir las funciones constitucionales y legales que en sus respectivos ámbitos convocan la atención de los servidores públicos y los particulares responsables del manejo de fondos o bienes del Estado (Corte Constitucional, n. C- 840, 2001).

Así las cosas, la noción de la responsabilidad fiscal generada por conexidad o con ocasión del ejercicio de gestión fiscal solo es pregonable a la persona que posee la atribución jurídica de manejar, administrar y disponer recursos públicos. Es así que en el mismo texto de la sentencia citada se concluyó:

De acuerdo con esto, la locución demandada ostenta un rango derivado y dependiente respecto de la gestión fiscal propiamente dicha, siendo a la vez manifiesto su carácter restringido en tanto se trata de un elemento adscrito dentro del marco de la tipicidad administrativa. De allí que, según se vio en párrafos anteriores, el ente fiscal deberá precisar rigurosamente el grado de competencia o capacidad que asiste al servidor público o al particular en torno a una específica expresión de la gestión fiscal, descartándose de plano cualquier relación tácita, implícita o analógica que por su misma fuerza rompa con el principio de la tipicidad de la infracción³. De suerte tal que solo dentro de estos taxativos parámetros puede aceptarse válidamente la permanencia, interpretación y aplicación del segmento acusado.

Es así que, la Corte Constitucional declara exequible la expresión “con ocasión de esta” en el entendido de que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal.

Sin embargo, en el estudio de expedientes de responsabilidad fiscal se ha encontrado una creciente tendencia a la aplicación de responsabilidad fiscal con ocasión de la gestión fiscal de terceros, es así que se está llevando a los procesos a los subcontratistas cuando, como se ha visto, no existe relación jurídica con entidad contratante, como tampoco manejo de recursos públicos, por consiguiente no hay lugar a endilgar gestión fiscal.

62

³ Subrayado del autor.



CONCLUSIÓN

La gestión fiscal la realizan los servidores públicos o particulares que tienen poder decisorio sobre los bienes y rentas del Estado. En este sentido se puede afirmar que el lazo existente entre el contratista y subcontratista no tiene injerencia alguna en la relación jurídica que nace entre el ente público y el contratista por ser relaciones jurídicas independientes y con consecuencias legales diferentes.

Ahora bien, en el caso de los convenios interadministrativos no hay lugar a extender el ejercicio de la gestión fiscal al subcontratista por cuanto la asunción de los riesgos lo hace el contratista como firmante del convenio.

En estos términos es imperativo afirmar que inicialmente no es admisible señalar que el subcontratista sea sujeto pasivo de responsabilidad fiscal.



BIBLIOGRAFÍA

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

Red Colombiana de Centros de Subcontratación. Publicación MIPYMES. Portal Empresarial Colombiano. Recuperado de <https://www.mincomercio.gov.co/mipymes/publicaciones.php?id=21802>

REFERENCIAS DE DOCUMENTACIÓN LEGAL

Constitución Política de Colombia de 1991

Ley 42 de 1993.

Ley 80 de 1993.

Ley 610 de 2001.

REFERENCIAS DE DOCUMENTACIÓN JURISPRUDENCIAL

Corte Constitucional. Sentencia C620- de 1996. [M.P. Antonio Barrera Carbonell].

Corte Constitucional. Sentencia C- 623 de 1999. [M.P Carlos Gaviria Díaz].

Corte Constitucional. Sentencia C-840 de 2001. [M.P. Jaime Araújo Rentería].

Corte Constitucional. Sentencia T-297 de 2006. [M.P. Jaime Córdoba Triviño].

Corte Constitucional. Sentencia C-382 de 2008. [M.P. Rodrigo Escobar Gil].



Corte Constitucional. Sentencia T 1012 de 2008. [M.P Marco Gerardo Monroy Cabra].

Consejo de Estado. Sala de Consulta del Servicio Civil, concepto n. 848 del 31 de julio de 1996.

Consejo de Estado. Sección Tercera de lo Contencioso-Administrativo. (4 de julio de 2002). Sentencia 15020.

Contraloría General de la República, Oficina Jurídica. (14 de febrero de 2008). Concepto n. 80112-2008EE6493.

65



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons
Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional



LA PROTECCIÓN EXTENSIVA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE MUJERES CON VIH/SIDA:

GESTANTES Y TRABAJADORAS SEXUALES

RESUMEN

A partir de la identificación del precedente jurisprudencial emanado de la Corte Constitucional, frente al amparo de la salud de personas que padecen el Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida (SIDA) y/o son portadores del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), se identifican los criterios adoptados por la Corte encaminados a garantizarle a ese segmento de la población la protección en materia de salud, teniendo en cuenta que esta no se consideró como derecho fundamental en la Carta Política colombiana – sin embargo, asumiendo la Corte Constitucional el papel de garante en su protección, desde sus primeros pronunciamientos, determina el alcance y contenido de forma diferente en relación con la época del fallo.

De lo anterior se colige el desarrollo extensivo en la protección constitucional a la salud, ya que se vino amparando en el Artículo 13 de la Constitución el cual evoca el derecho a la igualdad, verbi gracia, el fundamento jurídico de los primeros fallos de revisión de tutelas, estuvo amparado en ese derecho, en el acceso a servicios de salud y posteriormente fue sustentado en la protección del derecho social a la salud en conexidad con el derecho fundamental a la vida, para que en los últimos fallos se determinara que la salud siempre ha sido un derecho fundamental autónomo, en cuanto no requiere de la conexidad con derecho fundamental alguno, para ser salvaguardado judicialmente desde los fallos de tutela, sino que debe ampararse directamente como un derecho fundamental independiente.

Dicha protección se ve reforzada frente a la población en condiciones especiales de vulnerabilidad, grupo dentro del cual se encuentran las mujeres gestantes y trabajadoras sexuales, respecto

Dannia Estefani López Cruz*

*Auxiliar de investigación – Semillero de Investigación GEA – Línea Investigativa de Derecho Constitucional – Grupo de Investigación Jurídica y Social – Derecho y Ciencias Políticas – Universidad de Boyacá – Tunja. (Contacto: danlopez@uniboyaca.edu.co)

Fecha de recepción: marzo 25 del 2015.

Fecha de aceptación: mayo 29 del 2015

de las quienes, los criterios jurisprudenciales han enfatizado en la doble garantía de acceso eficaz a los servicios de salud, ampliando dicha protección y precisando el alcance de este derecho fundamental, así como los lineamientos en la prestación del servicio y el acceso a los respectivos tratamientos posteriores.

Palabras Clave: Corte Constitucional, derecho, salud, VIH/SIDA, vulnerabilidad, mujeres gestantes, trabajadoras sexuales.

THE EXTENSIVE PROTECTION OF CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF WOMEN
WITH HIV / AIDS: PREGNANT WOMEN AND SEX WORKERS

ABSTRACT

Citar este artículo así:

López, D. (2016). La protección extensiva de la jurisprudencia constitucional de mujeres con VIH/Sida: gestantes y trabajadoras sexuales. *Justicia, Sociedad y Derecho*, 1(1), 66-87.



Since the identification of the jurisprudence precedent issued by the Constitutional Court regarding the health of people suffering from Acquired Immune Deficiency Syndrome (AIDS) and / or carriers of the Human Immunodeficiency Virus (HIV), it can be identified the criteria adopted by the Court. It guarantees that segment of the population the protection in health, considering that this was not taken as a fundamental right in the Colombian Political Constitution. However, the Constitutional Court, assuming the role of guarantors of their protection, from its first pronouncements, determines the scope and content differently, in relation to the decision time of failure.

As stated above, it can be inferred the extensive development in the constitutional protection of health, since it is included in Article 13 of the Constitution, which evokes the right to equality; for example, the legal basis of the first verdicts of guardianships review was protected by that right. Also, access to health services and subsequently the protection of the social right to health in connectedness with the fundamental right to life, so that in the last verdicts it is determined that health has always been an autonomous fundamental right, as it does not require connectedness with any fundamental right in order to be judicially safeguarded in the verdicts of guardianship, but it must be directly protected as an independent fundamental right.

That protection is reinforced for the population in special conditions of vulnerability, group in which pregnant women and sex workers are included, people in which the legal criteria has emphasized the double guarantee on effective access to health services, extending such protection and specifying the scope of this fundamental right, as well as the guidelines in service delivery and access to the respective subsequent treatments.

Keywords: Constitutional Court, right, health, HIV/AIDS, vulnerability, pregnant women, sex workers.

INTRODUCCIÓN

A partir de la Constitución colombiana de 1991 y debido a su cambio normativo, dado por la concepción de un Estado Social de Derecho y otorgando primacía al sentido social, por el cual deberían ser impulsadas todas las actuaciones estatales y ciudadanas, pero sobre todo con el establecimiento de los pilares en los que se apoya la Carta como son el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y en la prevalencia del interés general sobre el interés particular, permitiendo así el reconocimiento de una serie de derechos inalienables a la existencia de la persona humana. Lo anterior originó que debido a su imprescindibilidad para la garantía de las condiciones mínimas para su supervivencia, se establecieron los derechos denominados como fundamentales.

En ese orden de ideas se establecieron herramientas para que los ciudadanos acudieran a la administración de justicia para que esta les garantizara el goce individual de dichos derechos, determinándose como instrumento protector especial la acción de tutela. Por su parte la salud, que de manera fáctica se convertía en un derecho fundamental, no fue contemplada dentro de dicho grupo de derechos, sino que se catalogó como un derecho social, además de un servicio obligatorio del Estado.

Esta condición permitió que en el desarrollo jurisprudencial de la Corte, durante las dos primeras décadas desde 1991 a 2011, en la revisión de fallos de tutela por el alto tribunal constitucional, se modificaran los criterios fundamentadores de la salud, ya no solo como un derecho social, sino como un derecho fundamental debido a su conexidad íntima con la vida, muy a pesar de no encontrarse catalogado directamente como derecho fundamental, habilitando jurídicamente a la acción de tutela como el mecanismo idóneo para la reclamación de atención en salud porque a falta de esta se pone en riesgo la vida.

Con la expedición de la normativa reglamentaria del precepto constitucional referente a la salud (Ley 100, 1993), Decretos reglamentarios e interpretaciones jurisprudenciales, la



salud se define como el mantenimiento de las condiciones normales del ser humano para su funcionalidad física y mental, conllevando el acceso a las medidas necesarias que restablezcan las condiciones óptimas ante cualquier perturbación de la salud (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Sentencia de Tutela 597, 1993) y que el tratamiento del derecho a la salud, en caso de enfermedades “catastróficas y de alto costo”, como la portabilidad del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y el padecimiento del Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida¹ (Sida)², no podía ser reconocido como a pacientes de otras clases de enfermedades, aun cuando estas fueran más graves, por el contrario, debían establecerse prerrogativas específicas para los pacientes que padecieran este tipo de enfermedad, teniendo en cuenta que las repercusiones físicas de estos pacientes, los costos de asistencia médica, las altas tasas de mortalidad, la inexistencia de tratamiento curativo salvo algunos paliativos, entre otras causas, ponen a quienes las padecen en situación de alta vulnerabilidad física y social, frente a la exigencia de sus derechos (OMS, 2014).

¹ En términos de la Organización Mundial de la Salud (OMS), autoridad directiva y coordinadora de la acción sanitaria de las Naciones Unidas, el VIH es un virus de transmisión sanguínea o sexual, que luego de su incubación en el organismo por varios años, se expresa con la destrucción de las células que realizan la función inmunitaria, modificando su función, de forma que la persona se hace vulnerable, ante la ineptitud de su sistema de barrera, haciéndose inmuno deficiente, degenerado en el SIDA, síndrome que provoca una mayor sensibilidad a infecciones y enfermedades, definiéndose con la aparición de ciertos tipos de cáncer, infecciones u otras manifestaciones clínicas graves.

² La Corte Constitucional otorga igual tratamiento jurídico tanto en la fase de incubación del virus (VIH) como de los efectos patológicos infecciosos posteriores de la enfermedad (Sida).

Con ello y especialmente cuando coinciden en el mismo grupo, circunstancias que acreditan condiciones especiales de vulnerabilidad, el alto Tribunal ha determinado que tratándose de personas en condiciones especiales de vulnerabilidad –entendidas por la imposición de barreras externas a un individuo, ya sean de tipo social, cultural y/o económico, las cuales logran coartar los ideales de progreso en el desarrollo individual y de subsistencia, incluyendo el bienestar del núcleo familiar, impidiendo alcanzar niveles más altos de bienestar- por cuanto esta condición lo pone en mayor riesgo de estar expuesto a sinnúmero de desventajas - (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. Sentencia de Tutela 244, 2012) se consideran individuos de atención especial o prevalente para el goce y garantía de sus derechos.

Partiendo de estas premisas, se considera que existen diversos grupos de personas que pueden calificarse con condiciones especiales de vulnerabilidad, dentro de los cuales se encuentra la población femenina, que puede verse atacada en múltiples escenarios, especialmente en el ámbito de la salud, y de la misma manera resaltan dos subgrupos en la población femenina que padecen de la enfermedad mencionada y que debido a la particularidad de sus necesidades y riesgos médicos, resultan ser los siguientes grupos de interés: mujeres gestantes y trabajadoras sexuales VIH/Sida positivas que por sus condiciones fácticas particulares, requieren una mayor atención en cuanto a garantizarles el acceso a los tratamientos genéricos aplicables, además de prerrogativas acordes a la necesidad de estas. Para citar un ejemplo, para la madre gestante además de los cuidados para ella, se

tendrían los cuidados preventivos del contagio del virus hacia el nasciturus, como titular del derecho a la salud, situación que redundaría en la determinación del no contagio del que está por nacer.

Ahora bien, de conformidad con la imperativa necesidad de que el acceso a la salud no estuviese obstruido por limitantes de cualquier tipo y tratándose del género femenino que en determinado momento podría considerarse objeto de discriminación en cuanto a su acceso a los servicios de salud, máxime cuando se desempeñan como trabajadoras sexuales, de tal suerte que las reclamaciones de tipo administrativo tampoco pueden ser obstáculos para el acceso y la cobertura de los tratamientos de medicina preventiva acerca del contagio y retroceso del desarrollo del síndrome.

Es por ello que se debe analizar referente a los extremos de la línea jurisprudencial de la Corte en materia de salud, si estos son de tendencia extensivo o restrictivo para mujeres que padeciendo VIH/SIDA pueden ser clasificadas además dentro de la población en condiciones especiales de vulnerabilidad -gestantes y trabajadoras sexuales-, estableciendo materialmente su extensión, en los aspectos más importantes.

Para esto, se realizó investigación de enfoque cualitativo de carácter descriptivo, empleando un diseño de tipo compuesto, debido a la conjugación de dos modalidades: el estudio de caso, por cuanto la selección de las decisiones por analizar se delimita al ajuste de sujetos - mujeres -en condiciones especiales de vulnerabilidad, donde se seleccionaron dos grupos, teniendo en cuenta sus situaciones de trascendencia

social, que determinan su protección de prioridad, y de otra parte por los altos niveles de discriminación; y la teoría fundamentada al caracterizar las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional en la extensión del derecho a la salud de los grupos seleccionados.

Asimismo, se emplearon las herramientas propuestas por López (2001) para la construcción de líneas jurisprudenciales. En primera medida se identificó la sentencia arquimédica para uno de los grupos, posteriormente el nicho citacional, del cual se seleccionaron las sentencias hito, para finalmente hallar la sentencia fundadora de línea; no obstante en la construcción del nicho y las sentencias hito, que comprendió 20 años de jurisprudencia constitucional, metodológicamente se fraccionaron los fallos dependiendo el año de su emisión en cuatro bloques (2011-2006 / 2005-2000 / 1999-1996 / 1995 - 1991), los cuales servirán para presentar el comportamiento del precedente del criterio constitucional en la materia investigada.

Con respecto a la revisión de las sentencias hito se determina que en términos generales, la Corte siempre ha encontrado en el derecho a la salud un aspecto digno de reconocimiento debido a sus implicaciones con el bienestar y dignidad del individuo, y aún más tratándose de las enfermedades que su época denominó "mortales", de ahí que aunque sus pronunciamientos estuviesen limitados en la timidez y precisión, los pacientes contagiados de VIH o que ya padeciesen el SIDA, que por medio de la acción de tutela acudieron a solicitar el amparo de sus derechos encontraron respuesta afirmativa, sin embargo, no con fundamento en el derecho a la salud, sino

70



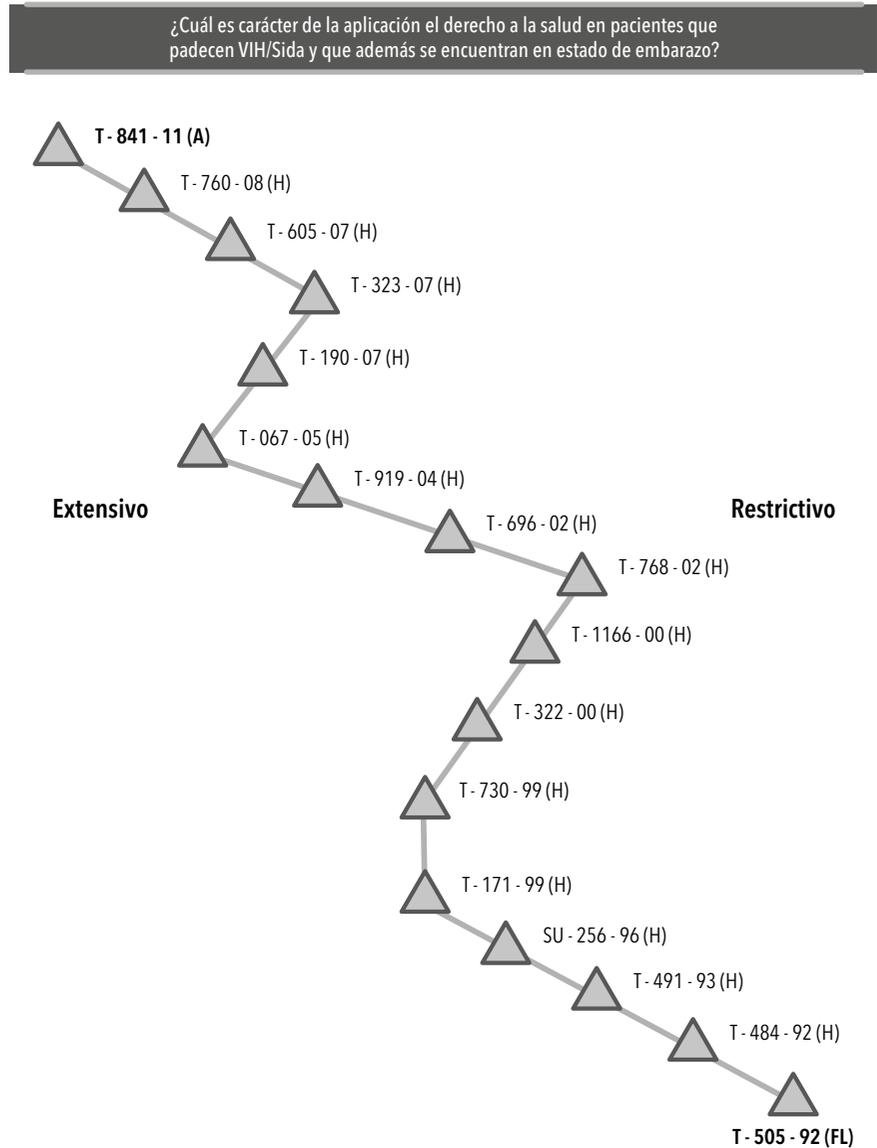
que de conformidad a la riguridad de la acción constitucional regulada en su normativa reglamentaria (Decreto n. 2591, 1991).

Dicho Decreto exigía la protección de uno de los derechos taxativamente contenidos dentro del acápite de DERECHOS FUNDAMENTALES de la Constitución Política de 1991. Encontrándose por los magistrados de la época, que su decisión encontraba soporte en el derecho a la igualdad, sin que dejase de ser una decisión restringida para las necesidades de los pacientes, empero este fue el inicio de una serie de pronunciamientos en los cuales la Corte iría cambiando su criterio haciéndolo cada vez más extensivo, fundamentándose en el derecho social a la salud en conexidad con el derecho fundamental a la vida, hasta llegar al amparo del derecho fundamental a la salud autónomo; de allí que se desarrolle el comportamiento de dicho precedente desde sus inicios, como se evidencia en las gráficas obtenidas:

EL CASO DE LAS MUJERES GESTANTES

GRÁFICA 1.

Gráfica de la Línea Jurisprudencial (Mujeres - Gestantes)



Fuente: Elaboración de la autora.

La gráfica representa el comportamiento que han tenido los criterios de la Corte en la protección del derecho, en sentido extensivo o restrictivo, de las cuales, se encuentra la sentencia de tutela 505 de 1992 como fundadora de línea, por cuanto marcan la pauta de la protección de pacientes con VIH/SIDA, no obstante su protección se debió al amparo del derecho a la igualdad, dejando de lado el derecho a la salud y por ende, de la vida. Así en la sentencia fundadora de línea se expresa:

72 (...)

(...) los artículos 2 y 4 del Decreto 2591 de 1991 permiten el pronunciamiento por vía de tutela acerca de derechos no señalados expresamente por la Constitución como fundamentales. (...) el derecho fundamental de igualdad ante la Ley, es una garantía que todo individuo posee como persona humana y por lo tanto comporta tratamiento igual para todos, sistema que el Estado está en la obligación de respetar (...) el derecho que el actor pretende que se le reconozca, no encaja dentro de los lineamientos del Derecho Fundamental consagrado en el artículo 13 de la Carta Política, el infectado o enfermo de SIDA goza de iguales derechos que las demás personas (...) las autoridades están en la obligación de darles a estas personas protección especial con miras a garantizar sus derechos humanos y su dignidad (...) a prestación gratuita del servicio de salud constituye un privilegio que puede estar justificado constitucionalmente dependiendo de la finalidad o de los objetivos buscados. Esta circunstancia se presenta, entre otros casos, cuando para evitar un riesgo mayor -como sería la presencia de un evento epidemiológico-, es indispensable destinar recursos sin posibilidad de una contraprestación. (...) El derecho fundamental a la igualdad, en su modalidad de protección especial a las personas que se encuen-

tran en circunstancias de debilidad manifiesta, es un derecho de aplicación inmediata. El SIDA, como enfermedad mortal, atenta contra la vida misma. La prestación del servicio de salud al enfermo de SIDA es un imperativo que surge de la naturaleza solidaria y respetuosa de la dignidad humana que proclama y busca hacer efectivo nuestro régimen jurídico (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, Sentencia de Tutela 505, 1992).

Luego de varios pronunciamientos con este fundamento, como las sentencia T - 484 de 1992, T - 491 de 1993, SU - 256 de 1999, que con leves impulsos proteccionistas, dieron paso a la sentencia T - 171 de 1999, con la cual se pretendió otorgar la garantía del derecho a la salud por medio de la acción de tutela, fundamentada en la repercusión directa con el derecho a la vida del individuo.

(...) la naturaleza infecciosa y mortal del SIDA, requiere una prestación eficiente y oportuna de los servicios médicos, lo cual obliga a tomar medidas urgentes que garanticen el cese de la transgresión del derecho a la salud en conexidad con la vida (...) no solo en protección de sus derechos al encontrarse en condiciones de debilidad manifiesta (Art. 13 y 43 C.P), sino la protección de los derechos del menor que está por nacer. (...) El nasciturus "se encuentra protegido por el espectro de privilegios que la Carta Fundamental reserva para los niños" por lo que es titular de derechos fundamentales que pueden ser amparados a través de la acción de tutela. (...) la obligación de asistir y proteger al niño corresponde en primer lugar a la familia, luego a la sociedad y finalmente corresponde al Estado. Por consiguiente, y aún más claro en caso de enfermedades como el SIDA, es evidente que el derecho a la salud tiene tres destinatarios, a saber: el beneficiario, quien



debe tomar las medidas universales emitidas para proporcionar el “auto-cuidado” por su propia protección y abstenerse de realizar acciones que conlleven riesgos de contagio para la sociedad. El segundo destinatario es la sociedad, a quien corresponde, en desarrollo del principio de solidaridad (C.P. Art. 1), colaborando con la eficiente y oportuna prestación de este derecho, puesto que al pagar oportunamente las contribuciones, efectuar un uso racional de los servicios y otorgar un trato humano y digno a los infectados de SIDA, se permite la efectividad del derecho a la salud de los infectados. Y, finalmente el Estado es el tercer destinatario del derecho a la salud, a quien corresponde garantizar la protección de este derecho a través de la eficiente prestación de servicios que presta de manera directa o por intermedio de particulares (C.P. Art. 49) (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, Sentencia de Tutela 171, 1999).

Posteriormente, otros fallos continuaron con la tímida postura protectora, como la T-768 de 2002 ubicada en la zona mediana de la gráfica, puesto que en sede de tutela no le otorgó la protección solicitada por la gestante respecto de su derecho a la salud, surgido a partir de la negativa de su empleador a la licencia de maternidad, puesto que el Juez Constitucional le indica que la competencia se encuentra en cabeza de la jurisdicción laboral, desamparándose sus derechos fundamentales como mujer gestante y del no nacido. Así en el 2005 distintos pronunciamientos permiten hallar una postura más extensiva, al eliminar los trámites o requisitos para la efectiva prestación del servicio salud para maternas donde se encuentre comprometida su vida, no obstante, las limitaciones continúan evidenciándose en posteriores reclamaciones de

tutela, puesto que solo se aplica el anterior presupuesto bajo el imperativo del riesgo de la vida.

(...) De estar comprometida la vida del paciente, las EPS están inexcusablemente obligadas a prestar en forma inmediata los servicios de salud requeridos, sin que para ello importe su exclusión del POS, pues es inconstitucional la oponibilidad de requisitos que dilaten la prestación requerida por el enfermo de VIH/SIDA. El Decreto 1543 de 1997, “Por el cual se reglamenta el manejo de la infección del (VIH), el (SIDA) y otras (ETS)” en el cual se consagró, en el artículo 9, el derecho a la atención médica integral de la salud a las personas infectadas y las enfermas del VIH/SIDA. Se dice: “Esta [la atención integral de la salud] incluirá los medicamentos requeridos para controlar la infección por el VIH y SIDA, que en el momento se consideren eficaces, para mejorar la calidad de vida de la persona infectada”³ (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, Sentencia de Tutela 067, 2005).

Situación que se acentuó con algunos fallos siguientes, puesto que se presentan barreras que impiden la debida garantía por parte de la Corte en sus posturas, impidiendo la debida realización del derecho a la salud, pero a medida de los años va ampliando su rango de protección, como se observa en contraste a los pronunciamientos menos proteccionistas emanados por la Corte durante el año 2002, mientras que con la sentencia T-323 de 2007 no limita la protección integral de la materna y del no nacido, al hecho de encontrarse en peligro la vida, sino que la sola vulneración de derechos fundamentales de alguno de los dos, los hace susceptibles de la tutela inmediata, y

³ Subrayado de la autora.

aún más específico, la responsabilidad por el pago de la licencia de maternidad, debido a la concurrencia de una protección doblemente reforzada.

(...) frente a reclamos de tal naturaleza existe una protección doblemente reforzada, pues concurren los derechos constitucionales del hijo y de la madre al mismo tiempo, que forman una unidad, mayor que la suma de los elementos que la integran (madre e hijo) y que por lo mismo debe protegerse como tal." (...) las madres cabeza de familia gozan de una protección constitucional reforzada, para proteger al núcleo familiar inmediato, el cual puede estar conformado por los hijos menores de edad como por personas discapacitadas que aquella tenga a su cargo. La mujer embarazada que pretenda el reconocimiento de la licencia de maternidad no tiene la obligación de cotizar por 36 semanas anteriores al parto⁴, pues no todos los embarazos duran la misma cantidad de tiempo, (...) la obligación de cotización será por el tiempo que dure su gestación... (Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, Sentencia de Tutela 323, 2007).

A partir de allí, la Corte no encuentra argumento para restringir la protección del derecho a la salud en esta población, debido a la importancia de garantizar este derecho en la etapa de gestación, puesto que se trata de menores en desarrollo dentro del vientre de su madre:

... el acceso a un servicio de salud debe ser continuo, ininterrumpido súbitamente; viola el derecho a la salud una EPS que suspenda el suministro de un tratamiento médico que se requiera, antes de que este haya sido

efectivamente asumido por otro prestador. En especial, si se trata de un sujeto de especial protección en salud, por padecer una enfermedad catastrófica o de alto costo, caso en el cual, adicionalmente, no pueden cobrarsele copagos. (...) toda persona tiene el derecho fundamental a acceder efectivamente a los servicios de salud que se requieran para enfermedades ruinosas o catastróficas, sin discriminación alguna, por lo que 'bajo ningún pretexto'⁵ se les podrá negar el acceso, por lo que el desconocimiento del principio de continuidad en este caso es aún más grave, (...) La limitación a la libertad de afiliación de las personas con enfermedades catastróficas no debe impedir que la persona pueda acceder a los servicios de salud que requiere, con calidad, oportuna e idóneamente ... (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, Sentencia de Tutela 760, 2008).

Y más recientemente, la sentencia seleccionada como arquimedica, es la sentencia T-841 de 2011 en la que, al reafirmar el concepto presentado por la sentencia de Constitucionalidad 355 de 2006 permitió la práctica de la IVE, se pensaría que se estaría vulnerando el derecho a la salud del nasciturus puesto que ni siquiera se le está permitiendo desarrollarse dentro del vientre de su madre, no obstante, la Corte está garantizando el derecho a la salud de la madre, en armonía común tanto de derecho relativos a la autonomía, es por ello que en dicha sentencia, se sienta una postura ampliamente proteccionista en cuanto a la salud física, psicológica y en otras áreas de la madre, que también requieren de protección cobijadas bajo este derecho.

⁴ Subrayado de la autora.

⁵ Subrayado de la autora.

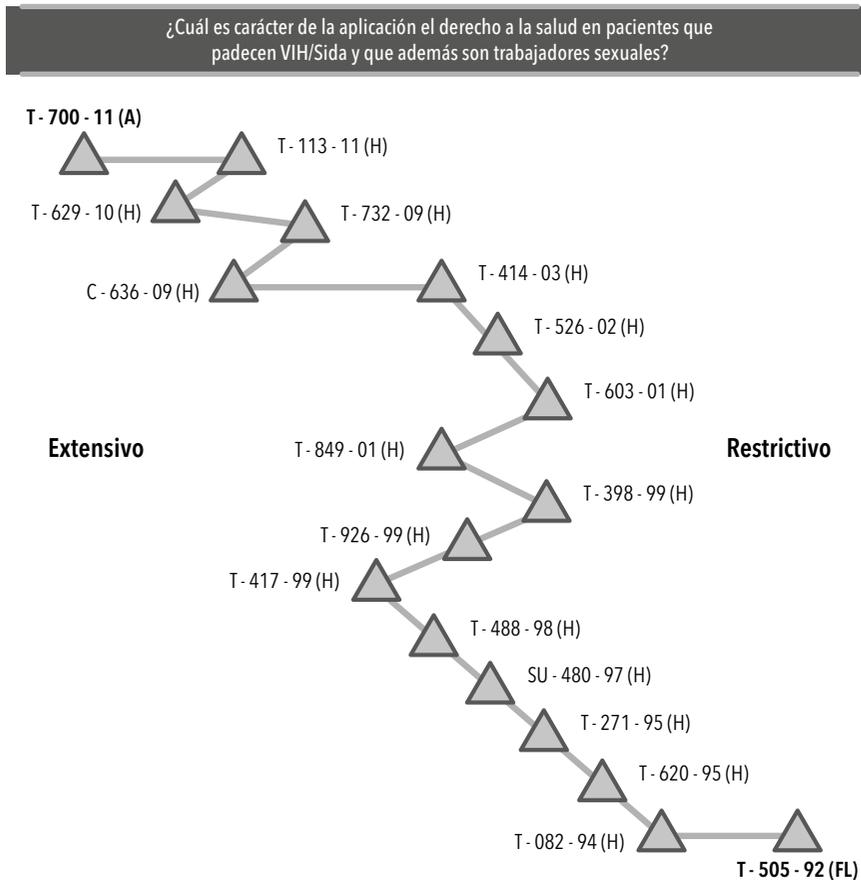


Las mujeres cuya vida o salud física o mental está en riesgo por causa del embarazo tienen el derecho fundamental de exigir la IVE,...las EPS solo pueden exigirles un certificado médico de tal amenaza, ya que este fue el único requisito en la sentencia C-355 de 2006 (...) cualquier requisito adicional constituye incumplimiento de la obligación de respetar el derecho fundamental a la IVE (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, Sentencia de Tutela 841, 2011).

EL CASO DE LAS TRABAJADORAS SEXUALES

GRÁFICA 2.

Gráfica de la Línea Jurisprudencial (Trabajadoras sexuales y LGBTI)



Fuente: Elaboración de la autora.

Por su parte, en cuanto a los pronunciamientos desde la Corte Constitucional en torno a la protección en materia de salud para las trabajadoras sexuales, se identifica una postura menos uniforme de la observada en la gráfica correspondiente a mujeres gestantes, en cuanto la línea trazada para las trabajadoras sexuales muestra varias desviaciones de un lado a otro de los extremos de la gráfica, esto debido a distintas posturas individuales influyentes en la ponderación de derechos, encontrándose que respecto de este grupo poblacional la garantía del derecho a la salud ha sido fuertemente desprotegido. La sentencia seleccionada como fundadora de línea es la T - 505 de 1992, (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, Sentencia de Tutela) al igual que en el grupo anterior, debido a ser este el primer fallo emitido por la Corte en el sentido de proteger a los pacientes de VIH/SIDA.

La siguiente sentencia en marcar la pauta en el criterio seguido por la Corte, es la T-082 de 1994, en la que se protege la existencia de lugares dedicados al cuidado de

75

pacientes con dicha enfermedad, frente al temor de sus vecinos a ser contagiados por el solo hecho de su cercanía a sus hogares y el manejo de los residuos “hospitalarios” que provenían de dicho lugar, esto debido a inexistencia de estudios científicos internacionalmente aprobados, que permitieran indicar que la habitación cercana a un lugar de este tipo, permite el contagio, presentándose no como una sentencia que permita una amplia protección de la salud para los pacientes, sino como la primera puerta abierta para su garantía integral.

(...) por estar íntimamente relacionados con el derecho fundamental a la vida y a la integridad del actor, de su familia y de los vecinos de las casas mencionadas, (...) el manejo de las basuras, las condiciones en que se encuentran los enfermos en las casas, los tratamientos médicos que allí se realizan, y, en general, los riesgos de contagio para los vecinos. Pues, es un hecho notorio que el SIDA es una enfermedad mortal, que no existe en la actualidad ningún remedio conocido⁶. Por consiguiente, es natural el temor que asalta a los vecinos, de ser contagiados, si no se están adoptando las medidas apropiadas y no se cuenta con la suficiente información al respecto. Es decir, el derecho que presuntamente se les estaría vulnerando es el de la vida (...) desde la órbita exclusivamente constitucional, al obrar prueba de que NO existe la menor posibilidad de contagio para el actor y los vecinos de las casas mencionadas, por el solo hecho de la cercanía, el juez de tutela no puede acceder a las pretensiones del actor, es decir, no puede ordenar que cesen en forma definitiva las actividades que se desarrollan en las casas, y que se trasladen los

enfermos a otros sitios. (...) por la especial naturaleza de la cuestión de que se trata, la decisión de no conceder la tutela, eventualmente podría ser diferente, si sobreviniera un cambio, y, como resultado de las investigaciones que a nivel mundial se llevan a cabo sobre el SIDA, se estableciera que dicha cercanía puede ofrecer peligro de contagio. Es decir, la presente sentencia constituye uno de aquellos casos en los que la cosa juzgada es relativa, porque la decisión está determinada por las circunstancias (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, Sentencia de Tutela 082, 1994).

Para los años siguientes, la Corte continúa sentando algunas pautas en la protección de dicha población, no obstante se presenta muy restringido y demorado el desarrollo proteccionista, puesto que avanza poco, imponiendo siempre el riesgo por la vida, dejando sin protección a muchos tutelantes, sin embargo, da respaldo a tratamientos alternativos por vía de tutela.

El derecho a la salud y a la seguridad social son derechos prestacionales propiamente dichos, que para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimiento y organización, que viabilizan y optimizan la eficacia del servicio público y que sirven además para mantener el equilibrio del sistema. Son protegidos, como derechos fundamentales si está de por medio la vida de quien solicita la tutela. (...) ordena que se suministre a los enfermos del sida los antiretrovirales que el médico tratante indique. Solo se pueden recetar medicamentos que tengan registro sanitario en Colombia, con presentación genérica, a menos que solo existan los de marca registrada. (...) el enfermo es autónomo para aceptarlos o no, y si los acepta, tiene derecho a la entrega de la droga por la EPS, con la condición de que sea recetada por el médico tratante. La importancia de los grupos de apoyo,

⁶ Subrayado de la autora.

en el tratamiento del SIDA, genéricamente es reconocida. Lo prudente es no obstaculizar el funcionamiento de las asociaciones comunitarias conformadas por los portadores del SIDA y sus familiares. Si el tema se plantea bajo el aspecto de terapia, es indispensable que haya prueba de que el funcionamiento de los grupos no afecta la terapia sino que la complementa, porque el juez de tutela no puede dar una orden de tratamiento no señalada por los galenos que orientan la curación del paciente. (...) lo que interesa es la garantía del "acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud"⁷ (Art. 49 C.P.). (Subraya fuera de texto) (Corte Constitucional, Sala de Revisión, Sentencia de Unificación 480, 1997).

Luego se extiende un poco el criterio, en cuanto quita obstáculos en el acceso a la salud, como las normas de cotización mínima, puesto que limitan la realización del derecho, no obstante, mantiene las circunstancias por las cuales se accede a las peticiones por vía de tutela.

La aplicación indiscriminada de las normas que exigen tiempo mínimo de cotización, vulnera el derecho constitucional a la salud, en conexión con los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física, de quien necesita el tratamiento cuando: 1. La falta del tratamiento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física; 2. El tratamiento no pueda ser sustituido por otro no sometido a semanas mínimas de cotización; 3. El interesado no pueda cubrir el porcentaje que la E.P.S. se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no pueda acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie y 4. El tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S.

⁷ Subrayado de la autora.

de quien se está solicitando el tratamiento. Teniendo en cuenta que, el VIH es una enfermedad que requiere tratamiento inmediato, so pena de la agravación de sus efectos sobre el paciente, es claro que la aplicación estricta de la legislación que somete a un período mínimo de cotizaciones al sistema, el cubrimiento por el POS de los medicamentos requeridos en este caso, amenaza los derechos a la vida, a la dignidad humana y a la salud del peticionario⁸, quien, por no poder sufragar directamente los costos de esos medicamentos, se ve abocado a cotizar las semanas que le faltan (50), es decir, casi un año para acceder al tratamiento que reduce los graves efectos del VIH en su organismo... (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, Sentencia de Tutela 417, 1999)

Mientras que en los años siguientes, la Corte es enfática en sustraer de responsabilidad a las entidades prestadoras de la salud cuando de estas no dependiera otorgar la garantía del derecho a la salud de quien lo necesitase, sin que surgiera del mismo pronunciamiento la obligatoriedad de políticas preventivas que permitieran el cubrimiento total de acceso en salud.

(...) no existe vulneración del derecho a la salud, cuando no haya negligencia o ineptitud del accionado, como por ejemplo, se gestionen actividades inter institucionales para la obtención de la práctica de los exámenes que requiera el paciente, como la solicitud por escrito a la I.P.S. la práctica del examen, sin embargo, cuando ocurran imprevistos fuera de la voluntad de las entidades, no hay responsabilidad en estas, más que asesorar al paciente para que acuda a la Secretaría de Salud, solicitando la realización de los exámenes, con cargo a los recursos de oferta. (...)

⁸ Subrayado de la autora.

[Las instituciones] estaban en la obligación de atenderlo, la solución era informarle a la peticionaria que debía acudir a la Secretaría de Salud de Bogotá para solicitar que le asignaran el centro hospitalario en el cual le practicaran el examen requerido. La prueba de "Genotípica de Resistencia al VIH" si resulta determinante para la salud y la vida de los pacientes de VIH/Sida⁹, porque de esta depende el incremento de la carga de medicamentos efectivos para el paciente, por lo tanto, debe ser practicada porque de ella pende la evolución de la enfermedad y la salud (Subraya fuera de texto) (Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, Sentencia de Tutela 603, 2001).

Ahora bien, al tratarse específicamente sobre las trabajadoras sexuales, en 2009 un fallo de constitucionalidad sentó puntualmente un importante precedente en la extensión proteccionista de la Corte, al determinar la obligatoriedad del amparo al derecho a la salud, pero a su vez se abstuvo en dicho pronunciamiento de referirse a las garantías prestacionales por el desarrollo de esta actividad laboral en el entendido de las circunstancias especiales de la misma, dando lugar a percepciones de discriminación en su trato, por cuanto en su contenido no expresa la garantía plena de sus derechos frente a los de cualquier otro ciudadano. En conclusión, en el fundamento del fallo constitucional se evidencia una fallida búsqueda de norma prohibitiva de su labor, por lo que se remite al texto constitucional al rechazar indirectamente la práctica de tal actividad.

(...) Aunque del régimen constitucional colombiano no se deriva una prohibición al ejercicio de la prostitu-

ción, el Estado no es indiferente a sus efectos nocivos, por lo que resulta legítimo, dentro de los límites razonables de la proporcionalidad, que las autoridades públicas de todos los órdenes adopten medidas tendientes a evitar su propagación y a disminuir los efectos negativos que esta conducta, calificada como degradante para la persona humana, genera en la sociedad. (...) las limitantes a este derecho vienen de la misma Carta Fundamental, en la que se concilian los intereses individuales con los colectivos. "al tenor del artículo 95 de la Carta, el primer deber de toda persona consiste en respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (art. 95, núm. 1). Y el artículo 49 superior, inciso final, impone a toda persona "el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad"¹⁰ (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia de Constitucionalidad 636, 2009).

Sin embargo, otros fallos resaltan la especial trascendencia que conlleva la salvaguarda a la mujer como ser capaz de gestar la vida, pero al mismo tiempo de autodeterminación, en cuanto deben garantizársele el acceso a los servicios de salud, incluidos aquellos preventivos, paliativos y pos patológicos, circunstancia que no puede ser desconocida para las trabajadoras sexuales, puesto que dicha garantía se enfoca especialmente al área sexual y reproductiva.

(...) Los derechos reproductivos reconocen, respetan y garantizan la facultad de las personas, en especial a las mujeres, de acceder a servicios de salud reproductiva. Estos incluyen, entre otros: (...) Medidas que garanticen una maternidad libre de riesgos en los periodos de gestación, parto y lactancia y que brinden

⁹ Subrayado de la autora.

¹⁰ Subrayado de la autora.



las máximas posibilidades de tener hijos sanos. los derechos sexuales reconocen, respetan y protegen (i) la libertad sexual y (ii) el acceso a los servicios de salud sexual y por ello, las personas tienen derecho a decidir autónomamente tener o no relaciones sexuales y con quién (Artículo 16 de la Constitución). En otras palabras, el ámbito de la sexualidad debe estar libre de todo tipo de discriminación, violencia física o psíquica, abuso, agresión o coerción, de esta forma se proscriben, por ejemplo, la violencia sexual, la esclavitud sexual, la prostitución forzada. De igual forma, los derechos sexuales reconocen, respetan y garantizan la facultad de las personas de acceder a servicios de salud sexual¹¹, los cuales deben incluir, básicamente: (i) Información y educación sobre todos los aspectos de la sexualidad, (ii) El acceso a servicios de salud sexual de calidad para atender y prevenir las infecciones, dolencias y enfermedades que afecten el ejercicio de la sexualidad y (iii) Educación e información sobre los métodos anticonceptivos y acceso a los mismos (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, Sentencia de Tutela 732, 2009).

Criterio extensivo por el cual se les otorga relevancia a los derechos sexuales y reproductivos, los primeros tendientes a la información y educación, la prevención y atención de infecciones, dolencias y enfermedades de transmisión sexual, así como a la anticoncepción, y solo de los reproductivos; todos estos, derechos dirigidos en igualdad de condiciones a las trabajadoras sexuales. Este presupuesto se mantuvo y se reforzó con el pronunciamiento de la Corte, en el que dio por terminado el debate sobre la definición de si la actividad desempeñada por este grupo poblacional podría constituir relación laboral y por ende, acreedoras

de los derechos prestacionales -incluidos los de salud- inherentes a trabajadores en cualquier otra área laboral, decisión que vale la pena textualizar:

(...) Habrá contrato de trabajo cuando él o la trabajadora sexual ha actuado bajo plena capacidad y voluntad, cuando no hay inducción ninguna a la prostitución, cuando las prestaciones sexuales y demás del servicio, se desarrollen bajo condiciones de dignidad y libertad para el trabajador y por supuesto cuando exista subordinación limitada por el carácter de la prestación, continuidad y pago de una remuneración previamente definida. Con lo cual, se pretende proteger a quienes se ganan la vida y cumplen con su derecho/deber al trabajo a través de la prostitución ejercida no de modo independiente sino al servicio de un establecimiento de comercio dedicado a ello. No existe disposición que autorice una discriminación negativa para las personas que ejercen la prostitución. (...)

De allí el imperativo constitucional de reconocer sus mínimas garantías, de permitirles ser vinculados no solo a un sistema policivo de protección en salubridad y cuidado propio, sino también al sistema universal de seguridad social, a poder percibir prestaciones sociales así como el ahorro para la jubilación y las cesantías. (...) a falta de regulación concreta, y de la mano de la construcción normativa que ordena la prostitución en Colombia, mientras la prostitución se desenvuelva bajo la modalidad del "contrato realidad", esta situación merecerá, la más decidida protección por parte del Derecho para que sean cubiertas todas las obligaciones no pagadas por el empleador durante el tiempo en que hubiese tenido lugar la relación de trabajo.

79

¹¹ Subrayado de la autora.

Por un lado, una decisión que aunque no resulte graciosa a los criterios de moralidad preexistentes, evita dejar en el abandono ilegítimo a las y los trabajadores sexuales como sujetos en condiciones de vulnerabilidad manifiesta, merecedores de especial protección. Pero por otro, una restricción de las garantías del trabajo, con lo que se procura evitar que el Estado, a partir de la administración de justicia, aliente el ejercicio de un oficio que, según los valores de la cultura constitucional, no es ni encomiable ni promovible. Su condición de prostituta y el plantearse como trabajadora en tal oficio, la ubica en un grupo discriminado históricamente, que por lo mismo la hace merecedora del status jurídico iusfundamental de sujeto de especial protección por parte del Estado. (...) un despido acredita la existencia de una violación de derechos fundamentales al trabajo, la seguridad social, la igualdad, la dignidad, la protección de la mujer en estado de embarazo, el derecho del que está por nacer, el fuero materno y el mínimo vital. Al ser la prostitución una actividad cuyo ejercicio no está prohibido, ni para quien la ejerce, ni para quien tiene un establecimiento de comercio dedicado a ella, están llamados las autoridades a desplegar actuaciones que protejan los derechos de quienes ejercen la prostitución¹², no solo para cuidar de su salud y abrir sus perspectivas de desarrollo, sino también, para asegurar las garantías laborales que en el caso de trabajar por cuenta ajena merecen (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Sentencia de Tutela 629, 2010).

Así las cosas, no hay lugar a dudas que las mujeres que desarrollan su actividad laboral como trabajadoras sexuales han sido reconocidas, a luz de la Constitución Política de Colombia, como individuos a las que por ninguna condición o circunstancia inherente a su

actividad se les puede dejar de garantizar integralmente los derechos fundamentales que por derecho propio han adquirido, tratándose especialmente de la Salud.

La salud como derecho y como servicio, contemplado en el Artículo 49 Superior, tiene una doble connotación del cual la Corte ha precisado que todas las personas deben tener acceso a él, siendo tarea del Estado organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación. De manera que, el mismo fue considerado un derecho prestacional y su amparo por vía de tutela dependía de su vínculo con un derecho catalogado como fundamental – tesis de la conexidad –, generalmente tutelado con el de la vida, la dignidad humana o la integridad personal (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, Sentencia de Tutela 161, 2013).

Concepto que fue consolidado con diversos pronunciamientos en los primeros años de existencia de la Corte Constitucional, hasta su expresa definición con la sentencia de tutela 760 (2008), referida anteriormente, junto a otros fallos previos, como la sentencia de tutela 420 (2007), en los que se determinó específicamente sobre *“la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la Ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.”*, de allí que en la actualidad este derecho sea susceptible de ser solicitado en amparo directo por medio de la Acción de Tutela del Artículo 86 Superior.

¹² Subrayado de la autora.



En el artículo señalado anteriormente, la Corte Constitucional establece definitivamente su fundamentación autónoma e independiente de cualquier otro derecho, puesto que al definir los contenidos precisos del derecho a la salud, se dieron cuenta que era fundamental, generando un derecho subjetivo a favor de los beneficiarios del sistema de salud, de allí que cuando las entidades prestadoras de los servicios de salud, se niegan a suministrar tratamientos, medicamentos o procedimientos incluidos en el POS o POS-S, vulneran el derecho a la salud, el cual como se ha reiterado adquiere la condición de derecho fundamental autónomo y este puede ser protegido por la acción de tutela. (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, Sentencia de Tutela 161, 2013).

CONCLUSIÓN

La selección de la jurisprudencia ha demostrado que en el lapso de tiempo de producción jurisprudencial constitucional, han sido diferentes posturas en cuanto a los alcances del derecho a la salud, pero que en pocas ocasiones se ha pronunciado en específico frente a la población con VIH/SIDA. No obstante, el criterio de la Corte siempre ha tendido a la extensión del alcance del derecho a la salud, en especial de las poblaciones en condiciones especiales de vulnerabilidad, incluyendo a los menores e incluso los nasciturus, al cual se le reconocen no solo derechos en el Artículo 91 al referirse de la protección al que está por nacer y demás articulado en torno a la mujer embarazada dentro del Código Civil Colombiano, sino que jurisprudencialmente se les ha otorgado mayor amparo al determinarse que adicionalmente debe otorgárseles tratamiento como si se tratara de los derechos de un niño.

El grupo social de enfoque ha sido víctima de diferentes modalidades de violaciones de su derecho a la salud, la práctica más común es la imposición de trámites administrativos que obstaculizan el acceso al servicio, la Corte ha hecho análisis de las acciones aún a pesar de la muerte de la persona cuyo derecho se reclama, pues en muchas ocasiones durante el trámite de las acciones de instancia y revisión el paciente fallece, en esos casos el análisis que se hace en virtud de la función de pedagogía constitucional.

La Corte también ha aclarado que aquellas personas a quienes la Constitución Política les ha conferido una protección especial por encontrarse en circunstancias

especiales de indefensión, su derecho a la salud es reforzado, lo que implica que su alcance se amplía y que el Estado debe diseñar políticas para que estas personas accedan de manera efectiva a toda la atención que su patología especial requiere, presupuesto aplicable a todos aquellos grupos poblacionales que en condiciones especiales de vulnerabilidad que se vean en la necesidad de solicitar amparo de su derecho a la salud, primordialmente tratándose de enfermedades catastróficas o de alto costo, como lo es el VIH/Sida, que debido a sus características nefastas en la persona y elevado valor pecuniario de los tratamientos paliativos, hacen que especialmente las personas que la padecen, aunado a sus condiciones socioeconómicas, no obtengan a satisfacción el disfrute de su derecho a la salud.

Por tal razón, la investigación “Criterios Jurisprudenciales de la Corte Constitucional para la protección del derecho a la salud en mujeres en condiciones especiales de vulnerabilidad. Caso: Gestantes y Trabajadoras Sexuales” encontró que la tendencia de la Corte en la protección de los servicios de salud para las mujeres gestantes y trabajadoras sexuales es extensiva por cuanto su evolución tiende a cubrir más aspectos relacionados con este segmento de población en condición especial de vulnerabilidad. Para citar un ejemplo, se conoció que inicialmente la Corte sí admitió tratamientos paliativos y de protección retroviral pero a medida que pasó el tiempo fueron siendo incluidos aspectos atinentes a la alimentación, transporte, cesáreas, alimentación para neonatos, la salud preventiva para la madre y salud preventiva y reproductiva para trabajadoras sexuales, entre otras.

Una segunda conclusión es que no existe fundamento normativo que haya sido aplicado jurisprudencialmente, o criterio de la Corte que permita a las entidades prestadoras de salud o a los jueces constitucionales, aplicar de manera diferenciada en los grupos poblacionales seleccionados, los diferentes elementos que comprenden el derecho a la salud; es decir que a pesar de la existencia de barreras normativas y administrativas que impiden el acceso al derecho a la salud en las condiciones adecuadas, no existe óbice para sostener la negativa de prestar los servicios de salud a cualquier persona que lo necesite, presupuesto que debe ser desarrollado y aplicado más ampliamente por las diferentes ramas del poder público en lo de su competencia.

Muchos son los ideales y metas propuestas en la garantía de los derechos fundamentales, más aún el de la salud que compromete la vida, integridad y dignidad de la persona, pero largo es el tramo hasta alcanzarlos, primero en la conciencia y luego fácticamente en la realidad colombiana.

Con ello, se observa que los criterios jurisprudenciales empleados en la fundamentación de los fallos de revisión en sede de tutela por la Corte, los cuales han evolucionado a una reforzada protección de la mujer como sujeto especial de derechos ampliamente salvaguardado en el ámbito internacional y asimismo nacional, en su condición de gestora de vida y capacidades que exceden las ya demostradas por el género masculino, es por esto que, encontrarse en su faceta de madre adquiere una especialísima protección, doblemente reforzada puesto que no solo se trata de

la persona gestante sino de la gestada, puesto que aunque en Colombia la condición de persona esté determinada en el desprendimiento del feto del cordón umbilical de su madre y respire por sí mismo, no implica ello que el derecho a la salud de un ser humano en etapa de gestación no pueda solicitar el amparo de su derecho a la salud por el intermedio de su madre, derecho que le asiste de acuerdo con las normas nacionales e internacionales en protección del que está por nacer, en las mismas calidades establecidas para la niñez colombiana.

Por su parte, las mujeres que se desempeñan como trabajadoras de su propio cuerpo en el mercado sexual, no pueden ser objeto de discriminación; la misma Corte aunque en sus inicios se mostró reacia a garantizar los derechos de esta población con criterios de la intervención estatal en las decisiones perjudiciales para la persona y en la sociedad, recientemente ha sostenido en la jurisprudencia constitucional que no puede el Estado tomarse atribuciones en la conciencia de la persona, aun cuando es la misma Constitución la que establece el derecho de toda persona de elegir su profesión u oficio, por lo cual ningún tipo de prejuicio moral puede entrar a fundamentar alguna clase de discriminación, de allí que se predique que la salud para las trabajadoras sexuales deba ser en igualdad de condiciones a cualquier otro ciudadano, aun este debe incluir un refuerzo en la promoción de la salud preventiva, en áreas de sexualidad.



BIBLIOGRAFÍA

REFERENCIAS DOCUMENTALES

López, D. E. (2001). El derecho de los Jueces. Bogotá, DC: Legis.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

Organización Mundial de la Salud. (2 de mayo de 2014). Departamento de VIH/SIDA. Recuperado de <http://www.who.int/hiv/topics/es/>

REFERENCIAS DE DOCUMENTACIÓN LEGAL

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) 2da. Ed. Legis.

Congreso de la República (23 de diciembre de 1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones [Ley 100, 1993] DO: 41.148.

Congreso de la República (19 de noviembre de 1991). Por el cual se reglamenta la acción constitucional a la tutela [Decreto 2591, 1991] DO: 40.165.

Congreso de la República. (24 de julio de 2000). Por el cual se expide el Código Penal [Ley 599, 2000] DO: 44.097.

REFERENCIAS DE DOCUMENTACIÓN JURISPRUDENCIAL

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión (15 de diciembre de 1993). Sentencia de Tutela 597 Exp. T-21469 [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión (01 de marzo de 1994). Sentencia de Tutela 082 [MP Jorge Arango Mejía].



Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión (09 de junio de 1999).
Sentencia de Tutela 417 [Martha Victoria Sáchica].

Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión (11 de julio de 2005).
Sentencia de Tutela 067 [MP Álvaro Tafur Galvis].

Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión (04 de mayo de 2007).
Sentencia de Tutela, 323 [MP Marco Gerardo Monroy].

Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión (31 de julio de 2008),
Sentencia de Tutela 760 [MP Manuel José Cepeda Espinoza]

Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión (03 de noviembre de
2011). Sentencia de Tutela 841 [MP Humberto Antonio Sierra Porto]

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión (26 de marzo de 2012).
Sentencia de Tutela 244 [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión (22 de marzo de 2013).
Sentencia de Tutela 161 [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional, Sala de Revisión (25 de septiembre de 1997).
Sentencia de Unificación 480 [MP Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión (28 de agosto de 1992).
Sentencia de Tutela 505 [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión (17 de marzo de 1999).
Sentencia de Tutela 171 [MP Alejandro Martínez].

Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión (07 de junio de 2001).
Sentencia de Tutela 603 [MP Clara Inés Vargas].

85

Corte Constitucional, Sala Plena (16 de septiembre de 2009). Sentencia de Constitucionalidad 636 [MP Mauricio Gonzáles Cuervo].

Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión (16 de septiembre de 2009). Sentencia de Tutela 732 [MP Huberto Sierra Porto].

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión (13 de agosto de 2010). Sentencia de Tutela 629 [MP Juan Carlos Henao Pérez].



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons
Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional





LA ENCRUCIJADA DE LA DESCENTRALIZACIÓN EN COLOMBIA:

"ANTECEDENTES, PROBLEMÁTICAS Y RETOS EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA DESCENTRALIZACIÓN EN COLOMBIA COMO ALTERNATIVA DE LUCHA EN CONTRA DE LA POBREZA"

RESUMEN

El presente artículo de reflexión hace parte del proyecto de investigación adelantado por el grupo de investigación, Comunicación Política y Comportamiento Electoral, adelantado en cooperación con el profesor Mario Lozano García de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Boyacá; en él se plantea cómo la necesidad de descentralización política y administrativa en Colombia incursiona dentro de las agendas legislativas y administrativas desde la década de los 80's con la elección popular de alcaldes y gobernadores, siendo elevada a rango constitucional en 1991. Dicha implementación fue el resultado de los graves desajustes institucionales que significó: 1) El abandono estatal de los territorios sub nacionales en los cuales grupos ilegales llenaron los vacíos de poder dejados por el Estado; y 2) la incursión del narcotráfico como elemento dinamizador del conflicto interno.

La descentralización política y administrativa surge como una alternativa de las comunidades para direccionar sus esquemas de desarrollo desde lo local. Sin embargo, en el contexto del Sistema Clientelista Colombiano para el cual la actividad política se reduce a un ejercicio de apropiación de los bienes y beneficios emanados del Estado, entonces el acceso a los mismos con el esquema de descentralización trasladó su fuente de poder del nivel central al nivel descentralizado; en otras palabras, el poder que otrora tuvieron los partidos tradicionales (Liberal y Conservador) como intermediarios desde el nivel central, entre el poder político y "los clientes" fue reemplazado por una serie de partidos "políticos" emergentes que desde lo territorial articularon sus maquinarias de apropiación del Estado, trasladando los brotes de corrupción del nivel central al nivel descentralizado. La alternativa es un ejercicio de reconstrucción de cultura cívica y redimensionamiento del concepto de lo público como mecanismo de lucha en contra de la pobreza.

Diego Fernando Rodríguez Casallas*

* Jefe del Departamento de Derecho Privado del programa de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Boyacá (Colombia). Abogado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Administrador Público de la Escuela Superior de Administración Pública, Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia, Finalización de Estudios de Especialización en Administración Pública Contemporánea de la Escuela Superior de Administración Pública. Experto Temático en Participación Ciudadana y Control Social a la Gestión Pública de la Escuela Superior de Administración Pública Territorial Boyacá - Casanare para el 2010 y 2011. Delegado por la ESAP Territorial Boyacá- Casanare a la RED Institucional de Apoyo a las Veedurías Ciudadanas del Departamento de Boyacá para el 2010 y 2011. (Contacto: dieferrodriguez@uniboyaca.edu.co)

Fecha de recepción: abril 9 del 2015.

Fecha de aceptación: mayo 14 del 2015

Palabras clave: Descentralización, conflicto interno colombiano, territorio, gobernabilidad, gobernanza, FARC-EP, narcotráfico, despoltización, política, sistema político.

THE CROSSROADS OF DECENTRALIZATION IN COLOMBIA:
"BACKGROUND, PROBLEMS AND CHALLENGES IN THE IMPLEMENTATION OF
DECENTRALIZATION IN COLOMBIA AS AN ALTERNATIVE FIGHT AGAINST POVERTY"

ABSTRACT

Citar este artículo así:

Rodríguez, D. (2016). La encrucijada de la descentralización en Colombia: "antecedentes, problemáticas y retos en la implementación de la descentralización en Colombia como alternativa de lucha en contra de la pobreza". *Justicia, Sociedad y Derecho*, 1(1), 88-113



This reflection article is part of the research project carried out by the research group Political Communication and Electoral Behavior (Comunicación Política y Comportamiento Electoral), in cooperation with Professor Mario Lozano Garcia from the Faculty of Juridical and Social Science (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales) of the Universidad de Boyacá. It sets out how the need for political and administrative decentralization in Colombia ventures within the legislative and administrative agendas from the early 80's with the popular election of mayors and governors, being elevated to constitutional status in 1991. This implementation was the result of serious institutional imbalances that meant: 1) The government neglect of subnational territories in which illegal groups filled the power vacant left by the state; and 2) The incursion of drug trafficking as a promoter of internal conflict.

The political and administrative decentralization emerge as an alternative for the communities to address their development schemes from the local. However, in the context of the Colombian patronage system; in which the political activity is reduced to an exercise of ownership of the goods and benefits arising from the state, then the access to them with the decentralization scheme moved its source of power from centralized to decentralized. In other words, the power that the traditional parties (Liberal and Conservador) once had as intermediaries from the central level, between political power and "customers", was replaced by a series of emerging "political parties" that, from the territorial aspect, articulated their State ownership machinery, moving the corruption outbreaks from centralized to decentralized levels. The alternative is a reconstruction exercise of civic culture and a remodeling of the concept "public" as a means of struggle against poverty.

Keywords: Decentralization, Colombia's internal conflict, territory, governance, governance, FARC-EP, drug trafficking, depoliticization, politics, political system.

INTRODUCCIÓN

La necesidad de implementación de la descentralización política y administrativa en Colombia fue el fruto de los fuertes desajustes institucionales acaecidos en la década de los 80's, factores como: el narcotráfico, los grupos insurgentes, la tradición de exclusión económica y política dieron como resultado un ambiente generalizado de violencia y descontento social que tuvo como resultado el surgimiento de un nuevo pacto político (la Constitución de 1991) marcado por una nueva forma de concepción del desarrollo y del instrumento (administración pública) necesario para su consecución.

El presente artículo tiene como objeto determinar los antecedentes, las problemáticas y los retos en la implementación de la descentralización política y administrativa en el caso colombiano, entendida como alternativa de lucha en contra de la pobreza, de comprensión de las realidades locales, de los imaginarios territoriales y de los requerimientos sociales por ser resueltos.

ORÍGENES DE LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA Y ADMINISTRATIVA EN EL RÉGIMEN COLOMBIANO: UNA RESPUESTA FRENTE A LA CRISIS INSTITUCIONAL.

La descentralización política y administrativa en el régimen político colombiano fue la respuesta a los graves desajustes institucionales que tuvieron como punto más alto la década de los 80's marcada por la agudización de los fenómenos de violencia producto de la imposibilidad de presencia estatal en el territorio nacional. La ausencia de respuesta eficaz frente



a la resolución de los requerimientos sociales, la apropiación de lo público, la despolitización, la exclusión política y económica, fueron el resultado de un proceso histórico de estructuración de un sistema político marcado por graves inequidades y exclusiones, el cual fue dinamizado por la entrada en la escena nacional del crimen organizado y los carteles de la drogas especializados en el negocio de los estupefacientes, más exactamente la producción y tráfico de cocaína.

Sobre el particular es necesario abordar una serie de elementos que configuraron la crisis de la década de los 80's, entre los cuales se destacan: 1) la herencia colonial; 2) el surgimiento y fortalecimiento de los grupos guerrilleros en Colombia; y 3) los orígenes del conflicto económico y social en la primera etapa del siglo XX, entre otros, para entender por qué la década de los 80's fue el momento oportuno para el auge del narcotráfico como elemento dinamizador del conflicto interno colombiano que dio como resultado la crisis institucional.

La herencia colonial

La sociedad colombiana se ha caracterizado por ser una sociedad excluyente fruto de la herencia colonial que forzó la creación de distinciones sociales entorno a la raza, la posición socioeconómica y las creencias religiosas; dichas distinciones persisten hoy en día, en un contexto de exclusión política y económica que ha posicionado al país entre los 10 países con mayores indicadores de inequidad en el mundo, según datos de Naciones Unidas en el Plan de Naciones Unidas Para el Desarrollo PNUD. Académicos como Molina

(1994, p. 21), refieren sobre la configuración histórica del sistema político colombiano:

El régimen colonial fue un mecanismo feroz de creación de desigualdades. En su libro don Salvador Camacho Roldán analiza las tres aristocracias forjadas por los colonizadores de los siglos XVI y XVII. La primera fue la de la raza, mucho más opresora, más activa, que la basada en tradiciones de familias y pueblos de un mismo origen. Esa aristocracia, afirma Camacho Roldán en 1851, puede todavía reconocerse en el desprecio con los nacidos en mediana posición o elevados a ella por la fortuna, miran a lo que denominan "la plebe", "la canalla", "la vil multitud"

La segunda aristocracia se originó en el clero, el cual validó de su ascendiente espiritual, de sus inmensas propiedades y del cobro de derechos de estola, de diezmos y primicias, ejerció una tremenda influencia sobre las muchedumbres crédulas.

La tercera estaba constituida por la propiedad territorial, la que por hallarse concentrada en pocas manos, fue una herramienta de portentosa eficacia para dominar a cuantos carecían de ella, obligados a buscar arrimo y ocupación bajo el ala de los terratenientes.

Como resultado de la configuración de las castas sociales herencia colonial y del proceso de conquista, el régimen político colombiano se basó en la exclusión política utilizada como mecanismo de perpetuación de los intereses económicos de los descendientes de españoles. El proceso de independencia y las primeras formas de organización política utilizaron el sistema electoral (manifestación del principio de soberanía popular de la democracia liberal) como mecanismo de exclusión basado en requisitos

socio-económicos para acceder al poder político; sobre el particular refiere el profesor González (1997, p. 99):

La participación popular fue muy escasa para las elecciones de los gobernantes que reemplazaron a los nombrados por España: las primeras juntas Supremas que llenaron el vacío de los virreyes y gobernantes fueron legitimadas casi siempre por asambleas de notables locales. Estas asambleas eligieron también los representantes a los primeros congresos de la patria boba, excluyendo de manera casi natural cualquier asomo de representación popular. Así, por ejemplo, la Junta Suprema instalada en Bogotá después del 20 de julio de 1810, fue declarada legítimamente instalada por una asamblea de notables de la capital. De esta manera, los primeros gobiernos tuvieron un sabor netamente oligárquico.

Ampliando el punto, afirma González (1997, p. 101) que el sistema electoral fue el mecanismo empleado para la exclusión política:

Reunidos todos los parroquianos, el alcalde con el cura y el juez, debían examinar los que llenaran los requisitos para ser **electores**: “los que sean varones libres, mayores de 25 años, padres o cabezas de familia, que vivan de sus rentas u ocupación sin dependencia de otro, que no tengan causa criminal pendiente, que no hayan sufrido pena infamatoria, que no sean sordomudos, locos, dementes o mentecatos, deudores del Tesoro Público, fallidos o alzados con la hacienda ajena”

De igual forma refiere que “como se ve en la detallada reglamentación anterior, el sufragio estaba restringido con base en categorías socio-económicas y era de carácter indirecto (tres grados). Además, era

notoria la presencia e intervención del estamento eclesiástico. Durante todo el siglo XIX. La mayoría de las Constituciones conservaron el sufragio indirecto y restringido, con la excepción de la Constitución de 1856, que implantó el sufragio universal y directo” (González, 1997, p. 103). Siguiendo el punto refiere nuevamente González que no cabe duda, pues de que uno de los motivos de la limitación del sufragio fue el de facilitar cierto manipuleo discreto del proceso electoral, sin tener que recurrir a medidas externas. O sea que deshabilitando en masa a los campesinos analfabetas, tan fácilmente engañados por los curas godos - por ejemplo - el problema político ya era mucho más sencillo de resolver (González, 1997, p. 124).

En este orden de ideas, la herencia colonial dio como resultado una sociedad excluyente y cerrada basada en el origen, la religión o la propiedad territorial, que materializó sus intereses económicos mediante el acceso restringido al poder político, generando dos sociedades que compartieron un mismo territorio, una la de los privilegiados y la otra la de los desposeídos, lo cual dio origen al surgimiento de los grupos guerrilleros que transformaron estas dos sociedades en antagónicas.

Surgimiento y fortalecimiento de los grupos guerrilleros en Colombia

La apropiación del Estado colombiano por intereses privados, manifestada en el sistema de partidos, el sistema electoral y el enquistamiento del sistema clientelista, derivó en el período de la historia colombiana denominado como “la violencia bipartidista” que fue



robustecida en el Frente Nacional (como mecanismo de exclusión) dicho período histórico tuvo como efecto que los requerimientos sociales de gran parte de la población no tuvieron eco en la administración pública, dado que la alternancia en el poder de los partidos tradicionales excluía de los beneficios emanados del Estado a la oposición y a las minorías políticas utilizando el aparato del Estado para reducir censos electorales por medio de la violencia y el despojo, sumado a lo anterior la exclusión económica generó tensión social la cual dio como resultado movimientos campesinos y obreros desde la década de los 30 del siglo XX, los cuales posteriormente con la influencia del partido comunista en el contexto de la guerra fría conformarían las filas de los movimientos guerrilleros, los cuales fueron perseguidos por el aparato del Estado dada la contradicción que significaron sus ideas con los intereses de los grupos económicos que apropiaron el aparato del Estado y las instituciones.

En algunos territorios los grupos insurgentes ocuparon los espacios del Estado, impartiendo “justicia”, ocupando el territorio y desplazando de dichas comunidades a las autoridades públicas que se habían caracterizado por el abandono de los administrados. En la década de los 80’s dicha situación se agudizó por la entrada en el escenario de una fuente infinita de financiamiento de la violencia y el conflicto interno como fue el narcotráfico, el cual a su vez generó el surgimiento de grupos paramilitares en una dinámica de apropiación y defensa del territorio para la producción de narcóticos; grupos financiados por el narcotráfico como el M.A.S. (muerte a asesinos y secuestradores) son el antecedente del paramilitarismo moderno.

Orígenes del conflicto económico y social en la primera etapa del siglo XX

La arremetida en contra de los movimientos sociales obreros y campesinos en Colombia tuvo ejemplos claros como la denominada “Masacre de las Bananeras” que el 6 de diciembre de 1928 dio como resultado el asesinato de los trabajadores pertenecientes a la UNITED FRUIT COMPANY en el municipio de Ciénega (Magdalena), mediante la utilización de la fuerza pública, en el gobierno de Miguel Abadía Méndez.

En relación con los movimientos sociales de extracción campesina que optaron por la ocupación colectiva de tierras en los años 40 y la respuesta terrateniente, manifiesta Bejarano (1981, p. 61):

Descartada por razones obvias cualquier discusión sobre la intencionalidad de la ofensiva terrateniente, el hecho es que en la situación del régimen agrario de los años cuarenta, se presentaban varias alternativas para su transformación: 1. Descomponer la hacienda donde predominaba la fuerza de trabajo semiservil para consolidar la gran propiedad capitalista, 2. Descomponer la hacienda pero consolidando la economía campesina y 3. Consolidar la mediana propiedad por parte de otros grupos sociales distintos a los terratenientes, básicamente pequeña burguesía, dando curso en todos los casos a las relaciones de trabajo asalariado y acelerando la descomposición campesina, citando a Urrea (1977, p. 309) señala que ello habría dado lugar, a diferentes expresiones del conflicto:

“a) Represión del poder terrateniente contra las masas campesinas para perpetuar viejas relaciones de producción una vez se ha iniciado su descomposición.

b) Expulsión del campesinado parcelario semiservil ejercida por los terratenientes y grupos emergentes de burguesía agraria durante el proceso de avance de la agricultura comercial y de las explotaciones ganaderas.

c) Expulsión del campesino parcelario del pequeño propietario o de medianos propietarios por otros grupos no necesariamente terratenientes de proveniencia pequeño burguesa urbana o rural (burócratas, profesionales, comerciantes, administradores o mayordomos) en determinadas regiones del país (Zona cafetera).

d) Resistencia Armada de las masas campesinas frente a cualquiera de las formas anteriores de represión o expulsión, de manera más o menos espontánea u organizada (a través del liberalismo o de agrupaciones de izquierda).

La utilización del aparato del Estado como mecanismo puesto al servicio de las élites gobernantes y sus intereses económicos, dio como resultado la generación de diferentes grupos de oposición armada al Estado, algunos como las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo (FARC- EP), inicia como movimiento de autodefensa campesina la cual adoptarían posteriormente ideología de izquierda; otros grupos insurgentes como el M19 serían la respuesta frente a las estructuras que limitaba el acceso al poder político en relación con los partidos tradicionales y el Estado oligárquico, el Ejército de Liberación Nacional (ELN) como una variante ideológica de las FARC -EP de igual forma que el Ejército Popular de Liberación (EPL).

Continuando con el caso de las FARC - EP, la guerrilla más vieja del continente, frente a sus orígenes y fases de configuración, refiere Aguilera (2010, p. 9):

La primera fase 1949 - 1978, la enmarcamos dentro de dos acontecimientos: el surgimiento de las guerrillas comunistas tras el asesinato de Jorge Eliécer Gaitán y el comienzo de la violencia bipartidista: y desde el otro lindero temporal, la realización de la VI Conferencia de las FARC, en 1978, cuando este grupo insurgente se propone convertirse en una guerrilla nacional, en un "Ejército Revolucionario", y cuando define que su proyecto es la toma del poder. Esta primera fase, si bien considera el surgimiento de las FARC en 1964, no lo subraya como relevante dado el peso de las continuidades que operan en los primeros años de esa organización armada: la fuerte subordinación al Partido Comunista; la prolongación de algunos de sus métodos de guerra y de un discurso político construido sobre el conflicto agrario y la deuda histórica que habría dejado la violencia bipartidista. Se trata además de una guerrilla marginal, silenciosa, poco combativa, que en sus relaciones con los campesinos mezclas antiguos procedimientos con nuevas formas de atracción y sujeción social, que aboga por la presencia estatal en sus zonas de influencia y que socialmente es percibida como una guerrilla hija de la violencia bipartidista y de un conflicto social no resuelto por el Estado.

LA CRISIS INSTITUCIONAL DE LOS AÑOS 80'S

La década de los 80's fue marcada por el auge guerrillero, las FARC - EP aumentaron los frentes guerrilleros en el territorio nacional de 15 a 30 frentes, el ELN atentó de forma directa y sistemática en contra de los intereses de las transnacionales mediante la



voladura de oleoductos para impedir la apropiación de los recursos naturales de la nación por parte de empresas extranjeras; la tensión social entró en aumento por el acercamiento de los grupos insurgentes con las comunidades olvidadas por el Estado, efecto de la insatisfacción de los requerimientos sociales que no encontraban eco en una administración pública debilitada, centralizada y apropiada por intereses privados. Como antecedente refiere Aguilera (2010, p. 55):

En esta primera fase, la principal expansión de las FARC se realizará en zonas distantes y desprotegidas por el Estado, hacia el sur del país, en el área de Caquetá; a lo largo del Magdalena Medio, y en la zona bananera de Urabá; secundariamente haría presencia en algunas regiones del Meta, Tolima, Huila y el Valle del Cauca. Hacia 1978, según cálculos del ministerio de defensa, las FARC había logrado organizar 6 frentes y un grupo urbano (ver tabla No. 1). Manejaban revólveres, ametralladoras FA, carabinas punto 30; y luego, M-1 y M-2, algunas de ellas despojadas a miembros de la fuerza pública. Sin embargo, no todos los combatientes estaban armados: el Ministerio de Defensa calculaba en 1978 que de los 802 hombres que componían el grupo, apenas 428 contaban con armas, es decir que el 53.3%, se hallaban desarmados.

Para 1979 el número de acciones armadas adelantadas por las FARC - EP fue de 22 combates, 4 emboscadas y 8 tomas de poblaciones, y para 1991 el número de acciones armadas adelantadas por las FARC aumentó a 165 combates, 17 emboscadas y 22 tomas de poblaciones, lo cual demuestra que la década de los 80's estuvo marcada por un fortalecimiento guerrillero y una situación de agudización del conflicto interno colombiano. Lo anterior, según los datos de

Violencia política letal en Colombia, IEPRI. Referidos por Aguilera (2010, p. 102).

Aparejadas a las acciones militares y la ocupación territorial existieron acercamientos de las FARC- EP a la población civil en los territorios en los cuales el abandono estatal fruto de la centralización del poder político no daba respuesta eficiente a los requerimientos sociales en términos de justicia y satisfacción a las necesidades básicas insatisfechas de los pobladores, lo cual, generó manifestaciones de insatisfacción y descontento con la actividad del Estado, escenarios que fueron capitalizados por las FARC - EP incluso desde lo político con la constitución de la Unión Patriótica como partido político el cual llenó transitoriamente espacios de participación política aunque posteriormente fue erradicada casi en su totalidad por la vía de la violencia.

El narcotráfico como elemento dinamizador del conflicto

Para la década de los 70's el tráfico de sustancias narcóticas en Colombia ya ocupaba un renglón importante con el tráfico de marihuana; sin embargo, el cambio de hábitos de consumo principalmente en Estados Unidos volcó la atención a la euforia producida por la cocaína.

La política global frente al problema del narcotráfico denominada "Reducción de la Oferta" que implicaba acciones de fuerza en los países productores de narcóticos para impedir el contacto físico de los consumidores con las sustancias prohibidas tuvo

como reacción un mercado compuesto por consumidores ansiosos por acceder a una oferta restringida de estupefacientes, situación que elevó el precio de las sustancias prohibidas mostrándose como una oportunidad de negocios en extremo rentable.

El conflicto interno colombiano, la falta de presencia estatal, la pobreza, los grupos de excluidos y los climas del accidentado territorio colombiano dieron como resultado un contexto en el cual producir narcóticos, lejos de la presencia estatal con un ejército de empleados, dispuestos a participar en los beneficios del nuevo negocio (los desposeídos que pasaron de tener nada a tenerlo todo). Aparecen los denominados “carteles de la droga” y los denominados “capos de la droga” como Pablo Escobar Gaviria y Gonzalo Rodríguez Gacha, quienes dirigieron, financiaron y organizaron verdaderos ejércitos privados para obtener el dominio territorial que les permitiera la producción y tráfico de estupefacientes.

Como una muestra del auge del narcotráfico en Colombia tenemos que finalizada la década de los 80’s existieron cultivadas cerca de 19.000 hectáreas de amapola y 41.000 hectáreas de coca, las cuales fueron asperjadas con cerca de 2 millones de litros de glifosato entre 1992 y 1998; según datos de la CIA en Colombia, para el año 2000, se cultivaban más de 122.500 hectáreas de coca.

El poder económico y la capacidad de infiltración del narcotráfico hizo presa de la estructura estatal en ocasiones poniéndola a su servicio (nexos de políticos con el narcotráfico, financiamiento de campañas y

soborno de funcionarios fueron las prácticas adelantadas por la delincuencia para consolidar el imperio de la droga desde la clandestinidad). El pico más alto de dicha infiltración fue la elección de Pablo Escobar como congresista, tal vez uno de sus peores desaciertos, pues le visibilizó frente a la opinión pública y la clase dirigente haciendo públicos sus nexos con el narcotráfico, situación que fue el inicio de su guerra frontal en contra del Estado y de la extradición: las bombas en plena capital de la república, el precio por la cabeza de policías muertos, las amenazas a jueces y fiscales comprometidos con las investigaciones por delitos relacionados con el narcotráfico, mancharon la década de los 80’s con sangre.

Como fenómeno paralelo e instrumento operativo de los carteles de la droga surge el paramilitarismo moderno, auspiciado por narcotraficantes quienes con su apoyo económico, con la complicidad de algunos sectores de las fuerzas militares y del gobierno conformaron ejércitos privados con adiestramiento en guerra de guerrillas, en una estrategia contra los grupos insurgentes que empezaban a amenazar los intereses del narcotráfico fundamentalmente en relación con el control territorial para el cultivo y producción de sustancias narcóticas. La política también fue permeada por los dineros del Narcotráfico, sobre el particular refiere Álvarez (2009, p. 123):

El narcotráfico en su alianza con la política desencadenaría en la década del ochenta uno de los más siniestros aparatos de guerra de los últimos tiempos, el mal llamado paramilitarismo, el cual tuvo sus orígenes en el grupo Muerte a Secuestradores (MAS), que

realizó una alianza entre diferentes narcotraficantes, políticos y militares con el fin de desarrollar acciones armadas contra los activistas y simpatizantes de los grupos insurgentes, especialmente en contra de las FARC y la Unión Patriótica (UP).

Finalmente, al respecto, la confrontación entre sectores políticos que eran apoyados por el narcotráfico, por incursiones directas de estos y el rechazo por parte de algunas voces en contra de esta realidad, como fue la posición clara de Galán, desencadenó en 1984 con el asesinato del Ministro de Justicia, Rodrigo Lara Bonilla, una de las más cruentas guerras que ha vivido Colombia en los últimos tiempos, el narcoterrorismo, aspecto que desestabilizaría al Estado colombiano durante la administración de Virgilio Barco (1986-1990). En esta dinámica sería asesinado Luis Carlos Galán Sarmiento, el más firme candidato liberal a suceder a Barco, lo que llevaría al Estado a una “narcoguerra”, donde también serían asesinados otros dos candidatos presidenciales: Bernardo Jaramillo, de la UP, y Carlos Pizarro, del Movimiento 19 de Abril (M19).

A la par los dineros del narcotráfico ingresaron a las arcas de los grupos insurgentes, primero mediante el pago de “impuestos” sobre los cultivos de hoja de coca en los territorios susceptibles de su influencia y posteriormente como productores directos. Como resultado los grupos insurgentes encontraron una fuente ilimitada de financiamiento de la lucha revolucionaria y también hallaron un poderoso enemigo los grupos paramilitares quienes se caracterizaron por la crueldad de sus métodos optando como blanco la sociedad civil o a los que denominaron auxiliares de la guerrilla, contra quienes desplegaron su violencia tratando de dejar sin fuentes de abastecimiento a la insurgencia.

Despolitización

Los procesos de violencia acaecidos en la década de los 80’s contribuyeron a los fenómenos de despolitización, la violencia política materializada en el asesinato de los candidatos a la presidencia de la república: Jaime Pardo Leal, Carlos Pizarro, Luis Carlos Galán y Bernardo Jaramillo, junto con los asesinatos de 8 congresistas, 13 diputados, 70 concejales, 11 alcaldes y alrededor de 5.000 militantes de la Unión Patriótica, visualizaron la actividad política como una actividad peligrosa en consecuencia de la influencia del narcotráfico y la extrema derecha.

En el orden de ideas anteriormente expuesto y por la influencia territorial de los grupos al margen de la ley, los ciudadanos no vieron que la salida institucional fuera eficaz para la resolución de sus requerimientos y en consecuencia la participación política fue escasa. Lo anterior sumado a la tradición bipartidista y a la excesiva centralización daba como resultado la necesidad de intermediación frente al nivel central para poder obtener el desarrollo de proyectos de inversión en el orden local. Sobre el particular refiere Pérez (2003, p. 183):

No puede descartarse, por tanto, que en Colombia las masas de “desgajados” se conviertan en algún momento del futuro en protagonistas principales de protestas, y que además impongan “la acción directa” como modelo del actuar político. En el contexto de una creciente intensificación de las tensiones sociales, la respuesta de las autoridades ante estos desplantes será la de imponer la ley y el orden, criminalizar la expresión política de la “acción directa” de estos

sectores como forma de protesta, que incluso puede llegar a ser tipificada de "terrorismo". Y en la medida que se agudice la situación, como ha sucedido en otros países latinoamericanos, no está más allá de lo previsible que haya lugar a una intensificación aún mayor del escalamiento de la violencia a través de la conformación, contratación y operación de empresas privadas de seguridad y grupos paramilitares para "prevenir y resolver" las contingencias que pongan en riesgo los intereses de empresas y nuevos propietarios.

En consecuencia, todo tipo de despolitización favorece el conservadurismo y el mantenimiento del status quo que eterniza las inequidades de nuestro contexto.

Asamblea Nacional Constituyente y descentralización como alternativa frente a la crisis institucional

Fruto de las crisis institucional desde 1986 se empieza a visualizar la necesidad de renovar la división política administrativa colombiana, acercándola a las realidades locales, interpretando los requerimientos de los ciudadanos y los posibles satisfactores a los mismos.

La necesidad de una respuesta eficaz que legitimara la existencia del aparato estatal empieza a hacer mella en las instancias de toma de decisión (en el poder político), la opinión pública visualizaba una administración débil, que no soportó los embates del narcotráfico y de los actores armados. Los cambios o los arreglos institucionales no fueron suficientes para incluir toda una población que se encuentra sectorizada entorno a las estructuras del narcotráfico, de los grupos insurgentes, de los grupos paramilitares, de los ciudadanos desplazados y las comunidades en lo territorial; sectores que clamaban por la atención estatal.

Para el 11 de marzo de 1990, día en el cual se efectuaban las elecciones a congreso y a corporaciones públicas del orden territorial, un movimiento estudiantil propuso incluir un séptimo voto en el cual el constituyente primario definiera la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente propuesta que finalizó con la promulgación de la Constitución de 1991, en la cual participaron diferentes sectores de la población, entre ellos grupos insurgentes como el M19, minorías étnicas, religiosas e incluso partidos tradicionales y sus intereses que como en el caso del narcotráfico se vieron reflejados en la prohibición de la extradición de nacionales consagrada en el artículo 35 de la Constitución Política Colombiana, artículo que, no está de más decir, permitió la negociación de la entrega de Pablo Escobar.

Grandes cambios se gestaron con la Constitución de 1991: la acción de tutela, el derecho de petición, la Fiscalía General de la Nación y la Corte Constitucional fueron modificaciones institucionales que hicieron más eficiente la administración de justicia y la garantía de derechos. En relación con la administración pública se elevó a rango constitucional la descentralización política y administrativa como principio constitucional, materializada en la elección popular de alcaldes y gobernadores buscando la posibilidad de interpretar la vida en las localidades satisfaciendo sus requerimientos mediante la inversión pública.

El acercamiento de las comunidades territoriales y la administración pública fue una prioridad materializada en la figura de la descentralización política y administrativa que procuró dotar de autonomía a



las localidades en la identificación y satisfacción de sus requerimientos mediante la inversión pública, sin embargo dicha figura se enfrentaría a una serie de problemáticas en su implementación como se expondrá a renglón seguido.

LA IMPLEMENTACIÓN DE LA DESCENTRALIZACIÓN EN COLOMBIA

El proceso de implementación de la descentralización en Colombia comenzó con la elección popular de alcaldes y gobernadores en 1986, siendo elevada a rango constitucional en 1991 y teniendo sus desarrollos legislativos con la Ley 136 “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”, entre otros. La estructura político-administrativa en Colombia implementó dos niveles sub nacionales encargados de precisas funciones y competencias en la división institucional del trabajo y enmarcados bajo los principios de coordinación, subsidiaridad y concurrencia. El municipio fue concebido como la entidad territorial de base dado el contacto directo que debía tener con la población; el departamento como entidad intermedia que tiene la finalidad de articular o apalancar los esfuerzos de las entidades territoriales del orden municipal en la búsqueda del desarrollo económico mediante apoyo técnico y financiero en la consecución de estructuras regionales que aprovecharan las ventajas comparativas transformándolas en ventajas competitivas para articularse en el orden nacional.

Sin embargo, los esfuerzos de descentralización fueron tímidos, tal vez por la tradición centralista del contexto

colombiano. Desarrollos legislativos posteriores a la Constitución de 1991 como el Sistema General de Participaciones (que son los recursos públicos recaudados y girados por el nivel central al descentralizado) ataron la inversión pública a una inversión obligatoria en sectores específicos como educación, agua potable y saneamiento básico, entre otros¹, reduciendo a las entidades territoriales a simples ejecutores sin mayor posibilidad de toma de decisión frente a la priorización de la inversión pública.

Por su parte los dineros recaudados por concepto de regalías, resultado de la explotación de recursos naturales otrora administrados por las entidades territoriales explotadoras de recursos naturales, fueron centralizados en el denominado Sistema General de Regalías, de acuerdo con el Acto Legislativo 05 del 18 de julio de 2011. “Por el cual se constituye el sistema general de regalías, se modifican los Artículos 360 y 361 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones sobre el régimen de regalías y compensaciones” desarrollado por la Ley 1530 del 17 de mayo de 2012. “Por la cual se regula la organización y funcionamiento del sistema general de regalías, oscilando de esta forma entre el principio de descentralización y la dependencia del nivel central”.

¹ Ver Ley 715 de 2001 “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

LA INTERPRETACIÓN DE LAS REALIDADES LOCALES Y LOS ESQUEMAS DE DESARROLLO DESDE LO LOCAL

Colombia es un país caracterizado por la diversidad de su geomorfología, atravesado por tres cordilleras, bañado por dos mares, bañado por una red infinita de ríos como el Magdalena y el Amazonas con sus afluentes, montañas, llanos, selvas, bosques y una diversidad climática incomparable que solo se puede equipar a la diversidad de razas y culturas que entre comunidades indígenas, afros y peninsulares han generado un crisol de diversidad que ha tomado vida propia en los diferentes territorios, regiones y comunidades.

En Colombia la complejidad del mapa etnográfico y de los diferentes imaginarios frente al desarrollo y sus cosmogonías hace necesaria la interpretación desde la administración pública de las realidades locales y regionales, por fuera de cualquier pretensión de homogeneidad que limite la posibilidad de la autodeterminación de nuestras comunidades; la administración pública antes de la Constitución de 1991 se limitó a la reproducción de un proyecto de desarrollo que como línea unívoca desconocía la complejidad de la realidad local, haciendo del abandono Estatal no solo un problema de monopolio de la fuerza sino un atentado en contra del reconocimiento de un arraigo bajo el simplismo de la sociedad de las mercancías y el capitalismo, la “glocalidad” o la fase intermedia entre lo global y lo local debe abrirse paso en el reconocimiento del otro como interlocutor válido.

Los niveles intermedios como mecanismos de la regionalización

Frente al papel de los departamentos, su finalidad como nivel sub-nacional intermedio se pensó desde la lógica de articulación de las realidades sociales y económicas de las regiones en la estructuración de esquemas de desarrollo que jalonen los esfuerzos económicos de los municipios con miras a la regionalización sin desconocer las realidades locales, la inclusión económica de las regiones adquiere relevancia en la corrección de las disparidades territoriales para el mejoramiento de las condiciones de vida de las comunidades en todo el territorio nacional.

Aunado a lo anterior, la división político-administrativa ha sido en ocasiones una talanquera en la consecución de esquemas de desarrollo desde lo territorial dada la imposibilidad de los municipios de invertir recursos públicos por fuera de su jurisdicción. Los municipios que geográficamente se encontraban aislados de los nodos de desarrollo impidiendo su articulación con los mismos, es en estos casos que la entidad sub nacional intermedia adquiere importancia para impedir que las realidades geográficas aislen a los municipios en razón a su situación geográfica.

LAS PROBLEMÁTICAS

La descentralización en el caso colombiano ha tenido algunas problemáticas, tanto en su implementación como resultado de la misma: 1) en su implementación la tradición centralista, el bipartidismo, la violencia política, la apropiación de lo público, el



clientelismo y la cultura de una sociedad de exclusión y clasismo, han tejido un halo de desconfianza frente al otorgamiento de autonomía a las entidades territoriales, y 2) resultado de la implementación de la descentralización, algunos focos de corrupción se trasladaron del nivel central al nivel descentralizado.

El antecedente del clientelismo político

... el notable, al que estaba reservada de hecho o derecho una relación privilegiada con el poder político, funge como elemento de empalme de este con la sociedad civil y con los propios clientes a los que les sigue dando protección y ayuda en las relaciones con un poder a menudo distante y hostil, a cambio, ahora, de consensos electorales... (Bobbio, N.; Matteucci, N. y Pasquino, G., 2005, p. 235.)

La tradición bipartidista en Colombia instrumentalizó la función pública y el empleo público como mercancía de pago de favores o contraprestación por apoyo electoral, parcializando la función pública y privatizando los beneficios emanados del Estado; sobre el particular refiere el profesor Molina (2004, p. 7):

En Colombia, hasta la década de los 90, son pocas las entidades públicas de los niveles sectoriales y territoriales exentas de prácticas donde los nombramientos administrativos, la adjudicación de contratos, la focalización de beneficiarios y la toma de decisiones no tengan como finalidad el pago de favores, la reproducción de clientelas y el ascenso y enriquecimiento de figuras políticas. A tal punto, la cuestión, que algunos analistas han caracterizado el sistema político Colombiano como el <<Sistema Político del Clientelismo>>.

Desde el siglo XIX la sociedad tradicional colombiana reservó, de hecho o derecho, la participación en política a una élite gobernante que utilizó el sistema electoral y la militancia en los partidos tradicionales liberal o conservador como filtro para impedir cualquier asomo de representación popular; en este orden de ideas la élite gobernante que refrendare su poder mediante organismos de base, maquinarias políticas y procesos electorales, determinaba el acceso al empleo público como solución de ocupación laboral o a los beneficios emanados del Estado dentro de un sistema clientelista, sobre el particular refiere González (1997, p. 98):

El estudio del desarrollo de la legislación electoral en Colombia muestra que el país recorrió un largo camino desde la participación electoral restringida de las primeras constituciones hasta la amplia participación vigente en las leyes actuales. Pero esta ampliación legal no estuvo acompañada de una ampliación real de la participación. La amplia y habitual abstención que caracteriza nuestros procesos electorales es un reflejo de la sociedad colombiana: no puede edificarse una democracia real sobre las bases de la desigualdad social. En una sociedad donde la mayoría de la población no tiene acceso a los más elementales bienes y servicios estatales, la participación política no puede organizarse sino según los mecanismos clientelistas.

El clientelismo se constituye así como un sistema primitivo y deformado de seguridad social, donde actúan como intermediarios los partidos tradicionales que otorgan bienes y servicios a cambio del apoyo electoral que les permite legitimar su poder en términos de democracia formal, el clientelismo se alimenta del atraso, desempleo, pobreza e insatisfacción de las

necesidades básicas de la mayoría de la población y de la necesidad que tienen las clases políticas de una refrendación electoral de su poder por parte de las masas populares (así esta refrendación electoral no logre sobrepasar el 30% del potencial electoral). El clientelismo sobrevive gracias a la marcada desigualdad de oportunidades para las diferentes clases sociales y al desarrollo desigual de las diversas regiones del país, Así, el clientelismo es la respuesta de una sociedad basada en la desigualdad frente a la igualdad política de tipo formal.

El profesor Molina (2009, p. 134), en su libro Democracia en Colombia y Poder Público ¿Es público o privado el Estado en Colombia? Hace referencia a más de 325 titulares de la Revista Semana desde el año 1989 a 2005 referentes a la corrupción en el sector público, desviando recursos públicos y apropiando el aparato del Estado por intereses privados. Dicha situación produce en la opinión pública desconfianza frente a la actividad del Estado y deslegitima la misma.

Como consecuencia del clientelismo político en Colombia, una fuerte porción del presupuesto público deja de ser invertida en el mejoramiento de las condiciones de vida de los administrados para ser apropiada por los particulares en un contexto de corrupción fruto de una mafia imbricada en el aparato estatal; como efectos tenemos:

- 1) El abandono estatal de las comunidades más deprimidas en términos económicos,
- 2) La no resolución de las necesidades de los administrados,

3) La falta de credibilidad en la administración pública y por ende la cultura de la evasión y elusión de impuestos, y

4) La violencia resultado de la pobreza.

El paso del bipartidismo a los partidos emergentes como intermediarios frente al poder político

Con la entrada en escena de la descentralización administrativa desde lo territorial, la ordenación del gasto fue entregada a los alcaldes y gobernadores quienes a través de los bienes, cargos y contratos estatales pagaron favores por el apoyo brindado en campaña, de tal forma que el nivel central debió concesionar con los cuadros políticos desde lo territorial para obtener apoyo electoral y refrendar su poder político.

La descentralización política y administrativa desplazó la dinámica de intermediación de los partidos tradicionales con el poder político, refiere Álvarez (2009, p. 119):

La dirigencia política estaba repartida entre el Partido Liberal o el Partido Conservador y se dividía en una serie de movimientos o grupos que establecían una fuerte "maquinaria electoral" regional o local. Estos movimientos y grupos liberales o conservadores tendieron a estar presididos por familias y líderes políticos con tradición en uno u otro partido. Los dirigentes políticos, son percibidos como los políticos profesionales, personas que velan por los intereses de su grupo o movimiento, de su red clientelar y



lideran las estrategias de cómo alcanzar, permanecer y ampliar su poder de intervención en el Estado. Para esto establecen los planes de su accionar político donde lo electoral es un elemento primordial, pero no el único, pues está también la presión y negociación gubernamental, sobre todo desde la relación ejecutivo - legislativo, con el fin de hacerse al control de cargos directivos estratégicos de libre nombramiento y remoción desde donde pueden dirigir una entidad estatal con el propósito de fortalecer su red clientelar (en lo político y en lo económico) y la gestión legislativa de sus dirigentes electos ante sus potenciales votantes. Aspecto último que se profundiza y redefinirá con la elección popular de alcaldes y gobernadores, en cuanto surgirán nuevas redes clientelares que competirán con las "maquinarias electorales" de los partidos tradicionales.

Con la elección popular de alcaldes y gobernadores, se invirtió las dinámicas de acceso a los recursos públicos y beneficios emanados del Estado, rompiendo la lógica vertical fruto del centralismo impuesto con la Constitución de 1886 en la cual los alcaldes y gobernadores eran nombrados del nivel central quedando subordinados a dicho nivel. En este orden de ideas, con la "descentralización" el reparto burocrático y la apropiación de los recursos estatales se traslada al nivel descentralizado; nuevamente refiere Álvarez (2009, p. 120):

La fragmentación de los partidos políticos en diversos grupúsculos que se refleja en el Congreso de la República trae como consecuencia que el Gobierno quedó en términos reales sin un partido de gobierno que lo defendiera. Esta situación planteó en Colombia

la necesidad gubernamental de hacer política al menudeo que se evidencia con el incremento de las negociaciones con cada una de las cabezas de los diferentes grupúsculos políticos que se legitimaban por el hecho de poseer una curul como parlamentarios. Esta práctica de negociación política entre el Gobierno y los parlamentarios, donde el Gobierno buscaba sacar adelante su agenda, y los parlamentarios, "fortalecer" sus maquinarias clientelares, tuvo como efectos un desbordamiento en la agenda política y un incremento en el gasto público producto en parte del aumento acelerado de los auxilios parlamentarios y el aumento de los gastos de funcionamiento de las entidades públicas especialmente por concepto de gastos de personal.

La precariedad del sector privado como solución de ocupación laboral en Colombia da pie a la apropiación del espacio de lo público mal entendido como solución de ocupación laboral. El otrora filtro de los partidos tradicionales que exigió en sus militantes disciplina de partido o "lealtad" y que avaló las candidaturas de los mismos a cargos de elección popular reservando dichos avales a los líderes herederos de las clases gobernantes, entró en crisis frente a la nueva estructura de las instituciones políticas. En este orden de ideas, los líderes locales excluidos por las lógicas de los partidos tradicionales optaron por la conformación de nuevos partidos políticos que como disidencias o corpúsculos alternativos a los partidos tradicionales han atomizado las contiendas electorales que propician una lucha más agresiva en la

apropiación del "botín político"² (Álvarez, 2009, p. 13) en el sector descentralizado en las localidades. En palabras de Deustsch (1975, pp. 27-28):

Así pues, la legitimidad es un concepto relativo, antes que absoluto. Es la promesa que se hace a todo actor político de una configuración viable (es decir, un conjunto organizado) de sus propios valores. Es una relación de valores dentro de una situación la que los vuelve compatibles o los hace entrar en conflicto. Cuando la situación cambia, la legitimidad puede variar entre los grupos, y diferentes concepciones de legitimidad pueden conducir a un conflicto entre grupos o intensificar los conflictos existentes.

A la inversa, un acuerdo acerca de las acciones o valores que son compatibles ayuda mucho a facilitar la creación o preservación, de las comunidades.

Mientras exista acuerdo sobre lo que es legítimo, la política y el gobierno funcionarán más suavemente. Cuando se pierde la legitimidad, los acuerdos se rompen o se convierten en cuestiones de conveniencia

que se pueden violar cuando resulte pertinente. Las consecuencias pueden ser la tiranía, la revolución, la secesión o alguna otra forma de rompimiento.

La dinámica descrita ha propiciado de los recursos públicos (entendidos como contratos o empleos públicos), como mecanismo de pago de favores o contraprestación por apoyo electoral, ha desviado dichos recursos que en principio tenían como finalidad la satisfacción de los requerimientos sociales de la comunidad de administrados o ciudadanos, produciendo una Administración Pública ineficaz e ineficiente.

Lo anterior, toda vez que el funcionario que ha de ingresar al servicio público no es seleccionado por el sistema de mérito como mecanismo de selección de personal en este sector sino por su filiación política, por la militancia en un partido político o vinculación con una red clientelar, utilizando mecanismos como los Contratos de Órdenes de Prestación de Servicios, dicha situación significa: 1) alta rotación de funcionarios (con las implicaciones de falta de continuidad en los procesos y pérdida de los recursos invertidos en capacitación de funcionarios), 2) una nueva forma de flexibilización laboral en consecuencia del tipo de vinculación del "trabajador" o contratista situación que significa dependencia del nominador o la persona que influenció el nombramiento, situación que genera vínculos de "lealtad" que impiden la imparcialidad en la toma de decisiones o en otras palabras parcializan la función pública.

Sobre lo anterior, la Carta Iberoamericana de la Función Pública, aprobada por la V Cumbre Iberoamericana

² De acuerdo con Augusto Álvarez el Sistema de botín político o spoiled system "corresponde a aquella concepción de que los cargos públicos deben ser desempeñados por personas adeptas al movimiento político que obtenga la victoria electoral o simplemente que detente el poder. Ello implica que los funcionarios no necesariamente serán seleccionados dentro de los más capaces o de mayores méritos, sino que entre aquellos que tengan mayores influencias y mejores padrinos políticos. La estabilidad del funcionario no está garantizada y cualquier cambio político puede ocasionar su remoción. El sistema de botín político utiliza el aparato estatal como un medio para lograr el pago de favores electorales y también como instrumento indispensable para asegurar los votos requeridos que garanticen la permanencia del grupo político en el poder. El origen del nombre botín político se debe precisamente al hecho de que al lograr una victoria electoral se considera que debía otorgarse una recompensa al partido o grupo que resulta victorioso.



de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, y respaldada por la XIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, señala en su Capítulo 1, que:

2. La función pública está constituida por el conjunto de arreglos institucionales mediante los que se articulan y gestionan el empleo público y las personas que integran este, en una realidad nacional determinada. Dichos arreglos comprenden normas, escritas o informales, estructuras, pautas culturales, políticas explícitas o implícitas, procesos, prácticas y actividades diversas cuya finalidad es garantizar un manejo adecuado de los recursos humanos, en el marco de una administración pública profesional y eficaz, al servicio del interés general.

En el ámbito público, las finalidades de un sistema de gestión del empleo y los recursos humanos deben compatibilizar los objetivos de eficacia y eficiencia con los requerimientos de igualdad, mérito e imparcialidad que son propios de administraciones profesionales en contextos democráticos.

3. Son notas básicas de esta noción las siguientes:

a) Se entiende por administración profesional una Administración Pública dirigida y controlada por la política en aplicación del principio democrático, pero no patrimonializada por esta, lo que exige preservar una esfera de independencia e imparcialidad en su funcionamiento, por razones de interés público.

b) La noción utilizada es compatible con la existencia de diferentes modelos de función pública. Los arreglos institucionales que enmarcan el acceso al empleo público, la carrera de los empleados públicos, las atribuciones de los diferentes actores y otros

elementos de la gestión del empleo y los recursos humanos no tienen por qué ser necesariamente los mismos en los distintos entornos nacionales.

c) Los sistemas de función pública pueden incluir uno o más tipos de relación de empleo entre las organizaciones públicas y sus empleados, más o menos próximas al régimen laboral ordinario. La función pública de un país puede albergar relaciones de empleo basadas en un nombramiento o en un contrato, reguladas por el derecho público o por el derecho privado, y cuyas controversias se sustancian ante órganos judiciales especiales o ante tribunales comunes.

De forma similar la Corte Constitucional, en Sentencia C-563 de mayo 17 de 2000, con magistrado ponente Favio Morón Díaz, manifiesta que:

El régimen de carrera administrativa, tal como lo concibió el Constituyente de 1991, impulsa entonces la realización plena y eficaz de principios como el de igualdad y el de imparcialidad, pues se sustenta en la promoción de un sistema de competencia a partir de los méritos, capacitación y específicas calidades de las personas que aspiran a vincularse a la administración pública; solo cumpliendo esos objetivos, que se traducen en captar a los mejores y más capaces para el servicio del Estado, este, el Estado, está en capacidad de garantizar la defensa del interés general, pues descarta de manera definitiva la inclusión de otros factores de valoración que repugnan a la esencia misma del Estado social de derecho, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo, entre otros, y en cambio fomenta la eficacia y eficiencia de la gestión pública...

Manteniendo la misma línea, posteriormente expone la Corte Constitucional en Sentencia C-614/2009 de

2 de septiembre de 2009, Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretel Chaljub, refiere que:

La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no solo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de mérito.

El reduccionismo del aparato estatal y su burocracia desde la década de los 80's, significó la eliminación de empleos que ejercían funciones públicas y debían ser proveídos mediante concurso de mérito, como consecuencia las plantas de personal de las entidades públicas fueron reducidas mediante procesos de reestructuración, creando vacíos en la administración que fueron llenados mediante la contratación (no vinculación) de profesionales por contratos de Órdenes de Prestación de Servicios, dichos contratistas materialmente vienen prestando función pública;

dicho fenómeno desde la informalidad entrara a garantizar la discrecionalidad en la administración y la configuración de *botines políticos* en contravía del sistema de carrera administrativa dado que genera discrecionalidad en la administración para vincular al contratista de OPS (Ley 909 de 2004).

En el caso del Contrato Estatal de obra pública, la utilización de la contratación como mecanismo de pago de favores o contraprestación por apoyo electoral y financiamiento de campañas, tiene como resultado el rompimiento del principio de selección objetiva de contratistas que tenía como finalidad garantizar la adquisición de los mejores bienes y servicios para la administración, para una eficiente prestación del servicio público y la satisfacción de los requerimientos sociales como señala el Artículo 209 de la Constitución Política³ de los administrados, situación que tiene como manifestaciones: 1) Contratos hechos a la medida del contratista o direccionamiento de la contratación Estatal, 2) Monopolio de contratistas, y 3) Abuso de la contratación directa, todo lo anterior en contravía de los principios de transparencia, selección objetiva entre otros propios de la contratación pública. Casos resonantes de verdaderas mafias de la contratación estatal como el caso de los primos Nule, entre otros, dan cuenta de dichos efectos.

³ La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.



En este orden de ideas las disfunciones de la descentralización en Colombia han de generar una serie de retos para poder materializar las finalidades de la misma en la configuración de una Administración Pública eficiente y eficaz en la resolución de los requerimientos sociales.

LOS RETOS

La discusión frente a la descentralización como mecanismo de interpretación de la vida local y la construcción de proyectos de desarrollo desde lo local es más pertinente que nunca, sin embargo existen retos que la población colombiana ha de afrontar en la materialización de una real democracia y en la implementación de la descentralización como instrumento administrativo en la consecución del desarrollo, dentro de ellos tenemos; 1) El pensarse en colectivo, lo cual significa una referencia casi que obligatoria a los diálogos de paz con los grupos insurgentes y la fase post conflicto como mecanismo de inclusión social de toda la población; 2) participación con órganos de base implica un empoderamiento de la comunidad frente a sus requerimientos sociales y 3) el seguimiento y fortalecimiento al control social a la gestión pública.

El pensarse en colectivo

El rezago de las estructuras coloniales semi feudales de la sociedad colombiana y la exclusión política del régimen, imponen como reto a la sociedad colombiana una reconstrucción del "espacio de lo público" como el lugar de problematización de la vida colectiva, como un espacio que se vea reflejado en la actividad

política entendida como el pensar el mundo; sobre el particular refiere Deustsch (1975, p.15):

Nuestras ciudades son redes de política. El agua que bebemos, el aire que respiramos, la seguridad de nuestras calles, la dignidad de nuestros pobres, la salud de nuestros ancianos, la educación de nuestros jóvenes y la esperanza de nuestros grupos minoritarios, están ligados a las decisiones políticas tomadas en el Palacio Municipal, en la capital del Estado o del país.

En la reconstrucción del espacio de lo público deberán analizarse los grandes conflictos económicos y sociales de la historia colombiana para incluir las fracciones de la población que no se han visto representadas en la actividad estatal y la actividad política. Dicha situación implicará garantías para la participación en política a los grupos minoritarios y políticas públicas de inclusión social y económica.

La participación desde la base

Contrarrestar la despolitización fruto de las exclusiones históricas en el contexto colombiano implicará una capacitación constante de la ciudadanía en el ejercicio de sus derechos políticos (como electores y candidatos) y en los valores propicios para la convivencia pacífica en fin en cultura cívica alejando la cultura política de la exclusión.

Sobre el particular refiere Mejía (2005, p. 7) acerca del concepto de cultura cívica:

El conjunto de orientaciones específicamente políticas de los ciudadanos hacia el sistema político, hacia sus partes y componentes y hacia sí mismos

como partes del sistema. La definición operada por Almond y Verba inaugura junto con los estudios electorales y actitudinales de la Universidad de Míchigan una de las corrientes metodológicas más prolíferas en el campo de la ciencia política contemporánea que viene a subsanar los vacíos dejados por las grandes teorías de la macro-sociedad y la macro-política como el funcionalismo y la teoría de sistemas. De esta forma, la teoría de la cultura cívica, inicia un amplio debate en clave crítica que ha supuesto la revisión y reelaboración de los postulados originales de Almond y Verba en una larga discusión que busca establecer los parámetros del concepto de cultura política y que acoge a teóricos de las más diversas corrientes: liberales, marxistas, institucionalistas y feministas.

Dicho reto tendrá como elemento clave el distanciamiento de la cultura política del sistema clientelista en el actuar político de los colombianos con la finalidad de: 1) configurar una Función Pública Imparcial sometida al principio de legalidad y al mérito en la selección de los servidores públicos y 2) destinar los recursos públicos a la satisfacción de los requerimientos sociales de los administrados sin ningún tipo de desviación frente a los intereses particulares.

Las democracias o los sistemas políticos de democracia liberal se fundamentan en el principio de soberanía popular como sustento de su legitimidad; el sistema pretende vincular a la población en procesos mediante los cuales se han de tomar las decisiones sobre las Problemáticas Públicas entendidas estas desde un sentido amplio, en consecuencia la participación en el procedimiento legitima la decisión. Dichos procesos implican la práctica de elecciones periódicas y libres en las cuales se pueda configurar la voluntad

popular frente a las decisiones de carácter público; sin embargo el control, la manipulación y el diseño del sistema electoral pueden desnaturalizar el principio democrático y configurar un Sistema Político que funcione como un espejismo formal de democracia, siendo en la práctica otro tipo de sistema.

El seguimiento

La legitimación para el ejercicio del poder político mediante un sistema electoral que garantice elecciones periódicas y libres es importante, como refiere Deustsch (1975, pp. 127-28):

Legitimidad por procedimiento. El concepto de la legitimidad se aplica comúnmente a la forma en que llega al poder un gobierno, un gobernante o un funcionario. La posesión del cargo se dice a menudo legítima cuando se llega al mismo mediante un procedimiento *legítimo*, es decir, un procedimiento que los gobernados consideran compatible con la configuración de sus propios valores. Según este punto de vista, su posesión del cargo es legítima por la forma en que se obtuvo, no en virtud de lo que haga en el mismo. En algunas culturas políticas, las reglas de la sucesión hereditaria determinan quién es gobernante legítimo; en las monarquías medievales había grandes disputas acerca de quién era legítimo heredero del trono. En cambio en Estados Unidos o la Unión Soviética el hecho de ser el hijo o pariente cercano del primer mandatario no confiere por sí mismo un derecho legítimo a ocupar un puesto público y, en realidad, despierta sospechas de práctica ilegítima del nepotismo. Tales sospechas de nepotismo se expresaron cuando el presidente John F. Kennedy designó a su hermano Robert procurador general y

108



cuando se nombró al yerno del Nikita Khrushcerv, Alexei Adzhubei, editor de Izvestia, el principal periódico del gobierno de la Unión Soviética.

Por su parte, Sierra (2013, p. 25) deja entrever las relaciones existentes entre el sistema electoral y el déficit de legitimación democrática en Colombia, utilizando el mencionado sistema como un punto de neurálgico entre la legitimación ex ante y la legitimación ex post del sistema democrático; en otras palabras como la legitimación previa al proceso electoral frente al tejido social y las discusiones que “deben” darse para la configuración de las alternativas políticas que han de ser validadas en el proceso de configuración de la voluntad popular, y es post como la coherencia entre la decisión tomada por el pueblo y la actuación de las autoridades públicas electas.

Sin embargo, la legitimación por los resultados da mayor confianza a la población frente a la gestión de los mandatarios electos, es por ello que el control social a la gestión pública y la rendición de cuentas adquieren relevancia en el acercamiento de la población y la administración pública, generando confianza por parte de los administrados, aumentando la cultura de la tributación y la salida institucional a los conflictos.

Gobernabilidad, Gobernanza y Buen Gobierno deben constituir un trinomio que garantice la efectividad o eficacia de la administración pública en el cumplimiento de los fines y cometidos del Estado.

Lucha en contra de la pobreza

La descentralización política se ha de materializar como un mecanismo eficiente y eficaz de lucha en contra de la pobreza para el desarrollo del artículo 2 de la Constitución Política Colombiana, en la búsqueda del bienestar de los administrados, de un contexto en el cual la garantía de derechos mediante la acción judicial sea efectiva, en el cual el acceso a los servicios a cargo del Estado se preste de forma indiscriminada y en el cual las inequidades materiales se vean corregidas por la actividad del Estado.

CONCLUSIÓN

Para Colombia, un país marcado por el dolor de las guerras heredadas, la única alternativa será hacer de la memoria histórica un instrumento de introspección colectiva, que permita la comprensión del otro como interlocutor válido en la construcción colectiva de proyectos de mundos posibles en los cuales la raza, la posición económica y las ideas religiosas no sean un mecanismo de distinción y privilegio.



BIBLIOGRAFÍA

REFERENCIAS DOCUMENTALES

Aguilera, M. (2010). *Las FARC: La Guerrilla Campesina, 1949 - 2010 ¿Ideas circulares en un mundo cambiante?* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Álvarez, A. (2009). *La Historia del Sistema de Mérito y la Aplicación de la Carrera Administrativa en Colombia*. Facultad de Investigaciones. Escuela Superior de Administración Pública. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.

Bejarano, A. (1987). *Ensayos de Historia Agraria Colombiana*. Bogotá: Fondo Editorial CEREC.

Bobbio, N.; Matteucci, N. y Pasquino, G. (2005). *Diccionario de Política*. México: Siglo Veintiuno Editores. Décimo cuarta edición en español.

Carta Iberoamericana de la Función Pública. En V Cumbre Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado. Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 26-27 de junio de 2003.

Deutsch, K. (1975). *Política y Gobierno, "Cómo el pueblo decide su destino"*. México: Fondo de Cultura Económica. Primera Edición en Inglés, 1970.

Duverger, M. (1970). *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. Título Original de la obra *Institution Politiques Et Droit Constitutionnel*. Traducción Castellana de Isidro Molas, Jorge Solé-tura, José M. Vallés, Eliseo Aja y Manuel Gerpe. España: Editorial Aries, S.A.

González, F. (1997). *Para Leer la Política*. Ensayos de Historia Política Colombiana. Tomo I. Bogotá: CINEP.



- Mejía, O. (2005). Cultura Política, Ciudadanía y Democracia. Retos y perspectivas en la construcción de una democracia disputatoria en Colombia. Cuadernos de Ciencia Política, (3), Universidad Nacional de Colombia. - Instituto Unidad de Investigaciones Socio-Jurídicas y Políticas Gerardo Molina.
- Molina, G. (1994). La Formación del Estado en Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales "Carlos Restrepo Piedrahita". 36 Temas de Derecho Público. Bogotá: Universidad Externado de Colombia/Corporación Gerardo Molina.
- Molina, J. (2004). Reconstrucción de la Racionalidad Pública de la Administración Estatal. Serie de Documentos. Pensamiento Administrativo Público. Cuadernillo 5. Bogotá: ESAP- Facultad de Investigaciones.
- Molina, J. (2009). Democracia en Colombia y Poder Público ¿Es público o privado el Estado en Colombia? Bogotá: ESAP.
- Pérez, B. (2003). Guerra y Terrorismo en Colombia. En Prieto, R. (Coord.). Sociología Jurídica: Análisis del Control y del Conflicto Sociales. Homenaje a Fernando Hinestroza, 40 años de Rectoría 1963 - 2003. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Resolución n. 11 de la Declaración de Santa Cruz de Sierra. En XIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno. Bolivia, 14-15 de noviembre de 2003.
- Sierra, H. (2013). Relaciones entre Legitimidad Democrática y el Derecho Electoral. En Derecho Electoral de Latinoamérica - Memorias del II Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, pp. 33-39.

111

REFERENCIAS DE DOCUMENTACIÓN LEGAL

Constitución Política Colombiana.

Congreso de la República. Ley 136. "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios".

Congreso de la República. Ley 715 de 2001. "Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros".

Congreso de la República. Acto Legislativo 05 del 18 de julio de 2011. "Por el cual se constituye el sistema general de regalías, se modifican los artículos 360 y 361 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones sobre el régimen de regalías y compensaciones".

Congreso de la República. Ley 1530 del 17 de mayo de 2012. "Por la cual se regula la organización y funcionamiento del sistema general de regalías".

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



REFERENCIAS DE DOCUMENTACIÓN JURISPRUDENCIAL

Corte Constitucional, Sentencia C-563 (17 de mayo de 2000). [M.P.: Fabio Morón Díaz].

Corte Constitucional, Sentencia C-614/2009 (2 de septiembre de 2009). [M.P.: Jorge Ignacio Pretel Chaljub].





INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

La revista acepta, para su publicación, artículos originales e inéditos, los siguientes tipos de artículos de acuerdo a los lineamientos de COLCIENCIAS para las publicaciones científicas indexadas:

a) Artículo de investigación: documento que presenta los resultados originales de proyectos culminados de investigación, de manera detallada, con una extensión máxima de 20 páginas.

b) Artículo de reflexión: documento que ofrece una mirada crítica, interpretativa o analítica de una investigación culminada, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales, con una extensión máxima de 15 páginas.

c) Artículo de revisión: documento producto de una investigación finalizada, en el que se analizan, sistematizan e incorporan resultados de otras investigaciones, publicadas o no, sobre una de las áreas de las ciencias jurídicas y políticas, con el fin de presentar los avances y tendencias de desarrollo, con una revisión bibliográfica de al menos 50 referencias y una extensión máxima de 20 páginas.

d) Artículo de revisión de tema: documento producto de la revisión crítica de la literatura sobre un tema particular, con una extensión máxima de 15 páginas.

La selección y publicación de los artículos dependerá de la calidad, el rigor y el respeto por las normas implícitas a todos los trabajos académicos,



no dependerá de la concepción teórica, la metodología o el punto de vista que se exprese en el texto.

Los artículos deben ser remitidos en medio magnético, en formato .doc o .docx (Word), a espacio sencillo y en fuente Times New Roman tamaño 12; el título del documento debe aparecer en español e inglés, debe adjuntarse un resumen del artículo de máximo 200 palabras en español e inglés, así como sus palabras clave, la hoja de vida del autor y sus datos de contacto. Todos los artículos deben incluir una sección final con al menos 15 referencias bibliográficas, las cuales deberán ir en orden alfabético al final del texto, de acuerdo con las normas internacionales de referencias de la American Psychological Association (APA).

Las citas directas e indirectas también se ajustarán a los parámetros de APA, toda palabra o frase que se escriba en idioma diferente al español deberá hacerse en cursiva, excepto los nombres propios, este tipo de letra se empleará también para destacar o enfatizar una palabra o frase. Para la citación y las referencias puede apoyarse con la herramienta de referencias con las que cuentan procesadores de texto como el programa Microsoft Word.

Al momento de remitir su aporte en medio magnético, el autor debe manifestar claramente: a) si está de acuerdo con la política editorial de la publicación, b) si su artículo es inédito o no, en caso de que haya sido publicado previamente se requiere la referencia bibliográfica, y c) que el artículo no está en proceso de evaluación en otra revista u órgano editorial.

PAUTAS DE ESTILO

La primera página del documento deberá contener: a) Título del artículo, el cual no debe exceder de 12 palabras, se recomienda evitar el uso de siglas, símbolos y abreviaturas; b) Nombre del autor o autores, así como sus correos electrónicos; c) Nota de pie de página identificada con asterisco (*) en el que se indique el tipo de artículo, el nombre del autor o autores, un resumen breve de su hoja de vida (títulos académicos, país de origen de la institución), nombre del grupo de investigación del que haga parte (si es del caso), filiación institucional del autor o autores, el origen de subvenciones y apoyos económicos, cuando aplique.

La segunda página contendrá el resumen y las palabras clave en español e inglés; el resumen, abstract en inglés, presentará los objetivos del artículo, un esbozo del contenido y los resultados o conclusiones, la extensión será de máximo 300 palabras; las palabras clave son máximo seis (6) selecciones léxicas que semánticamente recojan los temas o asuntos relevantes del artículo.

De la tercera página en adelante debe aparecer la introducción, el cuerpo del trabajo en el que debe incluirse una presentación de la metodología que se empleó, los resultados y su discusión, las conclusiones y por último las referencias bibliográficas. Entre los párrafos debe dejarse una interlinea en blanco, así como entre las diferentes secciones del artículo; para la inclusión de términos en lenguas extranjeras se emplearán cursivas.



En cualquier caso, el documento no debe superar el límite máximo establecido de acuerdo con el tipo de artículo. Las notas de pie de página se emplearán únicamente para aclarar, explicar o ampliar conceptos o datos que el autor considere que debe presentarse por fuera del texto.

Las gráficas y cuadros deben aparecer referenciados y explicados en el texto, se requiere que se titulen y enumeren secuencialmente, acompañados de su correspondiente pie de página y fuente, se solicita que se incluyan después del párrafo en el que se anuncian, el autor debe entregar a la Revista el permiso para la publicación de las figuras que cuenten con derechos reservados de autor.



