



Artículo Original

Recibido para publicación: octubre 20 de 2009
Aceptado para publicación: noviembre 15 de 2009

APLICABILIDAD Y VIGENCIA DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS EN LOS ENTES AUTÓNOMOS DE LA ESTRUCTURA DEL ESTADO, A PARTIR DE LA PROMULGACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

William Guerrero Espitaleta

Roberto Jiménez González

Correspondencia: Roberto Jiménez González en: roberto.jimenez@curnvirtual.edu.co

CvIac

http://201.234.78.173:8081/cvIac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000234567

RESUMEN

Las Acciones Afirmativas han sido definidas por la Corte Constitucional Colombiana como “políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros sobre representados, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación”. Tales políticas deben ser respetadas y acatadas en todos los niveles de la estructura del Estado.

Palabras Claves

Acciones Afirmativas, Valores y Principios Constitucionales, Entes Autónomos, Estructura del Estado, Políticas, Corte Constitucional, Entes Universitarios, Autonomía.

ABSTRACT

The Affirmative Actions have been defined by the Constitutional Colombian Court as "policies or measures directed to favoring to certain persons or groups, already it is in

order to eliminate or to reduce the inequities of social, cultural or economic type that affect them, well of achieving that the subrepresented members, usually a group that has been discriminated, have a major representation". Such policies must be respected and fulfilled in all the levels of the structure of the State.

Keywords

Affirmative Actions, Values and Constitutional Principles, Autonomous Entities, Structure of the State, Policies, Constitutional Court, University Entities, Autonomy.

INTRODUCCIÓN

Los valores y principios incluidos en el texto constitucional cumplen la función de asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material de la Constitución. Aquí se refleja la voluntad constituyente de hacer obligatorio el respeto de principios considerados como universales e inherentes a la persona, cuya obligatoriedad va más allá de las contingencias propias del ordenamiento jurídico nacional.

El cumplimiento de los cometidos constitucionales se materializa mediante las acciones afirmativas, que han sido definidas por la Corte Constitucional como “... *Políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros subrepresentados, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación.*”¹

De manera que las acciones afirmativas genéricas autorizadas para las mujeres en el artículo 13 de la Constitución, se diferencian de la “*especial protección*” que el Estado debe brindar a las madres cabeza de familia, cuyo fundamento es el artículo 43 de la Carta, pues estas últimas plantean un vínculo de conexidad

¹ Corte Constitucional Colombiana, en Sentencia C- 371 de 2002.

directa con la protección de los hijos menores de edad o discapacitados, donde es razonable suponer que la ayuda ofrecida redundará en beneficio de toda la familia y no de uno de sus miembros en particular. De hecho, los objetivos de fondo en ocasiones se dirigen también a fortalecer la familia como institución básica de la sociedad.

Sin embargo, las acciones afirmativas no pueden extenderse sin más porque una ampliación a otros sujetos carente de rigurosos controles, terminaría anulando la protección constitucional diseñada exclusivamente para la mujer como sujeto históricamente discriminado en una pluralidad de escenarios que en ningún caso es predicable de los varones. Como lo ha explicado la Corte, *“si todos los beneficios que se establecen para la mujer cabeza de familia debieran otorgarse al hombre que se encuentra en la misma situación, ningún efecto tendría entonces la protección especial ordenada por el Constituyente para la mujer cabeza de familia.”*²

Lo anterior supone que las prerrogativas diseñadas para las madres cabeza de familia en virtud del artículo 43 de la Constitución podrían hacerse extensivas a los varones en circunstancias similares, con el único propósito de proteger a quienes dependen de ellos y en concreto a los menores de edad o discapacitados, que no sólo son personas en condiciones de debilidad física (CP. artículo 13) sino que también gozan de la calidad de sujetos de especial protección en virtud del artículo 44 Superior. Justamente por ello, en la sentencia C-184 de 2003, la Corte declaró que los beneficios de la Ley 750 de 2002, sobre el apoyo especial en materia de prisión domiciliaria y trabajo comunitario a la mujer cabeza de familia, podrían ser concedidos por el juez *“a los hombres que, de hecho, se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia, para proteger, en las circunstancias específicas del caso, el interés superior del hijo menor o del hijo impedido”*.

² Corte Constitucional Colombiana, en Sentencia C-964 de 2003, MP. Álvaro Tafur Gálvis.

Con todo, la Corte es enfática en advertir que no resulta válida una ampliación generalizada de las acciones afirmativas a los demás colectivos, o una utilización desbordada de las mismas, puesto que no sólo se desnaturalizaría su esencia, sino que se daría al traste con los objetivos que persiguen, haciéndolas inocuas, burlando así el objetivo propuesto por el Constituyente y materializado por el Legislador. En efecto, como lo explicó la Corte en la sentencia C-184 de 2003, las acciones afirmativas buscan apoyar a ciertos grupos sin hacer extensivo el beneficio a otras personas, pero sin discriminarlas (en el sentido peyorativo de la palabra). La Corte aclaró entonces:

“Por eso, es necesario distinguir entre dos grandes tipos de acciones afirmativas adoptadas por el Estado, particularmente por el legislador. En primer lugar, las acciones afirmativas pueden encontrar fundamento en los incisos finales del artículo 13 de la Carta según los cuales “el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a 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.” En estos casos, el constituyente no indicó de manera específica quiénes podrían ser beneficiarios de estas medidas favorables, sino que señaló criterios materiales para justificarlas, como la marginación de un grupo o la debilidad manifiesta de una persona por su condición económica. Por eso, el legislador puede escoger los sujetos beneficiarios de tales acciones afirmativas. En segundo lugar, las medidas favorables pueden encontrar soporte constitucional en varias normas superiores que protegen de manera especial a ciertos sujetos, como sucede con las personas de la tercera edad (art. 46 C.P.), los discapacitados (art 47 C.P.), los adolescentes (art. 45 C.P.), los niños y niñas (art. 44 C.P.) y las mujeres (art. 43 C.P.), por citar algunos ejemplos. En estos casos, el constituyente indica de manera expresa cual es el grupo de sujetos que puede ser beneficiado por una acción afirmativa y, en ocasiones, en qué consiste dicha

acción, cuál es su finalidad o cuáles son las condiciones específicas en que éstas son constitucionalmente justificadas.³

MATERIALES Y MÉTODOS

El artículo es el resultado de un minucioso y detallado proceso de búsqueda y selección de información pertinente con el tema. Cada uno de los aspectos que integran el contenido del artículo fueron objeto de clasificación, interpretación y análisis respectivos, los cuales fueron trasladados a las respectivas fichas de acuerdo con su contenido.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Problema Objeto de Estudio

En el contexto de la parte orgánica de la Constitución Política de 1991, su artículo 113º conservó el “concepto tradicional de ramas del poder público, introduciendo además el concepto de órganos, los cuales, de manera separada, independiente y autónoma, pero colaborándose armónicamente, cumplen con las demás funciones del Estado⁴”.

Por tanto, el cumplimiento de las funciones estatales se encuentra a cargo de las tres ramas del poder público ampliamente conocidas bajo las denominaciones de legislativa, ejecutiva y judicial, así como de los órganos que asumen la función electoral y la función de vigilancia y control.

³ Sobre los tipos de acciones afirmativas en diversos países de Europa y América y su fundamento, ver “Les discriminations positives” en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* (1997). Economica y Presses Universitaires d'Aix-Marseille. París, 1998.

⁴ GARCÍA OLANO, Hernán. *Constitución Política de Colombia e Historia Constitucional*. Bogotá D.C.: Editorial Doctrina y Ley, Quinta Edición, 2000. 887 p.

No obstante, la Carta Política de 1991 introdujo en la estructura del Estado a las llamadas entidades de régimen o carácter especial de origen constitucional, las cuales, por vía de definición jurisprudencial, no hacen parte de ninguna de las ramas del poder público, de tal manera que constituyen órganos autónomos e independientes.

Dentro de esta clasificación se encuentran incluidos el Banco de la República, los entes universitarios autónomos, las corporaciones autónomas regionales, la Comisión Nacional de Televisión y la Comisión Nacional del Servicio Civil, entidades a las cuales la propia Constitución les reconoce autonomía y un régimen legal propio. Sin embargo, la autonomía que se predica de las entidades de régimen o carácter especial de origen constitucional, debe estar limitada necesariamente por la Constitución y la ley, en armonía con su naturaleza de entes estatales, que les impone la necesidad de integrarse al Estado, con el fin de que no se constituyan en “ruedas sueltas” dentro del sistema.

Y es así como estas entidades de régimen especial deben reconocerse como parte integrante, aunque con régimen propio y especial grado de autonomía, del concepto amplio de rama ejecutiva, entendida como rama administrativa del poder público, y por lo tanto, como partes de la administración pública⁵ sujetas al cumplimiento de los fines esenciales del Estado consagrados en la parte dogmática de la Constitución.

En este orden de ideas, el interés académico por analizar la aplicabilidad y vigencia de las acciones afirmativas en los entes autónomos de la estructura del Estado, a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991, surge al interior del Semillero de Investigación de la Corporación Universitaria Rafael Núñez, con el propósito de focalizar un estudio de casos, similares en su naturaleza jurídica a los que han tenido lugar al interior de la Universidad del

⁵ RODRÍGUEZ, Libardo. Estructura del Poder Público en Colombia. Bogotá: Editorial Temis S.A. Décima Edición, 2006. 254 p.

Atlántico, ente universitario autónomo de carácter departamental con sede en la ciudad de Barranquilla.

Concretamente, la Universidad del Atlántico ha vivido a partir de la vigencia fiscal de 2005 una situación *sui generis* en el marco del sistema universitario estatal, por cuanto se constituyó en la primera universidad pública del país en toda su historia, que se sometió al régimen de reestructuración de pasivos reglamentado por la Ley 550 de 1999, por cuenta de la reforma introducida por la Ley 922 de 2004, que posibilitó su aplicación al interior de entes universitarios autónomos.

Con fundamento en la aprobación del respectivo Acuerdo de Reestructuración de Pasivos por parte de la asamblea de acreedores, las directivas de la Universidad del Atlántico sustentaron la necesidad de llevar a cabo un drástico proceso de reestructuración administrativa, “en aras de racionalizar el gasto público y lograr la prestación del servicio público de educación superior con la mayor eficiencia⁶”.

En consecuencia, luego de recibir facultades especiales por parte del Consejo Superior Universitario –máximo organismo de dirección y gobierno en las universidades estatales, conforme a lo establecido por la Ley 30 de 1992-, la Rectoría de la Universidad del Atlántico expidió la Resolución No. 000005 del 15 de enero de 2007, por medio de la cual suprimió 470 de los 490 cargos que formaban parte de la planta de personal administrativa del alma mater.

Tal proceso de supresión de cargos no estuvo antecedido de un estudio técnico previo, encaminado a determinar si existían funcionarios que pudieran estar cobijados por garantías especiales de protección, tales como las previstas en la ley para las madres y padres cabeza de familia, pre-pensionables y personal con derechos de carrera administrativa.

⁶ Consejo de Estado. Fallo de Tutela en segunda instancia radicado bajo el No. 08001 2331 000 2007 00160 01, del 30 de agosto de 2007.

Es menester destacar que la dirección de la Universidad reconoció que ciertamente, la ley 790 de 2002 y demás normatividad concordante, incorporó en la legislación colombiana el amparo a las madres cabeza de familia, y a las personas que les faltaban tres (3) años para pensionarse, derechos que la Corte Constitucional alargó en términos e hizo extensivos a los padres cabeza de familia. A pesar de ello, para efectos de inaplicar las normas sobre retén social, la Institución esgrimió una interpretación particular, cuyo eje central sostenía que el campo de aplicabilidad de estas normas de protección tenía como destinataria a la Rama Ejecutiva del Orden Nacional dentro del Plan de Modernización de la Administración Pública, y de igual manera, que se ha desarrollado en entidades objeto de renovación, modernización o liquidación forzosa administrativa, ocurrencia asimétrica de lo que aconteció en la Universidad del Atlántico, que se encuentra en proceso de reactivación y reestructuración de pasivos (en desarrollo de las leyes 550 de 1999 y 922 de 2004).

Los hechos anteriormente descritos y sus eventuales consecuencias jurídicas, nos llevaron entonces a plantearnos la siguiente pregunta problema: ¿De qué manera ha influido el ejercicio de la autonomía reconocida por la Constitución Política de 1991 a las entidades de régimen o carácter especial, en la aplicabilidad y vigencia de las acciones afirmativas, a partir de la promulgación del nuevo ordenamiento superior?

Para efectos de ofrecer una respuesta amplia y objetiva a este interrogante, es menester construir inicialmente un referente teórico que de cuenta del alcance de los valores y principios constitucionales del Estado Social de Derecho según la jurisprudencia constitucional, que defina la naturaleza y ubicación orgánica en la estructura del Estado de los entes autónomos, que precise el concepto de autonomía y su aplicación en las instituciones de educación superior y, de igual manera, que explicita el proceso de positivización de las acciones afirmativas en el nuevo escenario jurídico propiciado por la Carta Política de 1991.

Valores y principios constitucionales del Estado Social de Derecho según la jurisprudencia constitucional.

La Constitución Política de 1991 contiene en la parte dogmática un conjunto de valores y principios que estructuran los aspectos fundantes de nuestra organización política. En consecuencia, el Preámbulo se define como el *querer ser* de la nación-estado, encarnando la constitución de manera resumida, cuyo núcleo estriba en los valores que enuncia como medio para lograr el objetivo de un orden político, económico y social justo. En igual sentido, los principios fundamentales adquieren la condición de soporte filosófico y jurídico de nuestra forma de sociedad, y es por ello que amplifican el preámbulo del estatuto superior, dándole dinámica y efectividad a dichas normas.

La Corte Constitucional, como órgano autorizado por la Carta Magna para determinar el alcance de la normatividad superior, en la primera generación de las llamadas sentencias *hito* explicó:

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

constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial. La diferencia entre principios y reglas o normas constitucionales no proviene de su obligatoriedad jurídica sino de su forma de aplicación: mientras los principios requieren de una mediatización fáctica o normativa para su aplicación, las segundas son aplicables directamente. Más aún, el establecimiento de principios obedece en el Estado Social de Derecho, a la voluntad constituyente de otorgar una mayor protección a los valores constitucionales. Esta mayor protección tiene lugar por el hecho de que el principio se irradia a toda la organización político- jurídica y, en consecuencia, está garantizado en la aplicación de todas las reglas de aplicación directa. Los valores y principios incluidos en el texto constitucional cumplen la función de asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material de la constitución. Aquí se refleja la voluntad constituyente de hacer obligatorio el respeto de los principios considerados como universales e inherentes a la persona, cuya obligatoriedad va más allá de las contingencias propias del ordenamiento jurídico nacional⁷”.

En la misma vía jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ratificó que:

“a-. Los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico⁸, pueden tener consagración explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política.

De este tipo son los valores de convivencia, trabajo, justicia, igualdad, conocimiento, libertad y paz plasmados en el preámbulo de la Constitución. También son valores los consagrados en el inciso primero del artículo 2º de la Constitución, en referencia a los fines del Estado: el servicio a la comunidad, la prosperidad general, la efectividad de los principios, derechos y deberes, la

⁷ Corte Constitucional Colombiana, en Sentencia C-574 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

⁸ R. Dworkin, Questioni di principio; Il Saggiatore, Milano 1985, p. 5 y ss

participación, etc. Todos ellos establecen fines a los cuales se quiere llegar. La relación entre dichos fines y los medios adecuados para conseguirlos, depende, por lo general, de una elección política que le corresponde preferencialmente al legislador. No obstante el carácter programático de los valores constitucionales, su enunciación no debe ser entendida como un agregado simbólico, o como la manifestación de un deseo o de un querer sin incidencia normativa, sino como un conjunto de propósitos a través de los cuales se deben mirar las relaciones entre los gobernantes y los gobernados, para que, dentro de las limitaciones propias de una sociedad en proceso de consolidación, irradien todo el tramado institucional.

Su condición de valores fundantes les otorga una enorme generalidad y, en consecuencia, una textura interpretativa abierta, dentro de la cual caben varias fijaciones del sentido. Corresponde al legislador, de manera prioritaria, la tarea de establecer la delimitación de dichos valores a través de leyes. En vista de su naturaleza abierta, los valores constitucionales sólo tienen una eficacia interpretativa; la Corte Constitucional debe ser respetuosa de la prerrogativa legislativa que consiste en establecer el alcance general de los mismos. Esto no impide que la Corte pueda, e incluso deba, en ciertos casos, valerse de ellos para resolver una situación específica o para valorar otras normas o instituciones; sin embargo, ello sólo sería posible dentro de una interpretación global de los hechos y del derecho y no como normas de aplicación inmediata suficientes por sí solas para fundamentar la decisión judicial.

b-. Los principios constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. Son principios constitucionales, entre otros, los consagrados en los artículos primero y tercero: el Estado social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la

prevalencia del interés general (artículo 1º); la soberanía popular y la supremacía de la Constitución (artículo 2º). Ellos se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana.

Los valores y principios incluidos en el texto constitucional cumplen la función de asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material de la Constitución. Aquí se refleja la voluntad constituyente de hacer obligatorio el respeto de principios considerados como universales e inherentes a la persona, cuya obligatoriedad va más allá de las contingencias propias del ordenamiento jurídico nacional.

Entes autónomos en la estructura del Estado

Desde la forma de estado absolutista, que concentraba todas las facultades en el monarca, el Estado ha evolucionado históricamente a través de diversas fases, caracterizándose en un segundo momento por una interesante tridivisión del poder, inspirada por los aportes de Aristóteles, John Locke y Montesquieu en sus obras cumbre: La Política, Tratado Sobre el Gobierno Civil y El Espíritu de las Leyes, respectivamente. Más adelante se abrió paso una nueva institucionalidad preconizada en la modernidad por nacientes y variables entidades, las cuales encarnaron funciones especializadas.

Estos cambios buscaban la protección integral de la libertad y demás derechos de los ciudadanos, convirtiéndose el logro de estos ideales en el propósito fundamental del Estado, para lo cual es indispensable que los poderes estén separados, controlándose unos a otros mediante un sistema de pesos y contrapesos. Es por lo anterior que la estructura del Estado colombiano detallada a *grosso modo* en el artículo 113 Superior, tiene diferentes ramas, órganos y funciones, que deben colaborarse armónicamente para la consecución de los fines establecidos en la parte dogmática de la carta política, en especial los consagrados en su artículo 2º. Así las cosas, se observa con meridiana claridad que en nuestro ordenamiento superior se aplica una especie de teoría evolucionada de la tridivisión del poder.

No obstante, la Constitución Política en diferentes apartes que no hacen referencia específica a la estructura del Estado, se refiere de manera directa y concreta a las llamadas entidades de régimen o carácter especial, como el Banco de la República, la Comisión Nacional de Televisión, la Comisión Nacional del Servicio Civil, las universidades estatales y las corporaciones autónomas regionales, entidades que se caracterizan conforme a lo expuesto por el tratadista Libardo Rodríguez, por tener “autonomía y un régimen legal propio, lo cual ha llevado a algunos, incluida la propia Corte Constitucional, a considerar de manera discutible, que esas entidades o algunas de ellas constituyen órganos autónomos o por lo menos independientes de aquellos a que se refiere el artículo 113º de la Carta, con el mismo nivel e importancia de las ramas del poder público y que, por lo mismo, no hacen parte de ninguna de esas ramas ni de los demás órganos autónomos⁹”.

En desarrollo de las precitadas normas constitucionales, la ley 489 de 1998, que regula la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, hace referencia en su artículo 40º a las “entidades y organismos estatales sujetos a

⁹ RODRÍGUEZ, Libardo. Estructura del Poder Público en Colombia. Bogotá: Ed. Temis S.A. Décima Edición, 2006. 254 p.

régimen especial”, mencionando concretamente al Banco de la República, los entes universitarios autónomos, las corporaciones autónomas regionales, la Comisión Nacional de Televisión “y los demás organismos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución”, los cuales se sujetan a las disposiciones que para ellos establezcan las respectivas leyes¹⁰.”

La Corte Constitucional ha considerado que las entidades de régimen o carácter especial de origen constitucional no forman parte de ninguna de las ramas del poder público, y por tanto, pasarían a ser órganos autónomos e independientes por fuera de la órbita prevista por el artículo 113º superior. En tal sentido, coincidimos con el doctor Libardo Rodríguez en que “el reconocimiento de autonomía y de un régimen especial por la Constitución, no implica que ella les reconozca que constituyan por sí solas una estructura propia con independencia dentro del Estado, sino que debe entenderse que ellas hacen parte, aunque con régimen propio y especial grado de autonomía, del concepto amplio de rama ejecutiva, entendida como rama administrativa del poder público, y por lo mismo, como partes de la administración pública¹¹”.

Estudio de Casos (Universidad del Atlántico)

Tal como se mencionó en la parte introductoria, nuestro interés académico por analizar la aplicabilidad y vigencia de las acciones afirmativas en los entes autónomos de la estructura del Estado, a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991, surgió a raíz de la focalización de un estudio de casos, tomando como punto de partida la Universidad del Atlántico, ente universitario autónomo de carácter departamental, en el contexto del proceso de reestructuración administrativa que ejecutó a partir del mes de enero de 2007.

¹⁰ Ibíd. Página 121.

¹¹ OLANO GARCÍA, Hernán. Constitución Política Colombiana. Bogotá: Ediciones y Doctrinas y Ley Ltda. Sexta Edición, 2002.

A través de la Resolución No. 000005 del 15 de enero de 2007, la Rectoría de la Universidad del Atlántico suprimió los cargos de la planta de personal administrativa (470 en total), obviando la posibilidad de que alguna parte de estos funcionarios pudiera estar cobijado por garantías especiales de protección laboral, tales como el retén social aplicable a madres-padres cabeza de familia, pre-jubilables y, por otra parte, la eventual existencia de derechos de carrera administrativa para un significativo número de ellos.

Como era de suponerse, esta decisión generó gran cantidad de demandas y acciones de tutela contra el acto administrativo que suprimió los cargos respectivos, y para efectos del presente artículo, haremos referencia exclusiva a las acciones de tutela interpuestas por extrabajadores del ente universitario que invocaban su condición de madres-padres cabeza de familia sin alternativa económica, para obtener el amparo de sus derechos fundamentales al trabajo (estabilidad laboral reforzada), mínimo vital, igualdad, seguridad social y debido proceso, entre otros.

Tales solicitudes de amparo fueron atendidas por jueces de tutela de diversas jurisdicciones, siendo resueltas la mayoría de manera favorable a las pretensiones de los extrabajadores. Por tal motivo, en la oportunidad procesal correspondiente, los apoderados de la Universidad del Atlántico impugnaron los citados fallos de tutela, presentando a su favor los siguientes argumentos:

- a) Si bien es cierto que la ley 790 de 2002 y demás normatividad concordante, incorporó en la legislación colombiana el amparo a las madres cabeza de familia, y a las personas que les faltaban tres (3) años para pensionarse, derechos que la Corte Constitucional alargó en términos e hizo extensivos a los padres cabeza de familia, el campo de aplicabilidad de estas normas de protección tiene como destinataria a la Rama Ejecutiva del Orden Nacional dentro del Plan de Modernización de la Administración Pública, y de igual

manera, que se ha desarrollado en entidades objeto de renovación, modernización o liquidación forzosa administrativa, ocurrencia asimétrica de lo que acontece en la Universidad del Atlántico.

- b) La Universidad del Atlántico es una entidad pública, pero que por ese solo hecho no hace parte de la Administración ni de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional ni del sector descentralizado. En consecuencia, se considera que en todas las acciones de tutela falladas en su contra, el *a quo* desconoció la prohibición del artículo 1º de la Ley 790 de 2002, pues aplicó exclusivamente para la Rama Ejecutiva del orden nacional como descentralizado la figura del Retén Social.
- c) El proceso de reestructuración al que se sometió el ente demandado se dio para garantizar una universidad abierta y popular al servicio de la población menos favorecida, y dentro de este contexto, la figura del Retén Social se opone a los fines últimos del citado proceso.
- d) La existencia de otros mecanismos de defensa judicial y la improcedencia de la acción de tutela, en consideración a que no estimaban la existencia de perjuicios irremediables que ameritaran un amparo transitorio para los derechos fundamentales que los demandantes consideraban vulnerados.

Por su parte, los apoderados encargados de la defensa de los extrabajadores del ente universitario autónomo, esgrimieron los siguientes argumentos para sustentar la vigencia y aplicabilidad del Retén Social al interior de la Universidad del Atlántico:

- a) Conforme a lo expresado por la Corte Constitucional en Sentencia S.U. 388 de 2005, se *“...considera que en tratándose de sujetos de especial protección, como las madres cabeza de familia, el derecho a la estabilidad*

reforzada es susceptible de protección mediante tutela en procesos de reestructuración del Estado, precisamente por la necesidad de garantizar la plena eficacia de sus derechos fundamentales". De lo anterior, se colige meridianamente que partiendo de la generalidad concreta (la aplicación del retén social en desarrollo de la Ley 790 de 2002 y demás casos específicos de reestructuración y liquidación de entidades del Estado), la Corte Constitucional definió la generalidad abstracta que implica la obligatoriedad para las entidades estatales, de conceder estabilidad reforzada a quienes ostenten las condiciones exigidas para dicho amparo.

- b) Para efectos de inaplicar la garantía de estabilidad reforzada, mal podría excusarse la Universidad del Atlántico invocando que su proceso de reestructuración obedece a una salida de salvamento en el marco de la aplicación de las Leyes 550 de 1999 y 922 de 2004, puesto que para los efectos concretos ya revisados por la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales, sólo es menester que una entidad pública sea reestructurada, sin importar que dicho proceso obedezca a razones de modernización, renovación, liquidación forzosa, o como en este caso, salvamento por cumplimiento de un Acuerdo de Reestructuración de Pasivos (proceso éste que no tiene precedente en ningún otro ente del Sistema Universitario Estatal).
- c) Cuando se han presentado situaciones de crisis en las entidades estatales que generan procesos de reestructuración administrativa, se han adoptado medidas que aminoran el impacto social negativo. Llama la atención que en el caso concreto de la Universidad del Atlántico, no se presentaron planes alternativos de protección especial, de retiro voluntario o compensado, trazando una discriminación con otros entes estatales que afrontaron circunstancias similares, tal como consta en numerosas sentencias de los altos tribunales de justicia colombiana. Lo anterior, violenta la igualdad de

oportunidades en materia laboral, como también la estabilidad laboral reforzada por el retén social o la carrera administrativa según el caso, sometiendo a la persona a una situación de desfavorabilidad no acorde a la dignidad humana, por tratarse de derechos irrenunciables.

CONCLUSIONES

Al contrastar la postura jurídica de cada una de las partes en litigio, se aprecia que existe una diferencia marcada en la manera de interpretar la positivización de las denominadas Acciones Afirmativas, como mecanismos de amparo de grupos marginados de la población.

En este orden de ideas, consideramos un ejercicio provechoso entonces ilustrar a manera de conclusión la postura del Honorable Consejo de Estado sobre esta materia para el caso concreto, al confirmar en segunda instancia los fallos de tutela proferidos por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que concedieron el amparo solicitado por dos extrabajadoras de la Universidad del Atlántico que, a pesar de su condición de madres cabeza de familia, fueron desvinculadas de la planta administrativa en el marco de un proceso de reestructuración.

El legislador, en cumplimiento de los mandatos constitucionales relacionados con los fines últimos del Estado Social de Derecho, verbi gratia la protección al núcleo familiar, de los niños o de las personas de la tercera edad, tiene la obligación de velar por la igualdad real y efectiva de los derechos fundamentales¹², en concordancia con lo anterior se expidió la ley 790 de 2002, que dio vida a la institución jurídica llamada “Retén Social”, creada como medio garantista de protección a las madres cabeza de familia - extendida al varón padre cabeza de familia mediante sentencia SU-388 de 2005 de la Honorable Corte Constitucional- y/o pre – jubilables que le faltaran 3 años para cumplir con los requisitos para ser

¹² Consejo de Estado, providencia del 30 Agosto de 2007. M.P. Rafael E. Ostau de Lafont.

pensionados en los procesos de reestructuración de la administración pública. Este Retén social es activado mediante las denominadas “Acciones Afirmativas”.

El cumplimiento de los cometidos constitucionales se materializa mediante las acciones afirmativas, respecto de las cuales la Corte Constitucional en Sentencia C- 371 de 2000 procedió a definirlas de la siguiente manera: “con esta expresión se designan Políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminados, tengan una mayor representación¹³”. Sobre el particular, el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa se pronunció en los siguientes términos:

“...precisa la Sala que el problema jurídico gira en torno a dilucidar los siguientes aspectos: (i) verificar si la figura del Retén social es aplicable a todos los sectores de la administración pública independientemente del orden nacional o territorial en el que se encuentren ubicadas las trabajadoras madres cabeza de familia y, (ii) determinar si la demandante tiene la calidad de madre cabeza de familia. (...)

Ahora bien, la Universidad del Atlántico es un ente autónomo según lo disponen los artículos 39 y 40 de la Ley 489 de 1998, y por lo tanto tiene un régimen especial consagrado en la Ley 30 de 1992. A juicio del apoderado del ente impugnante, este es el argumento que hace inaplicable la ley de estabilidad reforzada en el caso concreto, pues al no estar comprendidos los entes universitarios dentro del radio de acción de la Ley 790 de 2002, esto es, dentro del plan de renovación de la administración pública, no se predica para sus trabajadores la especial protección.

En este aspecto, debe la Sala ser categórica en aclarar que la protección a la que se ha venido haciendo referencia no deviene de una disposición legal sino de un mandato constitucional e institucional relacionado con la forma de Estado que

¹³ Corte Constitucional Colombiana, en Sentencia C- 371 de 2000. ALBENDEA PABÓN, José. La Acción de Tutela. Chía: Fondo de Publicaciones de la Universidad de la Sabana, 1994.

hemos adoptado, cual es, el Estado Social de Derecho; de allí, que la positivización de las denominadas Acciones Afirmativas, como mecanismos de amparo de grupos marginados de la población, encuentre sustento directo en la Carta Suprema y en los principios fundantes de la misma.

En ese orden de ideas, la estabilidad reforzada no puede verse restringida a la fijación de un criterio estructuralista u orgánico previsto por el legislador cuando hace referencia al plan de renovación de la Rama Ejecutiva en el sector central; sino que debe ser aplicable cuando las condiciones para su existencia se den, esto es, debe ser entendida desde un punto de vista material y no puramente formal, como quiera que se encuentra en suspenso la efectividad de derechos de índole constitucional (como por ejemplo el mínimo vital), derechos éstos que se han considerado como elementales para la existencia digna de la persona”.

Luego de verificar en cada caso los requisitos fácticos expuestos por la doctrina constitucional para ostentar la condición de madre cabeza de familia, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante providencias del 30 de agosto de 2007, confirmó en todas sus partes los fallos de tutela del Tribunal Administrativo de Atlántico que ordenaban el reintegro de las citadas extrabajadoras de la Universidad del Atlántico a los cargos que venían desempeñando al momento de ser suprimidos por parte de la Rectoría.

Lo cierto hasta el momento es que la Universidad del Atlántico ha mantenido la postura de considerar inaplicable en su interior el Retén Social, invocando su calidad especial de ente universitario autónomo que no pertenece a ninguna de las ramas del poder público, y sobre el particular, deberá pronunciarse definitivamente en su debida oportunidad la jurisdicción contenciosa administrativa, al momento de resolver las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho interpuestas por extrabajadores de esa Universidad.

BIBLIOGRAFÍA

ALBENDEA PABÓN, José. La Acción de Tutela. Chía: Fondo de Publicaciones de la Universidad de la Sabana, 1994.

CAMARGO, Pedro Pablo. La Acción de Tutela: una acción humanitaria. Bogotá: Editorial Leyer, 2000.

GARCÍA OLANO, Hernán. Constitución Política de Colombia e Historia Constitucional. Bogotá D.C.: Editorial Doctrina y Ley, Quinta Edición, 2000. 887 p.

MARTIN VIDA, María Ángeles. Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva. Madrid: Civitas, 2002.

PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá: Editorial Temis, 2004.

RODRÍGUEZ, Libardo. Estructura del Poder Público en Colombia. Bogotá: Editorial Temis S.A. Décima Edición, 2006. 254 p.

R. Dworkin. Questioni di principio; Il Saggiatore. Milano: 1985, p. 5 y ss.

Sentencia C-574 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

Sentencia C- 371 de 2000.

Sentencia C-184 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda.



Consejo de Estado. Fallo de Tutela en segunda instancia radicado bajo el No. 08001 2331 000 2007 00160 01, del 30 de agosto de 2007.